

Hassania CHERKAOU

*Professeur à la Faculté de Droit
de Casablanca*

Bibliothèque en pdf



DROIT COMMERCIAL



SCANNED BY:
KAMAL BOUMDINE

**COMMETÇANTS - ACTES DE COMMERCE
ET ACTIVITÉS COMMERCIALES
FONDS DE COMMERCE
ENTREPRISE COMMERCIALE
CONCURRENCE
REDRESSEMENT JUDICIAIRE**

Un grand vent de réforme a soufflé sur le droit commercial depuis quelques années, entraînant avec lui la révision du Code de commerce ainsi que certains textes importants, parmi lesquels, celui du droit de la propriété industrielle. Ce vent a inspiré le législateur dans d'autres domaines du droit commercial, tel que le droit de la concurrence. L'institution du groupement d'intérêt économique (le G.I.E.) a parachevé cette matière en lui donnant un moyen de s'adapter aux réalités économiques.

Ces différents textes sont révélés par divers éclairages, qui concernent respectivement la définition du commerçant par opposition à celle de l'activité commerciale, les contraintes auxquelles il est exposé (capacité, immatriculation au registre de commerce, comptabilité). Par ailleurs, sont décrits et analysés les biens meubles qui composent le patrimoine du commerçant (le fonds de commerce, la propriété intellectuelle). En outre, une place particulière est accordée à la question du bail commercial.

D'autres questions sont également étudiées de façon détaillée. Il s'agit notamment des contraintes qu'imposent les textes sur la libre concurrence et la concurrence déloyale. Cette étude est complétée par celle relative aux consommateurs, bien que le texte concernant ces derniers est encore à l'état de projet. Enfin s'imposait, pour terminer l'ouvrage, l'étude de la réglementation moderne de la faillite, traitée à travers l'analyse des difficultés de l'entreprise.



SCANNED BY:
KAMAL BOUMDINE

Hassania CHERKAOUI

*Professeur à la Faculté de Droit
de Casablanca*

DROIT COMMERCIAL



SCANNED BY:
KAMAL BOUMDINE

COM/70

Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales
Enregistré le 21.5.2001
Sous le N° 31810

**COMMETÇANTS - ACTES DE COMMERCE
ET ACTIVITÉS COMMERCIALES
FONDS DE COMMERCE
ENTREPRISE COMMERCIALE
CONCURRENCE
REDRESSEMENT JUDICIAIRE**

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Ann.prop.ind.	Annals propriété industrielle
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull.crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
BO	Bulletin officiel
CA	Cour d'appel
Cass.civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass.com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass.crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
C.com.	Code de commerce
Com.	Cassation commerciale
Crim.	Cassation criminelle
D.	Recueil Dalloz
D.S.	Recueil Dalloz-Sirey
D.O.C.	Dahir des Obligations et Contrats
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
G.T.M.	Gazette des tribunaux du Maroc
IR	Informations rapides
JCP	Juris-classeur périodique (semaine juridique)
JCP, éd. E.	Semaine juridique, édition Entreprise
P.A.	Les Petites Annonces
Rev.dr.Banc.	Revue de droit bancaire
Rev.soc.	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RDC	Revue trimestrielle de droit commercial
R.M.D.	Revue marocaine de droit
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	7
Section 1 / Domaine du droit commercial	7
§ 1 - Objet du droit commercial	7
§ 2 - Position du code de commerce	8
Section 2/ Spécificité du droit commercial	9
§ 1 - Droit des échanges	9
§ 2 - Droit de l'entreprise	9
§ 3 - Droit de professionnels	10
Section 3/ Situation du droit commercial	10
Section 4/ Sources du droit commercial	12
§ 1 - La loi	12
§ 2 - Les usages	13
§ 3 - Sources internationales	14
Section 5/ Histoire du droit commercial	15
§ 1 - Avant le Code de commerce	15
§ 2 - Après le Code de commerce	16
TITRE I - ACTES DE COMMERCE	
ET ACTIVITE COMMERCIALE	
CHAPITRE I - DEFINITION DES ACTES	
DE COMMERCE	23
CHAPITRE II - REGIME JURIDIQUE DES ACTES	
DE COMMERCE	53
TITRE II - LES COMMERÇANTS	
CHAPITRE I - IDENTIFICATION DES COMMERÇANTS	75
CHAPITRE II - LE STATUT DES COMMERÇANTS	95
TITRE III - LES BIENS DU COMMERÇANT.....	115
CHAPITRE I - LE FONDS DE COMMERCE	117
CHAPITRE II - LE BAIL COMMERCIAL	161
CHAPITRE III - LA PROPRIETE INDUSTRIELLE.....	179
TITRE IV - L'ENTREPRISE COMMERCIALE	205
CHAPITRE I - L'ACTIVITE DE L'ENTREPRISE	207
CHAPITRE II - LES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE	249



SCANNED BY:
KAMAL BOUMDINE

INTRODUCTION

Section 1

Domaine du droit commercial

1 - Objet. - Le droit commercial a un double objet, en tant qu'il s'intéresse à la fois aux personnes et à l'activité de celles-ci⁽¹⁾.

Dans *sa vision subjective*, le droit commercial régit les commerçants. Du point de vue juridique, le commerçant n'est pas seulement celui qui fait le négoce, c'est à dire, qui accomplit une activité commerciale proprement dite : distribution, achats et revente, l'industriel appartient également à la catégorie de commerçant. On le trouve donc dans le secteur de la production ; on le trouve encore dans celui des services : transporteur, assureur, banquier. En vérité, l'homme d'affaires est la figure centrale du droit commercial. En revanche, et même si économiquement parfois, leur statut est proche, les professions libérables et agricoles échappent par tradition à l'emprise du droit commercial.

Dans *sa vision objective*, le droit commercial régit les actes de commerce, qui ne sont pas réservés à l'usage des seuls commerçants. Ainsi, la signature d'une lettre de change est un acte de commerce, quelle que soit la qualité (civile ou commerciale) de ceux qui interviennent (Voy. infra n° 54 et s.).

1 - Voy. R. ROBLOT, Traité de droit commercial, Paris, LGDJ, t. 1, 14^e éd., 1991, n° 5 et s.

Cette double précisions aide à mesurer l'empire du droit commercial. Pour simplifier, il convient de dire que la plupart des professions qui forment le monde des affaires sont de nature commerciale ; le caractère formellement commercial des entreprises constituées sous forme de sociétés anonymes, de SARL, de société en nom collectif, de sociétés en commandite simple ou par actions, conduit à considérer que le droit commercial régit la vie des affaires, ses acteurs, comme ses opérations.

2 - Position du code de commerce⁽²⁾. - Deux sortes de règles forment le droit commercial. Les unes définissent le statut du commerçant, les conditions d'accès à la profession puis les conditions d'exercice de cette dernière. Les autres réglementent les activités qui ne sont pas réservées à l'usage des seuls commerçants. Aucune des deux visions précédentes ne peut donc, et ne prétend d'ailleurs, rendre compte à elle seule de la réalité du droit commercial.

Le Code lui-même n'a pas pris parti. L'article 6 renvoie, pour la définition du commerçant, à la nature de l'activité qu'il exerce. En effet, selon cet article, sont commerçants ceux qui exercent l'une des activités qu'il énumère. Mais dans cette énumération, on peut relever une certaine confusion entre l'activité et l'opération : l'acte de commerce est tantôt un acte (par exemple la signature d'une lettre de change), tantôt une entreprise (par exemple l'entreprise de fournitures). En outre, l'activité exercée permet de déterminer la nature, commerciale ou non, des "*faits et des actes accomplis*" dans le cadre de l'exercice de celle-ci (Art. 10, qui fonde la théorie de l'acte de commerce par accessoire).

2 - Loi n° 15/95 promulguée le 1^{er} août 1996 - B.O n°4418 du 3 octobre 1996

Section 2

Spécificité du droit commercial

3 - Droit des échanges. - Le commerce, c'est l'échange, la spéculation, la recherche du gain et la quête des richesses. " Le droit commercial traduit un état social où les hommes visent à conquérir le bien-être et la richesse... "⁽³⁾. En effet, le droit commercial attache une grande attention à la circulation des créances et à leur recouvrement (effets de commerce, valeurs mobilières). L'attention est également portée à la grande variété des instruments juridiques à but lucratif, tel que les sociétés par actions. Ce caractère de droit des échanges explique donc que le droit commercial refuse le gratuit, le bénévolé⁽⁴⁾, et le sentimental n'y trouve pas de place⁽⁵⁾. Le droit commercial est l'empire des biens et des valeurs, contrairement au droit civil qui se réfère aux lois morales. Une éthique des affaires existe certes, notamment en matière de concurrence déloyale (Voy infra, n° 345).

4 - Droit de l'entreprise. - Le droit commercial est tout entier imbibé de l'esprit d'entreprendre. On ne gère pas le patrimoine d'un incapable comme on gère un fonds de commerce ou une société commerciale. C'est cet esprit d'entreprise qui justifie la souplesse des règles, car il faut limiter au maximum les entraves à l'action des entreprises. Les techniques laissent une grande part à la liberté des parties. La souplesse des règles résulte également des instruments d'action mais aussi des modes de solutions de conflit grâce à la licéité des clauses d'arbitrage (Voy infra n° 81).

L'esprit d'entreprise du droit commercial trouve sa trace aussi dans la rapidité ; le temps commercial est plus court

3 - Thaller cité par G. Lyon-Caen dans "contribution à la recherche d'une définition du droit commercial", RTD Com. 1949, p. 580.

4 - Voy. GRUA, L'acte gratuit en droit commercial, thèse Paris I, 1978.

5 - Voy. LARGARDE, Le droit des affaires, droit sentimental, Mélanges Savatier, p. 491.

que le temps civil ; ce qui explique la relative brièveté du délai de prescription (Voy. infra, n° 70), comme la liberté de preuve (Voy. infra n° 65).

5 - Droit de professionnels. - Les acteurs du droit commercial sont des professionnels : industriels ou commerçants. Cette qualité permet de comprendre la rigueur des sanctions en droit commercial. Lorsque le débat n'oppose plus deux professionnels, mais un particulier (consommateur) et un professionnel, le changement des règles s'opère. Le souci d'équilibre exige de substituer aux règles du droit commercial les solutions du droit civil, au moins en partie, solutions jugées plus protectrices. C'est tout le problème des actes mixtes (Voy. infra, n° 87).

Section 3

Situation du droit commercial

6 - Dualité du droit privé. - Droit d'exception, le droit commercial déroge, à raison de l'activité exercée ou de l'opération négociée, aux règles du droit civil qui demeure le droit commun. Un conflit né de la pratique des affaires trouvera toujours dans la réglementation du droit civil, et particulièrement dans le droit des obligations et contrats, sa solution. Il arrive aussi que le droit commercial, qui ne comporte pas une réglementation complète de toutes les activités économiques, ne régie pas une opération qui pourtant est de l'essence même de la vie des affaires, comme le contrat de prêt ou de vente commerciale. On applique à ces hypothèses les règles générales du D.O.C. Il faut cependant observer que les exigences propres au domaine commercial commandent parfois des solutions originales, inspirées par les usages. Dans le domaine de la vente commerciale, par exemple, les usages jouent un rôle décisif : ils permettent d'adapter le cadre général à la diversité des situations concrètes dans lesquelles se déploie l'activité commerciale de production ou de distribution. C'est la vie des affaires qui apporte à l'exécution de ce contrat et à

d'autres une certaine souplesse (J.P. MARTY, La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation récente : Rev.trim. dr.com. 1981.681).

Mais ici la grande question qui se pose est celle des relations avec le droit civil. L'interrogation centrale du débat porte sur l'unité (ou la dualité) du droit privé ou la querelle sur l'autonomie (ou la dépendance) du droit commercial (Voy. R. ROBLOT, Traité de droit commercial, Paris, LGDJ, t. 1, 14^e éd. 1991 n^o 4 ; R. HOUIN et M. PEDAMON, Droit commercial, Pris, Dalloz, n^o 41 et s.). Mais depuis, la dispute s'est atténuée.

La mesure est donnée par la notion "*d'autonomie d'un droit*". On qualifie d'autonome une discipline qui, d'une part, dispose d'un corps de règles et de principes propres, et qui d'autre part, ne fait pas appel aux disciplines voisines pour combler ses lacunes, une nouvelle règle étant inventée à partir des normes existantes⁽⁶⁾. Le droit commercial ne remplit pas ces conditions. D'ailleurs, outre ses concepts (contrats ou modes d'extinction des obligations), ses méthodes d'interprétation sont celles du droit civil. Ses sources (lois, jurisprudence, usages) sont formellement celles du droit civil, même si les usages ont ici une plus grande richesse. Mais le fait que le droit commercial s'intéresse à la vie économique du professionnel alors que le droit civil régit sa vie privée, cela justifie une différence de solutions, cette différence, certes, est insuffisante à faire une autonomie de la matière.

7 - La common law. - Notons que la dualité des règles applicables ne s'impose pas ici comme une évidence. Ainsi les pays de *common law* ne distinguent pas entre droit civil et droit commercial, même s'ils sont amenés à appliquer aux

6 - R. GASSIN, Lois spéciales et droit commun, D. 1961, chron. P. 91 s. " En l'absence de dispositions particulières contenues dans ses lois spéciales, le droit autonome ne s'adresse plus au droit civil mais dégage à partir de ces dernières des règles qui lui sont propres ".

rapports entre "merchants" des règles marquées d'une certaine spécificité. Par exemple le "uniform commercial code" des Etats-Unis unifie, non pas la législation commerciale, mais certaines opérations liées au négoce (contrats de vente, sûretés, paiement) quelle que soit la profession des contractants⁽⁷⁾.

Section 4

Sources du droit commercial

8 - La Loi. - Le dahir du 12 août 1913 formant Code de commerce est fortement inspiré du Code de commerce français de 1807. Il reproduit les coutumes et les circonstances sociales, politiques et économiques françaises du début du 19^{ème} siècle. Le livre I, consacré au commerce en général, est complété par des textes spéciaux sur la vente et le nantissement du fonds de commerce (dahir 31/12/1914), la propriété industrielle (dahir 23 juin 1916), les sociétés de capitaux (dahir du 11 août 1922), la S.A.R.L. (dahir 1^{er} septembre 1926), la propriété commerciale (dahir du 24 mai 1955). Tous ces textes spéciaux ont été également inspirés des textes français qui avaient complété le Code de commerce en France. Cependant, l'institution du registre de commerce qui a été retenue par notre Code de 1913 s'inspire des droits allemands et suisse. Le registre de commerce constituant une sorte d'état civil public des entreprises commerciales : facultative d'abord, l'immatriculation des commerçants a été rendue obligatoire par le dahir du 1^{er} septembre 1926. Par ailleurs, les règles concernant les transports n'ont pas été tirées du code français, mais du code tunisien des obligations et contrats (Art. 888 à 933).

L'expérience a montré toutefois qu'une réforme s'imposait. Cette volonté législative a pris naissance en France où tous les textes ont été modifiés. Le Maroc, dans le

7 - Code de commerce uniforme des Etats-Unis, par Cl. LAM-BRECHTS, préf. A. TUNC, coll.U

but d'adapter également les siens aux nouvelles nécessités économiques, a suivi l'exemple du législateur français en adoptant un nouveau code de commerce, qui s'inspire du texte français mais qui n'en est pas une copie. En effet, Les Rédacteurs de notre Code se sont inspirés également de la jurisprudence qui a été rendu en vertu de ce texte et qui l'a évolué considérablement en réglant certains points obscures. Notre Code de commerce a été promulgué par dahir du 1/08/1996⁽⁸⁾. L'adoption de ce nouveau texte, bien que rédigé en fonction de notre politique économique, répond aux contraintes de la conjoncture internationale et de la mondialisation qui exigent une restructuration de l'économie marocaine. Le droit des sociétés a été également rénové. Il s'agit de la loi sur la Société Anonyme, loi que le dahir du 30/08/1996 a promulguée⁽⁹⁾, et de la loi sur les autres sociétés (B.O. n° 4478 du 01 mars 1997).

Le dahir du 12 août 1913 formant Code des obligations et contrats (D.O.C) constitue le droit commun (droit civil) applicable en matière commerciale toutes les fois qu'une disposition expresse ne l'écarte pas et "*dans la mesure où il ne contredit pas les principes fondamentaux du droit commercial*" (Art. 2), par exemple, la liberté des preuves. Mais le Code de commerce n'englobe pas toutes les transactions commerciales et il ne peut, d'ailleurs, suivre l'évolution des techniques commerciales. C'est pourquoi l'Art. 2 précise qu'il faut avoir recours d'abord aux usages du commerce pour statuer en droit commercial.

9 - Les Usages.- Les usages conservent une grande importance en matière commerciale, Il n'ont pas la force impérative et peuvent donc être écartés par les parties dans une convention. Mais ces usages l'emportent sur les règles de droit civil s'ils n'ont pas été écartés par la volonté des parties. C'est ce qui résulte en effet des dispositions de l'Art. 2 qui

8 - B.O. n° 4418 du 3 octobre 1996.

9 - B.O. n° 4422 du 17 octobre 1996.

établit une hiérarchie entre les dispositions applicables : "*lois, coutumes et usages du commerce, ou droit civil dans la mesure où il ne contredit pas les principes fondamentaux du droit commercial*". Il convient aussi de préciser qu'il existe des usages de droit, c'est à dire à caractère impératif, contrairement aux précédents dénommés usages de fait. L'exemple d'usage de droit : la solidarité présumée entre débiteurs contractuels prévue par l'article 165 du D.O.C. et consacrée maintenant par le nouveau Code de Commerce (Art. 335).

10 - Les sources internationales. - Ces sources sont fournies par la pratique professionnelle internationale et les conventions internationales, qui posent des règles uniformes. L'unification des droits nationaux constitue une sécurité en ce sens qu'en présence d'un litige relatif à un contrat international, sa solution est réglée sans difficulté, c.à.d sans besoin de rechercher la loi applicable par la méthode des conflits de lois.

Il y a deux manières de rendre une règle internationale obligatoire :

- la première consiste à appliquer la règle conventionnelle en présence d'un conflit d'intérêts de caractère international, les lois nationales restant en vigueur quand un tel conflit ne se présente pas. On peut citer comme ayant une telle portée la Convention de Varsovie de 1924 et son protocole de la Haye de 1955 sur le transport aérien.
- le deuxième procédé est d'imposer à tous les Etats signataires de la convention l'adoption de la même loi interne. L'exemple le plus remarquable est celui de la convention de Hambourg sur le transport maritime. De même que la convention de Genève portant loi uniforme sur la lettre de change, chèque et billet à ordre (1930/31) applicable en vertu du dahir du 19 janvier 1939.

A côté des conventions entre Etats, il existe une pratique commerciale résultants de règlements applicables à certaines

branches du droit commercial international. Il s'agit de contrats types établis sur la base des usages courants. Ces règlements sont adoptés volontairement par les particuliers dans leurs contrats par des clauses de renvoi : par exemple aux Incoterms 2000, concernant les ventes maritimes. Pour chacun des termes le répertoire indique les obligations respectives de l'acheteur et du vendeur et la simple référence à l'un des termes suffit pour que les règles décrites reçoivent application. On mesure le gain de temps réalisé par les intéressés ; plutôt que de dessiner le régime juridique de leur contrat, ils optent pour l'une des variantes des Incoterms et ce, sans risque de malentendu. Un autre exemple résulte des Règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire CCI n° 400 de 1984, et des Règles d'York et d'Anvers 1958 (Les règles actuelles sont de 1994) pour les règlements d'avaries communes.

Il existe enfin un ensemble d'usages et de principes suivis par les acteurs du droit commercial international. Il s'agit de la *lex mercatoria*, ensemble rattaché à aucun système nationale. Les usages et principes le constituant ont deux origines, l'une conventionnelle, l'autre arbitrale. En fait, la *lex mercatoria* rassemble les acquis de la pratique contractuelle : "montages" juridiques, types d'accords. L'observation vaut spécialement pour les contrats "clés en mains". Les arbitres internationaux nourrissent également la *lex mercatoria* ; par l'appel renouvelé à certaines règles ou par la référence répétée à certains comportements, les sentences arbitrales favorisent l'éclosion de principes ; ainsi de l'admission d'une nécessaire adaptation du contrat en cas de modification profonde des conditions économiques initiales.

Section 5

Histoire du droit commercial

11 - Difficulté de cette étude. - L'histoire du droit commercial est plus difficile à retracer que celle du droit civil,

car le droit commercial est un droit qui n'est pas *formaliste* ; il ne laisse donc pas de traces écrites. C'est un droit de nature internationale et de ce fait, se prête mal aux interventions législatives. Pendant longtemps ce droit fut purement *coutumier*. L'idée d'une discipline indépendante n'a concerné que le commerce maritime.

12 - Naissance du droit commercial. - Le droit commercial est né... avec le commerce. Les traces les plus nettes apparaissent avec les Babyloniens et les Phéniciens qui connurent un droit des affaires, centré sur la terre et ses produits pour les premiers et sur la mer pour les seconds. Mais la véritable naissance du droit commercial est plus tardive, elle date en effet du Moyen Age, sa gestation ayant pour cadre les villes italiennes du Nord, spécialement Gênes et Venise qui étaient des lieux de rupture de charge entre le commerce maritime et le commerce terrestre. En effet, ces deux ports étaient les points de passage obligés pour les relations commerciales avec l'Orient⁽¹⁰⁾. Le commerce maritime devint très actif par les relations régulières établies entre l'Occident et l'Orient. Ces relations firent connaître le droit byzantin. Ainsi les hommes de tous pays faisant le commerce ensemble ne pouvaient songer à invoquer le droit de leur cité. Ils atteignirent leur apogée à la fin du 13^e siècle, devenant de véritables Etats de marchands.

Ces derniers concurent les instruments juridiques que nous utilisons encore aujourd'hui : les premières sociétés commerciales apparaissent sous forme de commandites⁽¹¹⁾. Cette forme de société, connue en droit musulman, a constitué la seule forme d'activité commerciale dans le système islamique. En effet, le droit musulman ne s'est pas

10 - Y. RENOARD, Les hommes d'affaires italiens du Moyen Age, Paris, 1968 ; P. JOUANIQUE, La Route de Gênes et sa jurisprudence commerciale: La Vie judiciaire, 22 avril 1985, p. 9 Adde sur l'influence du droit musulman: J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve, 1983, p. 70.

11 - J. HILAIRE, La société en commandite entre son passé et son avenir, Paris, Litec, 1983, p. 139 et s.

intéressé directement à l'activité commercial puisqu'il s'agit d'un système religieux qui se veut absolument universel ne distinguant dans la vie sociale que deux sortes de rapport : les " ibadat " et les " mouamalat ". Mais le milieu social était au courant d'un commerce actif entre l'Inde et l'Empire romain. Pourtant les juristes musulmans ne s'étaient pas intéressés au particularisme commercial à l'exception des sociétés et du droit maritime⁽¹²⁾.

Il convient de rappeler que le droit maritime, tant en ce qui concerne la propriété des navires que les contrats ou les événements en relation avec l'expédition maritime, avait déjà pris ses traits caractéristiques pendant la période phénicienne. La naissance de l'avarie commune remonte à une époque située entre 1200 et 500 av.J.C. (R. RODIERE - Traité Général de droit maritime, Dalloz, Introduction p.12).

Quant au droit commercial terrestre, il se développa surtout par la pratique des grandes foires qui réunissaient à dates fixes les marchands des différentes régions. La tenue des foires donna naissance à la pratique du change et au commerce de l'argent et de la banque. La nécessité de payer comptant les marchandises achetées a provoqué la création des lettres de change ou traites. Aujourd'hui l'usage de tirer les traites à trois mois, est en souvenir de la tenue trimestrielle de certaines foires⁽¹³⁾. Ces foires étaient l'occasion d'une concentration très importante d'opérateurs du monde des affaires qui suivaient les us et coutumes propres à la communauté marchande, sorte de *lex mercatoria*, synthèse " transnationale " des institutions et des règles propres à chaque ville ou Etat.

Cette floraison de normes exigeait une codification. Celle-ci était facilitée par le caractère des usages. Sur

12 - Voy. M.DRISSI ALAMI MACHICHI, Les immeubles et le droit commercial, Thèse de doctorat d'Etat 1975, Ed° Maghrébines, p.60 et s.

13 - V. R. ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, LGDJ, t. 1, 14° éd. 1991, n° 20.

l'initiative de Colbert, deux ordonnances furent prises, l'une sur le commerce de terre (en 1673) et l'autre sur la marine (en 1681). La révolution n'a pas touché à ces lois commerciales, mais les principes de liberté et d'égalité qui avaient été proclamés devaient entraîner la suppression des corps. Le principe du libre accès aux professions commerciales et artisanales fut posé par la loi en mars 1791 et les corporations furent interdites par le décret de juin de la même année. La législation commerciale devait donc être réformée.

13 - Codification du droit commercial. - En France notamment la codification du droit commercial est intervenue en 1801 pour donner lieu la loi du 15 septembre 1807 formant Code de commerce. Mais ce code, déjà en 1807, était insuffisant car il s'est contenté de reproduire la plupart du droit appliqué au moyen âge sans se préoccuper de l'évolution qui se produisait déjà à cette époque dans le commerce et l'industrie. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été proclamé à un moment où naissaient les grandes industries et les grands commerces. Ce sont les premières manifestations du capitalisme industriel qui datent de la fin du 18^{ème} siècle. Or le Code ne contenait aucune règle sur des institutions qui avaient pris en pratique une grande importance : par exemple, le fonds de commerce, les sociétés par actions, les S.A.R.L. ; les obligations, l'organisation des bourses et des banques. Le capitalisme industriel s'est épanoui pendant la première moitié du 19^e siècle grâce à la liberté qui lui était laissée par les lois : liberté de contracter affirmée par le Code civil, liberté de commerce maintenue par le Code de commerce.

A cette époque des lois importantes enrichirent le droit commercial : en réorganisant les sociétés en commandite par actions et en permettant aux sociétés anonymes de se constituer librement (c'est à dire sans l'autorisation du gouvernement, antérieurement nécessaire), donnant ainsi au capitalisme libérale les moyens qui lui faisaient défaut

(RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ 1951). D'autres lois ont réorganisé le crédit, donnant au commerce de la banque une importance nouvelle. Par suite, l'économie capitaliste s'est fortifiée par d'autres institutions qui lui ont permis de s'épanouir encore plus : le nantissement du fonds de commerce, la protection des titres au porteur.

Depuis, le droit commercial a subi de profondes mutations rendues nécessaires par l'évolution des idées et des doctrines qui, de tendance socialiste, libérale ou néo libérale, ont toutes justifié un interventionnisme étatique plus ou moins développé. Cet interventionnisme a entraîné le développement dans le droit commercial de la notion d'ordre public. Le domaine de l'ordre public est intervenu soit pour diriger l'économie, soit pour protéger les contractants faibles. Pour protéger les faibles le législateur a été amené à restreindre la liberté contractuelle par des lois sur le transport, l'assurance, la vente du fonds de commerce. Il a aussi protégé les actionnaires des sociétés en prenant des mesures pour protéger l'épargne. Il a donc régularisé la pratique commerciale. Pour assurer une meilleure production et une meilleure répartition des richesses, l'Etat, sans bouleverser l'ordre juridique modelé par le capitalisme, est intervenu pour diriger les activités privées. La politique du dirigisme a pris naissance avec la crise économique de 1930 (entre les deux guerres). Parmi les mesures législatives qui se rapportent à la direction de l'économie, il faut citer celles concernant le crédit, le contrôle des changes, la réglementation des banques et des assurances, la fixation des prix.

L'Etat s'est également associé aux capitaux privés dans les sociétés d'économie mixte pour l'exploitation des entreprises présentant un caractère d'intérêt public. Il lui a paru ensuite plus simple de nationaliser les industries considérées comme essentielles à la vie du pays. Il s'agit notamment des entreprises dont l'exploitation a les caractères d'un service public national ou d'un monopole, soit

par nécessité d'une bonne exploitation (électricité) soit pour des raisons politiques (postes, télégraphes, téléphones).

On comprend que le droit commercial, parce qu'il réglemente la vie économique, subit l'influence du système économique global. C'est un moyen entre les mains du législateur pour développer, freiner, protéger ou sanctionner l'activité économique en fonction des orientations de la politique générale.

TITRE I

ACTES DE COMMERCE ET ACTIVITE COMMERCIALE

14 - Intérêts. - L'étude des actes de commerce et de l'activité commerciale est commandée par divers intérêts d'ordre pratique. Le premier se rapporte au régime juridique applicable. La singularité de la matière commerciale justifie l'élaboration d'un corps de règles particulières. Le second intérêt est capital, c'est la définition du commerçant au sens juridique du terme (Voy. infra n° 90 et s.). En effet, le Code de commerce s'ouvre en déclarant qu'il régit " *les actes de commerce et les commerçants* " (Art 1^{er}), mais définit les commerçants en affirmant que cette qualité s'acquiert par "l'exercice habituel ou professionnel des activités" énumérées aux Art. 6 et 7. Et les prolongements sont aussi capitaux : un statut juridique particulier règle les conditions d'accès et d'exercice de la profession.

Dans l'immédiat il convient de définir les actes de commerce afin d'exposer le régime juridique de ces actes.

CHAPITRE I

DÉFINITION DES ACTES DE COMMERCE

15 - Le Code de commerce. - L'article 6 dresse une liste des activités qui confèrent à ceux qui les accomplissent la qualité de commerçant. L'article 7 complète cette liste en répertoriant les actes de commerce maritimes, tels que les affrètements, les assurances et les achats et reventes de navires/ Ces textes établissent une simple présomption et non pas une énumération limitative et impérative. En effet les auteurs du Code n'avaient pas l'ambition de trancher la question des activités commerciales une fois pour toutes. Ils seraient allés à l'encontre de l'essence même du commerce qui reste une création coutumière de la pratique et qui s'expose ainsi à tous les changements nécessités par l'évolution des mœurs. Notre point de vue quant au caractère non impératif de l'énumération est confortée par l'Art. 8 qui parle d'étendre les activités des articles 6 et 7 à d'autres qui leur seraient assimilées.

16 - Actes de commerce ou activité commerciale ? - En dressant la liste des activités commerciales le Code se réfère directement à la notion de profession. En effet, les différentes activités énumérées ne deviennent commerciales que si elles sont répétées, renouvelées et coordonnées entre elles. Ce n'est pas à raison de leur nature considérée en elle-même, isolément, que ces activités sont soumises au droit commercial, mais en raison de leur insertion dans une activité d'ensemble, dans une activité globale.

La notion d'acte de commerce doit donc être élargie à celle de l'activité commerciale car c'est bien cette activité qui est le critère de la profession commerciale et, plus largement encore, la condition d'application des lois commerciales. L'élargissement est d'autant plus justifié qu'une catégorie

d'actes de commerce, celle des actes de commerce dits par accessoire (Voy. infra n° 59), est tout entière fondée sur l'idée d'activité commerciale, leur commercialité dérivant de leur accomplissement par un commerçant à l'occasion de son commerce (Art. 10). Il n'y a pas, en principe, d'acte de commerce isolé ou d'acte de commerce en soi, sauf l'exception résultant de l'accomplissement de certains actes qui sont commerciaux en raison de leur forme (Art. 9), comme la signature d'une lettre de change.

Mais la présomption de commercialité attachée à ces actes n'a pas dans tous les cas la même valeur. Les activités énumérées par les articles 6 et 7 sont normalement accomplis par des commerçants (banque ou assurance). C'est leur nature propre qui confèrent à ceux qui les accomplissent la qualité de commerçant. Leur commercialité est une probabilité statistique. On parlera à leur égard d'actes, éléments constitutifs d'une activité commerciale. La présomption de commercialité a une portée absolue s'agissant des actes de commerce par la forme : en conséquence, la preuve contraire ici n'est pas possible. Elle est par contre possible lorsqu'il s'agit d'actes qui ne sont qu'accessoirement commerciaux.

Il convient d'étudier ces trois catégories d'actes commerciaux avant d'examiner le régime juridique qui leur est propre.

Section 1

Actes de commerce, éléments d'une activité commerciale

17 - C'est la commercialité de l'activité qui confère à chacun des actes qui la composent le caractère commercial et la qualité de commerçant à ceux qui les accomplissent. Les économistes classent les professions d'après le rôle que jouent les hommes dans la distribution, la production ou la circulation des richesses. Mais cette distinction n'a aucune importance au

point de vue juridique. Cependant, à partir des nombreuses activités énumérées par les articles 6 et 7, on peut opérer un regroupement et distinguer, conformément à l'analyse économique, l'activité commerciale dans les trois secteurs principaux de la distribution, de la production et des services.

§ 1 - L'activité de distribution

18 - Commercialité. - L'activité de distribution est plusieurs fois commerciale. Elle l'est d'abord pour les non-juristes qui font du distributeur l'archétype du commerçant. Elle l'est ensuite pour le juriste, car le *premier acte de commerce inventoriée par l'article 6 est " l'achat pour revendre "*. Sans doute l'achat pour revendre s'analyse aussi en fourniture de biens. Cependant c'est principalement par rapport au concept d'achat pour revendre que l'activité de distribution est qualifiée⁽¹⁾. On s'interrogera d'abord sur la notion d'activité de distribution pour en étudier ensuite l'application.

A - NOTION

19 - Achat. - L'acheteur pour revendre est un intermédiaire ; en amont, il se procure des biens et, en aval, il les revend. La forme de l'achat est sans influence sur la commercialité de l'opération, l'essentiel est que l'intéressé se procure les biens en dehors de son entreprise ; l'achat se coule le plus souvent dans le moule du contrat de vente, mais l'opération peut être un échange ou une consignation : les marchandises étant déposées (consignées) chez le distributeur, à charge pour lui de leur trouver un acheteur.

20 - Pour revendre. - Seule l'obtention d'un bien en vue de sa revente est l'indice d'une activité commerciale. Celui qui achète dans le seul but d'amasser, de collectionner, mais

1- Voir RIPERT et ROBLOT, traité de droit commercial, t. 1, 16^e éd°, LG.D.J. n° 149 p.101 ; M. PEDAMON, Droit commercial, Dalloz, 1994, n° 49 p. 44.

sans intention de retour sur le marché, n'accomplit pas un acte de commerce, car il ne concourt pas à la circulation des richesses. Il en va de même de celui qui consomme le bien acheté...L'obtention d'un bien en vue de sa revente est l'indice d'une activité commerciale. Certes, le particulier achète et (accidentellement) revend, alors que le négociant achète pour revendre (et prélever son bénéfice).

21 - But spéculatif. - Cette activité d'achat et de revente doit en outre être exercée en vue de réaliser du profit, un bénéfice qui est égal à la différence entre le coût des achats et le produit des reventes. Cette exigence est implicite dans les textes : l'achat pour revendre est une expression qui distingue le commerce des activités civiles. L'achat, non suivi de revente ou suivi d'une revente occasionnelle (vente d'un véhicule d'occasion par exemple) n'est pas normalement le fait d'un commerçant, ne dégage le plus souvent aucun bénéfice, et conserve pour cette raison un caractère civil.

22 - Le procédé commercial doit s'inscrire dans une politique de réalisation de bénéfices. Ainsi peu importe que les espoirs du commerçant soient déçus, soit qu'il ne puisse pas écouler les biens qu'il a acquis ou qu'il doive les vendre à perte parce qu'ils sont démodés, soit qu'il entreprenne de les céder à prix coûtant pour mener à bien une opération promotionnelle. Son activité n'en demeure pas moins la recherche du profit.

B - APPLICATION

23 - Organisation de la distribution. - Lorsque les éléments précédents sont réunis, l'activité est assurément commerciale, quelles que soient les structures et les méthodes de la distribution. Il peut s'agir de commerce de gros ou de commerce de détail.

Le souci d'abaisser le coût de la distribution entraîne actuellement une transformation des structures et des

méthodes commerciales, souvent fondée sur des accords d'entreprises. On assiste en effet au développement de magasins en *libre service*. L'apparition de *supermarchés*, *hypermarchés*, *grands magasins* permet d'accroître la gamme des produits offerts aux consommateurs. L'écoulement régulier d'une production de masse développe ainsi des techniques de distribution intégrée (en circuit court: succursales ou filiales ; en circuit long: réseaux de distribution).

24 - Variété. - L'article 6 du Code de commerce mentionne parmi les activités commerciales "*la vente aux enchères publiques*". Il ne s'agit pas des ventes forcées sur saisies mais des ventes faites volontairement aux enchères. Il cite également les activités de "*fournitures*" qui consistent à assurer des livraisons successives de biens. Par exemple, la fourniture de vivres à un hôpital ou la fourniture de livres à une école. La fourniture de biens (produits) recouvre aussi la fourniture "*de services*" (Art.6 §14). Ainsi "*la distribution d'eau, d'électricité et de gaz*" est spécialement mentionnée par l'Art.6 §17. Il faut assimiler à cette activité de fourniture les abonnements aux journaux ou revues. Comme pour l'eau, l'électricité et le gaz, la fourniture est faite à des clients habituels qui prennent le nom d'abonnés. Mais l'abonnement à un journal ou à une revue ne constitue que l'acceptation d'une fourniture périodique. Autrement dit, l'activité commerciale est celle du fournisseur et non celle du client dont la qualité est sans influence.

25 - Nature des biens vendus. - L'ancien Code opérait la distinction entre les meubles et les immeubles. Seuls les achats et reventes portant sur les premiers entraient dans le champ d'application de la commercialité. En revanche, les opérations sur immeubles échappaient par principe à la commercialité. Mais l'immeuble est devenu objet de commerce juridique et de spéculation. Le Code a donc entériné cette évolution en soumettant les transactions sur les immeubles à des conditions analogues à celles qui portent sur les biens meubles.

26 - Achat de meubles pour les revendre. - L'ancien texte parlait de "*denrées et marchandises*". Or d'après le D.O.C. cette expression recouvre toute espèce de biens mobiliers, corporels ou incorporels (Art 57) : créances, valeurs mobilières, droits de propriété littéraire ou artistique, brevets d'invention, marques et autres droits de propriété industrielle etc. Le libellé actuel de l'article 6 du Code de commerce a recueilli la solution. Il vise les "*biens meubles corporels et incorporels*" en ajoutant qu'ils peuvent être revendus soit en nature, c'est à dire en l'état, soit après avoir été "*travaillés et mis eu oeuvre*".

27 - Achat d'immeubles pour les revendre. - La qualification d'activité commerciale s'impose à nouveau. L'Art. 6 § 3 du Code de commerce pose désormais le principe. Il qualifie de commercial "*l'achat d'immeubles en vue de les revendre en l'état ou après transformation*". L'objet de l'opération est un immeuble, au sens du Code foncier⁽²⁾, ce qui englobe les édifices mais aussi les "fonds de terre".

La lettre expresse de ce texte prévoit la revente en nature en premier lieu. L'achat et la revente soutient l'opération ; la nature de l'objet n'a qu'une importance secondaire car l'immeuble ne change en rien le sens de l'affaire. Peu importe, par ailleurs, qu'il soit revendu en totalité ou en parcelles, bâti ou non, avec tous les attributs de la propriété ou démembré. La spéculation sur des droits réels immobiliers secondaires doit être alignée sur celle qui porte sur le droit de propriété dans sa totalité absolue. Le texte régit le commerce du droit de propriété immobilière dans sa manifestation la plus absolue, il serait inconcevable qu'il entende faire exception de ses démembrements, des droits réels secondaires⁽³⁾. De même, l'immeuble ne doit pas nécessairement être prêt à l'utilisation. Il se peut qu'il soit simplement conçu sur un plan ou un projet. Sa réception simultanée au paiement

2- Art.6 du Dahir du 2 juin 1915, modifié par Dahir du 6 juillet 1932.

3- Voy. Thèse DRISSI ALAMI MACHICHI, op. cit p. 151 et 152.

n'est pas nécessaire. D'ailleurs ce genre d'achat d'immeubles commence à être la tendance générale en raison des multiples possibilités de crédit d'une part et des exigences des techniques de construction d'autre part.

Ce n'est donc pas la revente même qui importe. D'ailleurs " le verbe revendre est impropre car l'acheteur, auteur de l'affaire, ne procédera qu'à une vente de ce bien et même à son égard il ne pourra s'agir que d'une vente unique à propos de l'immeuble en question, la seule possible " selon M. DRISSI ALAMI MACHICHI. En tout cas ce n'est pas l'effectivité de la rétrocession qui caractérise la commercialité ; c'est l'intention de le faire qui anime le commerçant. Le texte précise en effet " *achat d'immeubles en vue de les revendre* ". Cette intention, elle-même motivée par la recherche d'un gain, est la raison d'être de l'achat initial et sans laquelle il ne pourra y avoir ni achat commercial ni vente de cette nature.

Par ailleurs, la formule permet d'englober dans les activités du commerce les achats de terrains nus destinés à être revendus " *après transformation* " ; c'est à dire les achats aux fins de revente après édification d'un ou de plusieurs bâtiments. L'acheteur bâtisseur est traité comme un marchand de biens. Celui qui limite son intervention à la "viabilisation" des terrains achetés n'échappe pas non plus à l'attraction commerciale. Il en est de même de l'achat pour revente de bâtiments après rénovation.

Il en résulte que la personne physique ou morale qui achète des immeubles et les revend en l'état ou après rénovation ou édification de bâtiments, accomplit une activité commerciale. Il s'agit donc de confirmer le caractère commercial des sociétés immobilières de construction en vue de la vente qui n'ont pas adopté la forme d'une société commerciale, et qui se trouvent englobées dans la formule très générale du Code de commerce (voy. infra n° 31 et 37).

§ 2 - Activités de production

28 - Application et exception. - Il s'agit de l'industriel qui achète des matières premières ou les extraits du sol, et vend des produits finis ou semi-finis. Alors que le commerçant spéculé sur la différence entre les prix d'achat et de vente, l'objet restant le même, l'industriel transforme la matière et établit le prix de vente en tenant compte de ses frais d'installation et de main-d'oeuvre. Le Code de commerce vise un grand nombre d'activités de production. Cependant certaines activités demeurent rebelles à la commercialité. Il convient donc de marquer la frontière et de dissocier les activités commerciales des activités civiles.

A - ACTIVITES COMMERCIALES

29 - L'exploitation des mines et carrières (Article 6 § 4).- L'exploitation des mines et carrières était autrefois une exploitation civile, sans doute parce que l'on considérait l'industrie extractive comme une exploitation d'immeubles. Mais un dahir du 16 avril 1951 avait commercialisé les sociétés qui étaient constituées sous forme de sociétés par actions. Et dans la mesure où l'exploitation des mines et carrières étaient confiées à des sociétés anonymes, leur activité était forcément commerciale. Mais aujourd'hui, elle l'est doublement car elle s'analyse aussi en revente d'immeubles. Or, cette opération n'échappe plus au droit commercial d'après le nouveau Code de commerce. De plus, ce qui est vendu, ce sont les produits, c'est à dire des biens meubles. Cela dit, l'industrie est assimilée au commerce et il n'y a pas à faire un sort particulier à l'industrie extractive.

La règle s'applique à l'exploitation des mines, ce qui englobe l'exploitation des gisements de charbon, de pétrole, de minerais... Le particulier qui obtiendrait une concession en son nom personnel et l'exploiterait serait donc un commerçant. Est également commerciale la recherche des mines avant l'obtention de la concession.

La règle s'applique également à l'exploitation des carrières. Les produits extraits peuvent être façonnés ou transformés avant d'être livrés à la clientèle : ainsi le ciment et le plâtre ou l'ardoise. L'exploitation des eaux minérales ou thermales entre aussi dans la catégorie des industries extractives. Selon la jurisprudence marocaine, la concession d'une carrière n'est pas une location d'un immeuble, mais une vente de meubles par anticipation, parce que le contrat porte sur des objets dont la jouissance entraîne la consommation⁽⁴⁾.

Enfin, l'activité de pêche en mer est commerciale au sens de l'Art. 7 § 2 du Code de commerce, qui vise "*toutes opérations se rattachant à l'exploitation des navires*". En effet, l'exploitation des navires implique l'exercice d'une activité en surface, qu'il ne faut pas confondre avec l'activité consistant dans l'exploitation des fonds marins qui n'est pas le fait de navires et entre dans la définition de l'Art. 6 § 4 concernant l'exploitation des mines et carrières (Voy. supra) : les forages ou travaux d'extraction au fond de la mer font, en effet, partie de ces activités qui sont, certes, commerciales, mais sans être pour autant des opérations se rattachant à "*l'exploitation des navires*".

30 - L'activité industrielle ou artisanale. - L'Art. 6 § 5 du Code de commerce mêle l'industriel et l'artisan. Or le premier transforme les matériaux ou les produits appartenant à autrui et le second exerce une activité qui se caractérise par la prépondérance du travail personnel et par l'absence de spéculation, donc de profit, sur les autres facteurs de production qu'il met en oeuvre.

31 - La transformation implique en effet le recours à des énergies, des produits et des services extérieurs. Cette activité industrielle est visée par l'Art. 6 à un double titre : d'abord quand il mentionne "*l'achat de meubles pour les revendre après les avoir travaillés et mis en oeuvre*" (§ 1°),

⁴ Rabat, 21 décembre 1956, R.M.D. 1958 p. 186.

puis quand il cite " *les achats d'immeubles en vue de les revendre après transformation* " (§ 3°). Il s'agit du travail sur une chose, que celle-ci soit achetée par le transformateur ou qu'elle lui soit remise par un tiers. Pour les meubles, cette transformation concerne par exemple la confection de vêtements, la conservation alimentaire, la fabrication de poteaux électriques, la réalisation de maquettes pour les promoteurs immobiliers, l'industrie automobile, les réparations de tout genre (navires, machines ou véhicules), les éditions (Voy. infra n° 35), les blanchisseries... Pour les immeubles, la transformation regroupe les entreprises de bâtiments et en travaux publics (Voy. infra n° 37).

32 - Ces activités impliquent que le transformateur ne vend pas les produits de sa fabrication, mais applique le travail de ses ouvriers et parfois ajoute des matières premières à des objets appartenant à d'autres personnes. C'est ainsi que la jurisprudence française a distingué entre *l'industriel et l'artisan* en décidant que ce dernier n'est pas commerçant au motif que *son revenu provient, pour l'essentiel, de son propre travail et non pas du bénéfice réalisé sur le prix de revente d'un produit*⁽⁵⁾. Des exemples : le maçon qui travaille seul ou avec quelques salariés et qui achète des matériaux au fur et à mesure de ses besoins ; le fabricant de pâtes fraîches travaillant seul, avec un outillage réduit ; le peintre vitrier vivant de son seul travail. Cette jurisprudence ne fait que nous rappeler la définition que donne de l'artisan notre dahir du 28 juin 1963⁽⁶⁾ : " *Est artisan le travailleur manuel...(qui)...exerce son activité pour son compte...Il assure personnellement la production et la commercialisation des produits qu'il confectionne et exerce sa profession soit dans un local d'entreprise, soit à son domicile...* "(Art. 2).

5- Cass.com. 19 nov. 1975, J.C.P. 1976, éd. N., 6588-21 mai 1985, D., 1985, n° 29, flash.

6- Dahir formant statut des chambres d'artisanat (B.O. 2 juillet 1963 p. 1105 et Rectif. B.O. 5 juillet, 1963 p. 1119).

33 - En revanche, et selon cette même jurisprudence, la constitution de stocks importants, la revente, dans une forte proportion de produits non fabriqués par l'intéressé, l'utilisation d'un matériel important, l'emploi d'un trop grand nombre de salariés font perdre la qualité d'artisan. Ainsi si le maçon augmente le nombre de ses salariés et organise sa structure d'entreprise, il devient commerçant, car il tire l'essentiel de ses revenus non de son travail mais de la main-d'oeuvre salariée employée et de la valeur des matériaux utilisés^(6bis). Il en est de même pour le fabricant de pâtes alimentaires spéculant non seulement sur la valeur des marchandises mais aussi sur le travail des machines et la valeur de ses investissements⁽⁷⁾. Enfin le peintre vitrier, qui procède à des achats fréquents et importants, est commerçant, pour cause d'achat pour revente⁽⁸⁾. Cette jurisprudence semble coïncider avec la définition que donne de l'artisan l'Art. 2 du dahir de 1963. En effet, l'artisan peut exercer sa profession dans un local " *d'entreprise* ", terme qui implique une certaine installation matérielle et l'exercice d'une profession qui ne peut être dissimulée au public qu'il attire et retient et qui forme sa clientèle. Nous verrons plus loin que c'est à celui-là à qui la loi donne la propriété de son *fonds de commerce*.

34 - Peut-on donc prendre en considération ces nuances pour l'application de notre texte ? Celui-ci pourtant ne pose pas de distinction et la maxime juridique nous dit qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Il faut aussi convenir que la nature de l'activité n'est pas affectée par l'importance de celle-ci. Elle demeure, pour le petit artisan, comme pour le grand entrepreneur, une activité économique, contribuant à la circulation des richesses et appelant une qualification unique, la qualification commerciale. Ainsi un

^{6bis} - Cass. Com., 19 juin 1984, Bull.civ., IV n° 199.

⁷ - Cass. Com. 2 mai 1972, Bull.civ. IB n° 128 ; D. 1972 somm. 163 ; R.D.C. 1973, 59 obs. A.JAUFFRET.

⁸ - Cass. Com., 17 juin 1970, Bull. civ. IV, n° 206.

tailleur ou une couturière achète des lots de tissus " *après les avoir travaillés et mis en oeuvre* ", selon la terminologie utilisée par l'article 6 § 1, puis les revend, sous forme de vêtements ; le menuisier confectionne, dans des conditions comparables, des meubles à partir de l'achat pour revendre.

Mais la maxime invoquée ne joue pas car la distinction entre les activités artisanales est légale. Elle résulte notamment de l'exigence inscrite dans le texte de façon implicite : la spéculation qui constitue l'essence même du commerce⁽⁹⁾ (Voy. infra n° 40).

35 - L'imprimerie et l'édition (Art. 6 § 11) - La production s'applique ici à des œuvres de l'esprit. Les publications de livres, de journaux et de revues sont des activités commerciales. Les éditeurs sont également des commerçants. Certains auteurs les mettent dans la catégorie des distributeurs parce qu'ils vendent les ouvrages édités aux libraires et même au public. Mais ce qu'il y a d'important dans leur métier, c'est la fabrication de l'œuvre. L'éditeur achète le manuscrit d'un auteur pour le transformer en une série d'exemplaires imprimés. Le contrat d'édition est commercial à son égard. Tous les éditeurs sont commerçants, qu'ils éditent des livres, de la musique ou des disques. Tous ces professionnels servent d'intermédiaires entre les créateurs et le public.

36 - L'organisation de spectacles publics (Art. 6 § 15).- L'activité de production cinématographique, comme l'édition des films cinématographiques, sont des activités commerciales. L'organisation de spectacles publics concerne également la production théâtrale ou foraine. Il en est de même des cinémas, des établissements de jeux et de distractions.

Un cas original et important est celui des clubs de football professionnels dont la commercialité fut reconnue en France.

9- Cette exigence résulte de l'expression " achat pour revendre " (Art. 6).

Bien qu'organisés en associations, la commercialité de ces clubs fut reconnue, par référence à leur objet, la production de spectacles⁽¹⁰⁾. Certes, une association peut accomplir des actes qui lui rapportent un profit pécuniaire (spectacles organisés de façon occasionnelle), pourvu que ces actes gardent un caractère accessoire par rapport à son activité principale et que le profit qui en résulte soit, non pas réparti entre les membres, mais employé conformément à son objet. La théorie de l'accessoire attribue à ces actes un caractère civil⁽¹¹⁾.

Une loi française du 7 décembre 1987 a toutefois proposé aux groupements sportifs d'une certaine taille un choix entre la forme de société anonyme et la forme d'association ; dans ce dernier cas, ils doivent respecter plusieurs obligations qui pèsent sur les sociétés anonymes, notamment, l'établissement de comptes annuels et de documents de gestion prévisionnelle, ainsi que la nomination d'au moins un commissaire aux comptes⁽¹²⁾.

Au Maroc, les clubs de football sont constitués sous forme d'associations régis par le droit d'association lorsqu'ils regroupent des amateurs (Art. 8 du dahir du 19 mai 1989)⁽¹³⁾. Ainsi, le dahir du 19 mai 1989 n'exclut la commercialité des clubs de sport (football ou autres) que lorsque ces clubs

10- Voy. Marseilles, 8 avr. et 28 août 1980, Rev. Soc. 1980,827 et 1982,339, note PLAISANT ; D.S. 1981, I.R. 478, obs. ALAPHILIPPE et KARAQUILLO. Contra : Reims 19 fév.1980, Rev.Soc. 1980,823 ; J.C.P. 1981.2.19496, note GUYON.

11 Voy. Soc. 27 nov. 1989, Bull.Cass.,1989, 4, n° 544, D.S. 1990. Somm.com., 75 ; com. 13 mai 1970, D. 1970. 644.

12- Voy. G.RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, 16° éd. n° 282 p. 182.

13- Dahir du 19 mai 1989 BO. N° 4003, p. 198. L'art. 8 de ce texte renvoie expressément au dahir n° 1-58-376 du 15 novembre 1958 relatif au droit d'association (B.O. n° 2404 is du 27 novembre 1958 p. 1909), modifié et complété par une loi n° 1.73.283 du 10 avril 1973 (B.O. n° 3154 du 11 avril 1974 p. 533).

regroupent des amateurs. Selon l'Art. 8 " *Les associations sportives conservent leur qualité d'amateurs lorsque 30 % au plus de l'ensemble de leurs membres ont un statut de sportifs professionnels* ". Si ce taux est dépassé, l'association ne peut plus bénéficier de l'aide de l'Etat, des collectivités publiques ou des établissements publics (Art. 8 al. 3).

Il résulte de ce texte que la voie est ouverte au professionnalisme du sport au Maroc. D'ailleurs l'Art 45 du dahir du 19 mai 1989 prévoit la possibilité pour les clubs sportifs marocains de se constituer sous forme de société à but lucratif. Il soumet à certaines conditions ceux qui se constituent sous forme de sociétés de capitaux : leur capital social doit être composé d'actions nominatives et aucun actionnaire ne peut détenir plus de 30 % de ce capital.

Cependant, et quelle que soit la forme de la société adoptée, elle ne pourra organiser des compétitions sportives dans un but lucratif qu'à la condition qu'elle soit affiliée à la fédération de sa discipline sportive (Art 46). Elle doit en outre être préalablement autorisée par l'administration chargée de contrôler : 1°) son programme d'activité qui doit être en relation avec les activités de la fédération d'affiliation ; 2°) les règles sportives qu'elle propose d'organiser.

Ainsi, comme en droit français, la commercialité des clubs sportifs au Maroc est reconnue à ceux qui se constituent en société commerciale ou dont les membres qui les composent sont des professionnels.

37 - Le bâtiment et les travaux publics (Art. 6 § 12).-

Cette activité vise les entreprises de constructions immobilières. Ainsi la construction d'édifices, de ponts, de routes, le creusement des canaux et des ports, sont des travaux industriels qui entrent dans le champ de la commercialité. Le promoteur-constructeur, catégorie de plus en plus nombreuse, est également commerçant en qualité d'entrepreneur de construction dès lors qu'il agira professionnellement et régulièrement (Voy. infra n° 90). Par

contre la règle de la commercialité ne semble pas s'appliquer au promoteur qui agit occasionnellement en vue de réaliser un projet modeste quand du moins il ne se constitue pas en société à laquelle s'applique la règle de la commercialité par la forme (Voy. infra n° 55).

B - ACTIVITES CIVILES

38 - Exclusion de la commercialité. - Certaines activités de production échappent au droit commercial lorsqu'elles ne satisfont pas aux critères de commercialité précédemment exposés tels que "*l'achat pour revendre*" ou le "*but spéculatif*". Cette exclusion devra cependant être nuancée.

39 - Pour l'agriculteur. - Le Code de commerce pose un principe et une exception. *En principe*, l'agriculteur, faute d'achat préalable, n'accomplit pas normalement des actes de commerce. Achats et intention de revendre s'apprécient dans les mêmes termes qu'en matière de meubles (Supra n° 19 s.). En effet l'agriculteur vend les fruits de sa terre et ne commercialise que sa propre production. Sa production n'est pas qualifiée de commerciale et si profond que soit le labour, son industrie n'est pas extractive. Il en est de même du viticulteur et du forestier qui vendent les produits de leur exploitation. Quant à *l'exception*, elle résulte de l'Art. 6 § 1 qui vise l'achat pour revendre de meubles "*après les avoir travaillés et mis en oeuvre*". La commercialité peut donc s'appliquer dans certains cas à l'exploitation agricole. Telle serait la règle si l'agriculteur se lance dans l'industrie de la transformation de produits agricoles ou de produits extérieurs à sa propre exploitation. Il arrive que l'éleveur ou l'horticulteur se livre à des opérations d'achat pour revendre d'animaux ou de fleurs et exécute une activité commerciale. Il est fréquent, d'autre part, que les cultivateurs transforment les produits agricoles tels que l'huile, la farine, le beurre. certains agriculteurs se rapprochent des commerçants en ce qu'ils achètent des animaux pour les

revendre après les avoir engraisés (pratique de l'élevage industriel)⁽¹⁴⁾... Cette commercialité est concevable pour toute chose mobilière qui se prêterait facilement à la mise en œuvre. D'où l'accroissement des hypothèses dans lesquelles, par exception, l'agriculteur devient commerçant.

40 - Pour l'artisan. - L'Art. 6 § 5, en visant l'activité artisanale, ne pose pas de distinction. Mais la maxime juridique invoquée infra (n° 34) ne joue pas toute seule ; elle est complétée par d'autres facteurs, notamment, des éléments juridiques qui fondent le droit applicable. L'artisan, dans le contexte marocain actuel ne spéculé ni sur les matières premières, ni sur le matériel, ni sur la main-d'oeuvre. On doit bien admettre que ces activités résistent à la force d'attraction du droit commercial et conservent un caractère civil. En outre, l'artisan est censé tirer l'essentiel de son revenu de son propre travail. Ainsi, sauf dans le cas d'une structure organisée, situation qui est rare aujourd'hui, on doit considérer que l'artisan exerce une profession civile. En effet, la plupart des activités artisanales : le maçon, le peintre en bâtiment, le plombier, l'électricien, le serrurier, même s'ils ont un magasin de vente, exercent ces activités non pas dans l'intention de réaliser un profit, mais dans le but d'assouvir un besoin essentiel, celui de manger le pain quotidien.

Les artisans sont nombreux et constituent une classe moyenne entre le salariat et la bourgeoisie commerçante. Il est nécessaire d'établir une délimitation administrative précise pour déterminer si une activité artisanale relève du droit commercial ou du droit civil. Mais en attendant, les tribunaux conservent toute liberté pour faire cette distinction.

41 - Les intellectuels. - L'artiste, dit-on, est désintéressé. Certes, mais l'art baigne dans l'économie et les productions intellectuelles sont des valeurs patrimoniales ; elles

14- Voy. CHESNE et MARTINE, Le caractère civil ou commercial des exploitations d'élevage, D.S. 1970, Chr. 171 ; COZIAN, Le statut de l'élevage industriel, J.C.P. 1971. 2.2381.

participent à la vie des affaires. Mais cela ne peut se justifier que par l'intervention des intermédiaires : l'éditeur, comme l'organisateur de concerts ou l'exploitant de théâtre sont commerçants. Le producteur quant à lui n'est pas affecté : noblesse des idées ? absence de matières premières ? dignité des professions ? De l'artiste de cinéma au notaire en passant par le professeur, aucun n'est commerçant.

Il en est ainsi en particulier des auteurs publiant leurs oeuvres, ou collaborant à une oeuvre collective. En effet, la production intellectuelle échappe à la commercialité⁽¹⁵⁾. Même dans le cas où l'auteur d'une oeuvre littéraire et artistique la cède ou en concède l'exploitation, il ne se livre pas à une activité commerciale⁽¹⁶⁾. Un jugement a pourtant réservé le cas où un auteur s'était fait son propre éditeur en organisant commercialement la publicité et la vente⁽¹⁷⁾. La solution est douteuse⁽¹⁸⁾.

D'une manière générale, les activités qui exigent un travail purement intellectuel demeurent en dehors du droit commercial dans la mesure où elles sont conduites en dehors de toute perspective d'échange, de compétition ou d'exercice d'une profession. Ces activités échappent par raison plus que par tradition à l'emprise du droit commercial, contrairement aux professions libérales dont le statut est économiquement proche de celui du commerçant^(18bis).

42 - Professions libérales. - Les activités dites libérales échappent au droit commercial. Selon les définitions qu'en donnent les organisations professionnelles, elles consistent

15- Cf Paris, 2 nov. 1988 : D. 1989, somm. Com. 251.

16- Cf. Com. 5 nov. 1985 : D. 1986, I.R. 195.

17- Trib. Bruxelles, 21 oct. 1933, S. 1934.4.1. Note ROUSSEAU.

18- Voy. SAINT ALARY, Le caractère civil ou commercial des entreprises travaillant sur les oeuvres de l'esprit, J.C.P. 1946, 1. 494.

18^{bis}- Cf. N. DECOOPMAN, Entreprises libérales, entreprises commerciales, J.C.P. 1993, 1, 3671.

en services personnels de caractère principalement intellectuel rémunérés par des honoraires. Ce sont celles qu'exercent, par exemple : - les membres des professions médicales et assimilées : médecins, chirurgiens, dentistes, vétérinaires - les auxiliaires de justice : avocats, mandataires-liquidateurs - les officiers publics et ministériels : notaires, huissiers, commissaires-priseurs - les experts comptables, commissaires aux comptes- les architectes, géomètres-experts.

Certaines professions libérales, au contraire, font le commerce : les pharmaciens, bien qu'ils soient tenus d'avoir le diplôme exigé pour l'exercice de la profession ; les conseils juridiques sont considérés par la loi comme des agents d'affaires⁽¹⁹⁾ (Voir infra n° 53). Enfin, toutes les professions libérales sont soumises au droit commercial dès que leurs membres exercent leur activité au sein d'un groupement par la constitution d'une société commerciale.

§ 3 - Activités de services

43 - Diversification. - Les activités de services sont extrêmement variées et généralement assez modernes. Ce faisant elles ont contribué à l'extension du droit commercial. Elles présentent une importance réelle dans l'économie car elles *créent les emplois et les richesses comme l'industrie*. On les classera sous plusieurs rubriques : activités de transport, de location, de dépôt et de garde, activités financières et activités d'intermédiaires.

A - LES ACTIVITES DE TRANSPORT

44 - Transport terrestre, maritime et aérien. - Les entreprises qui assurent le transport des marchandises et des voyageurs ont toujours joué un rôle important dans la vie économique. Ces entreprises impliquent l'emploi de personnel et l'utilisation de matériel. Elles sont commerciales quelle que soit la forme du transport.

19- Art. 1^{er} du dahir du 12/01/1945 (B.O. 26/01/1945 p. 38).

Le transport maritime a vu naître le droit commercial, aussi bien, il n'est pas étonnant qu'un article entier du Code de commerce, l'article 7, affirme la commercialité de cette activité et des opérations voisines : construction de navires, achat et vente de bâtiments (navire et agrès), affrètement, assurances maritimes. Le transport aérien suit le même sort en vertu du même texte. Quant au transport terrestre, il est visé par l'Art. 6 § 6. La commercialité s'étend à des activités voisines telles que les opérations de remorquage, de manutention, et aussi, avec quelques nuances, les opérations de déménagement. Ces exploitations sont le plus souvent assurées par des sociétés par actions.

B - ACTIVITES DE LOCATION

45 - La location portant sur des meubles. - Les activités de location sont commerciales en vertu de l'Art. 6 § 2° lorsqu'elles portent sur des meubles corporels ou incorporels. Le texte est confus à première vue car il vise "*la location de meubles en vue de leur sous-location*". Mais il ne semble pas donner la priorité à la " sous-location ". Autrement-dit, l'effectivité de celle-ci importe peu, c'est l'intention de sous-louer qui anime le loueur de meubles, c'est à dire l'offre d'usage temporaire d'une chose dans un esprit lucratif ; c'est cette activité qui explique la commercialité de l'opération. L'éventail en est très large ; de loueur d'automobiles au loueur de télévisions en passant par le loueur de wagons, de conteneurs ou de navires, de matériel de chantier, tous sont commerçants. Le cadre juridique de la location est indifférent et la pratique du crédit-bail ou leasing, notamment, est commerciale. Dès lors qu'il y a location et meubles, la qualification de l'opération ne fait pas de doute.

En revanche, la location d'immeubles demeure civile, quand bien même serait-elle habituelle. Il en est ainsi même si la location est faite à usage commercial ; le bail consenti à un commerçant est dit "*bail commercial*", il est soumis à des

règles particulières, mais il n'a pas le caractère d'un acte de commerce, du moins en principe. On verra en effet que la théorie de la commercialité par accessoire oblige à admettre de nombreuses exceptions à ce principe (Voir infra n° 59).

Par ailleurs, la location d'immeubles peut exceptionnellement devenir commerciale, et c'est là où le texte devient plus clair ; tel est le cas lorsque des meubles sont loués en même temps que l'immeuble et représentent l'objet essentiel de l'opération. Dans l'hôtellerie, la location de meubles et les prestations (chauffage, restauration...) qui accompagnent la location de l'immeuble, est une activité commerciale. Il s'agit d'une offre de service plus que du simple usage d'un local, au demeurant équipé. Il en est ainsi de la location d'usines équipées. Dans certains cas, les obligations classiques du loueur se compliquent. Elles comportent l'entretien du matériel loué et une assistance technique pour son utilisation. C'est la location-service ou "*renting*". En outre, la pratique du droit de l'informatique dans l'entreprise a développé la fourniture de prestation informatiques.

C - DEPOT ET GARDE

46 - L'exploitation d'entrepôts et de magasins généraux (Art. 6 § 10). - Ces activités consistent à recevoir en dépôt des objets mobiliers. Il s'agit bien entendu d'un dépôt salarié. Le magasinier qui reçoit en dépôt des objets est commerçant. Le dépôt se double parfois d'un contrat de garde. Les garagistes sont des commerçants alors même, ce qui est rare, qu'ils auraient pour unique objet de leur exploitation la garde des voitures. Le plus souvent, ils sont en même temps vendeur d'accessoires et d'essence.

D - ACTIVITES FINANCIERES

47 - Activités bancaires. - Vue comme une location de meubles (la monnaie) et comme une fourniture de services, l'activité bancaire est déjà commerciale. Elle l'est encore à un

troisième titre, en raison d'une disposition expresse du Code de commerce, qui mentionne " *la banque, le crédit et les transactions financières* " (Art. 6 § 7). Les banquiers ont toujours été considérés comme des commerçants. Leur définition est aujourd'hui facilitée par la loi bancaire du 6 juillet 1993 qui répute acte de commerce " *toutes les opérations comprenant la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle de tous moyens de paiement ou leur gestion* ", par exemple les transferts de fonds entre comptes et l'émission de cartes de paiement et de crédit (Art. 1^{er}). Banques, caisses d'épargne, sociétés financières, conduisent ainsi une activité commerciale.

48 - La bourse. - Parmi les activités financières, on peut aussi mentionner les opérations de bourse sur valeurs mobilières qui ne peuvent être faites que par des *sociétés de bourse*, en application de la loi du 21 septembre 1993^(19bis) (Art.18). L'existence d'intermédiaires aux capitaux très importants accroît les garanties de la clientèle. Mais leur "capacité multiple " (interventions dans l'émission des valeurs mobilières, négociations en bourse, opérations de contrepartie, gestion de portefeuilles, etc.) est de nature à faire naître des conflits d'intérêt, qui ne seront réglés que par l'observation d'une déontologie rigoureuse, sous la surveillance des pouvoirs publics⁽²⁰⁾.

Quant aux *spéculateurs* sur valeurs mobilières, qui ne sont pas des intermédiaires professionnels, la qualification de commerçant les guette au titre de l'achat en vue de revente. L'hypothèse est celle du particulier propriétaire d'un portefeuille de valeurs mobilières et qui ne se contente pas de

19^{bis}- Dahir n° 1-96-245 du 9 janvier 1997 - B.O. n° 4448 du 16 janvier 1997. Ce dahir a été complété par la loi 29/00 (dahir du 1^{er} septembre 2000 - B.O. n° 4828 du 7 septembre 2000).

20) Voir Règlement général inséré par la loi n° 34-96 relative à la Bourse des valeurs.

les conserver mais qui intervient activement sur le marché, opérant des allers et retours fréquents, parfois sur les mêmes valeurs, prenant des positions à terme, vendant des primes, n'hésitant pas à pratiquer le stellage... En bref, ce particulier agit comme le ferait un professionnel, à une différence près : il oeuvre pour son seul intérêt et son seul client est lui-même. Mais bien qu'il ne participe pas à la circulation des richesses et n'exerce pas à proprement parler une profession, le Code de commerce le considère comme commerçant parce qu'il fait ces spéculations habituellement. Cela dit, où finit la fructification et où commence la spéculation ? Une bonne gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières doit nécessairement être active si l'intéressé ne veut pas perdre d'argent.

49 - Assurances. - Dans l'ancien Code de commerce, seule l'assurance maritime était visée. L'assurance terrestre était déclarée commerciale parce qu'on imposait à l'assurance d'adopter la forme de société anonyme. Aujourd'hui, le texte ne distingue pas (Art. 6 § 8) : la commercialité s'étend à tous les actes et à toutes les polices d'assurances. Cette commercialité suppose un grand nombre de contrats, le paiement de primes fixes et la poursuite d'un but lucratif. En effet, l'assureur donne la sécurité de l'exploitation. Il est commerçant parce qu'il a une entreprise qui, grâce à la division des risques, est organisée pour lui donner des bénéfices.

Actuellement les opérations d'assurances ne peuvent être faites que par des sociétés par actions placées sous la surveillance de l'Etat. Ces sociétés ont, par leur forme même, une nature commerciale. Il en est autrement pour les sociétés mutuelles ou à forme mutuelle⁽²¹⁾ qui ne recherchent pas de bénéfices mais tendent à faire payer à leur adhérents les

21- Cf. D. VEAUX sur " La nature juridique des sociétés d'assurances mutuelles et à forme mutuelle " R.D.C. 1950.11. ; CHABANNES, le nouveau statut des sociétés d'assurance mutuelle, Rev. gén.ass.terr. 1991.793.

primes les plus faibles possible. En principe le montant de ces primes devrait varier chaque année en fonction des sinistres survenus durant la même période. En fait les mutuelles préfèrent demander le paiement de primes fixes.

E - LES ACTIVITES D'INTERMEDIAIRES

50 - Principe. - L'intermédiaire ne produit ni ne vend ; il va de l'un à l'autre, appareillant offre et demande, accordant les volontés. Son rôle est de faciliter à d'autres commerçants ou aux particuliers l'exercice de leur activité sans leur fournir aucun objet matériel. Il est l'agent de liaison indispensable à la circulation des richesses. L'intermédiaire s'adresse à une clientèle et doit donc avoir une installation fixe où l'on puisse le retrouver. Il a un bureau ou cabinet d'affaires. Juridiquement il a plusieurs masques, tous recensés par l'Art. 6 § 9 et 13 ; il est courtier, commissionnaires, agent d'affaires.

51 - Le courtier. - Le courtier rapproche les parties en vue de la conclusion d'un contrat. Il les met en rapport ou en présence, les aide de ses conseils mais ne va pas au-delà ; en particulier il ne représente aucune d'entre elles. Il existe des courtiers d'assurances qui rapprochent compagnie d'assurances et assuré potentiel, des courtiers de fret qui interviennent entre un armateur (fréteur ou transporteur) et une entreprise voulant faire transporter une marchandise (affréteur ou chargeur). Le courtier ne passe pas le contrat recherché à la différence du commissionnaire.

52 - Le commissionnaire. - Le commissionnaire est lui aussi un professionnel qui s'entremet dans la formation des contrats. Mais à la différence du courtier il intervient dans cette formation pour le compte de l'une des parties que l'on nomme le commettant. Il se distingue néanmoins d'un mandataire ordinaire en ce qu'il traite en son propre nom sans révéler aux tiers l'identité du commettant. Le secteur de prédilection de la commission est celui des transports, le commissionnaire concluant le contrat de transport avec le

transporteur pour le compte de l'entreprise désirant faire déplacer ou livrer des marchandises. Mais il existe aussi des commissionnaires de vente, d'achat, en douane. Les sociétés de bourse qui reçoivent les ordres d'achats et de ventes de valeurs mobilières en bourse agissent en commissionnaires et ne livrent jamais (en principe) le nom de leurs clients. Dans ce domaine, l'influence de la commercialité par achat pour revendre est patente ; le commissionnaire est la pièce d'une opération qui est le modèle des actes de commerce, sa qualité de commerçant est inévitable. De plus, à l'image du courtier et de l'agent d'affaires, il fournit un service, ce qui est une autre raison de le rendre commerçant.

53 - Les agents d'affaires. - Les agents d'affaires font profession de gérer les affaires d'autrui, d'administrer les biens et de faciliter la conclusion de contrats. Rentrant dans la catégorie d'agents d'affaires les intermédiaires dans les transactions immobilières, les conseils en organisation, les sociétés de surveillance.

L'Art. 6 § 13 mentionne expressément les *agences de voyages d'information et de publicité* pour marquer le caractère commercial de ces activités qui traitent des affaires civiles et commerciales. C'est en fait l'activité d'intermédiaire, l'activité de service qui entraîne l'application du droit commercial.

REMARQUE : Une question se pose concernant le contenu de l'Art.6. Elle consiste à se demander s'il ne suffirait pas d'introduire une formule synthétique des activités commerciales telles qu'elles viennent d'être présentées, de laquelle on pourrait déduire avec précision les contours de la commercialité. Dans cette énumération qui fait figure de memento à l'usage des boutiquiers on y trouve un bric-à-brac d'actes de commerce et d'activités commerciales sans qu'apparaissent les principes ayant gouverné les rédacteurs du Code de commerce. En outre, la tentative d'élargissement du concept d'actes de commerce et de la liste des activités commerciales en vertu de l'Art. 8 peut être source de

difficulté, voire d'insécurité juridique. Or on peut relever deux éléments constants, deux traits communs qui rendent compte, pour l'essentiel, de ces activités :

1°) D'abord *l'intention de spéculation* ; la spéculation étant entendue comme la recherche de la plus grande différence possible entre les dépenses engagées par celui qui exerce le commerce et le gain qu'il en retire (Lyon-Caen et Renault). Par nature l'activité commerciale vise un profit pécuniaire ; elle cherche à réaliser des bénéfices, même si elle se solde par des pertes et quel que soit le sort de ces bénéfices, qu'ils soient réinvestis ou distribués. Le but lucratif est donc le premier élément de la notion. Il en résulte qu'il y a incompatibilité entre le commerce (au sens large du terme) et l'idée de titre gratuit, de désintéressement. Une association, par exemple, qui se borne à recueillir des dons en espèces en faisant appel à la générosité publique, pour aider des personnes dans le besoin, n'accomplit pas par hypothèse des opérations commerciales. Mais ce premier élément n'est pas suffisant. Il n'explique pas pourquoi les professions libérales échappent au droit commercial.

2°) Un deuxième élément mérite ainsi d'être ajouté. L'activité commerciale est une *activité d'entremise dans la circulation des richesses*, que celles-ci consistent en marchandises, en argent, en titre fiduciaires, en services....

Il reste à se demander quel autre rôle peut jouer cet article si ce n'est de conférer, en liaison avec l'article 1^{er} du Code de commerce, la qualité de commerçant aux personnes physiques qui exercent une des activités recensées. On observera, à cet égard, que pour les sociétés c'est la forme juridique qui est déterminante, quel qu'en soit l'objet.

Section 2

Les actes de commerce par la forme

54 - Notion générale. - La primauté est accordée à la forme sur le fond. C'est la forme de l'acte qui confère à celui-

ci la qualité d'acte de commerce, que cet acte soit isolé ou non, qu'il soit accompli par un commerçant ou non. L'opération, parce qu'elle emprunte un procédé réservé au droit commercial, relève exclusivement de la législation commerciale. Deux catégories d'institutions, fondamentales pour le déroulement de la vie commerciale, relèvent de cette analyse : certaines sociétés et la lettre de change.

55 - Les sociétés commerciales par la forme. - Certaines sociétés ont dès l'origine un caractère commercial. La commercialité formelle a été en premier lieu introduite dans notre droit pour les sociétés par actions par le dahir du 11 août 1922. Le dahir du 1er septembre 1926, introduisant au Maroc les sociétés à responsabilité limitée, adopta pour ces dernières la même solution. Les dahirs du 30 août 1996 et du 13 février 1997⁽²²⁾, enfin, ont achevé cette évolution : "*sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet* " les sociétés anonymes, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite (simple et par actions), les sociétés à responsabilité limitée. L'affirmation est sans nuances : les sociétés concernées sont commerciales, même si leur activité est civile ; ainsi, la société anonyme d'expertise comptable, bien qu'elle conduise une activité civile car libérale, est une société commerciale. Il en est de même d'une société en nom collectif gérant un domaine agricole. En revanche, les sociétés exclues de la liste ne sont commerciales que si leur objet est tel ; c'est le cas des sociétés en participation et des groupements d'intérêt économique (G.I.E), l'immatriculation du G.I.E. au registre du commerce ne modifiant pas la solution. (Voy. infra n° 107 p. 83).

56 - Les effets de la règle. - Dans la mesure où les entités inventoriées ont la qualité de commerçant, elles sont assujetties aux lois du commerce et spécialement aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire. De

22- Publiés respectivement au B.O. n° 4422 du 17 octobre 1996 et n°4478 du 1^{er} mai 1997.

plus, les actes qu'elles accomplissent sont des actes de commerce en application de la loi, même lorsque leur activité est civile. Par exception à cette règle, et par application des règles relatives aux baux commerciaux, le contrat de bail conclu par une société à forme commerciale et à objet civil n'est pas un bail commercial. Enfin, les cessions de parts ou d'actions de sociétés commerciales par la forme sont en principe des actes civils. Il s'agit, notamment, des cessions auxquelles procèdent les associés des dites sociétés. En effet, c'est la société qui est commerciale et non ses associés. Une exception toutefois : lorsque la cession de parts ou d'actions est l'accessoire d'une opération de restructuration de la société, elle devient commerciale⁽²³⁾.

57 - La lettre de change. - L'article 9 du Code de commerce, dans son premier alinéa, répute acte de commerce "*la lettre de change*". La lettre de change (ou traite), régie par les articles 159 et suivants du Code de commerce, est un titre de paiement et de crédit par lequel une personne (le tireur) donne l'ordre à l'un de ses débiteurs (le tiré) de verser à un tiers (le porteur) une certaine somme d'argent, à une date déterminée. En signant une lettre de change le non-commerçant entre dans une opération commerciale, et ce, à quelque titre que ce soit (tireur, tiré-accepteur, avaliste, endosseur). La présomption de commercialité de la lettre de change est irréfragable : le signataire de la traite ne peut échapper à la compétence des tribunaux de commerce. Cependant, l'intéressé ne peut se voir appliquer les procédures collectives ; la signature même répétée de lettres de change ne constitue pas une profession et n'attribue donc pas la qualité de commerçant à son auteur.

En fait, la force de ce mode de commercialité n'est pas gênante car le plus souvent le signataire de la lettre est commerçant.

²³ Cf. J. PAILLUSSEAU, La cession de contrôle, JCP 1986, I, 3224 ; D. ROUX, La spécificité des cessions de contrôle, Rev. soc. 1980, 49. Une précision s'impose : alors que la cession ordinaire de droits sociaux a un caractère civil, la cession de contrôle a un caractère commercial (Cass. Com. 28 avril 1987, Rev. Soc., 1987, 393, note BOUSQUET. C'est donc la juridiction commerciale qui est donc compétente.

58 - Limite. - Pour les autres instruments de paiement, chèque et billet à ordre, la forme seule ne suffit pas à donner à l'acte le caractère commercial. Le chèque a été créé pour l'usage de tous, commerçants ou non. De fait, cet instrument sera qualifié d'acte de commerce au titre de la commercialité par accessoire. Pour *le billet à ordre*, sa commercialité résulte de la nature commerciale de la transaction qu'il a pour effet de régler (Art. 9 Al. 2).

Section 3

Les actes de commerce par accessoire

59 - Le principe de l'accessoire. - Les actes (ou faits) accèdent à la commercialité lorsqu'ils sont accomplis par un commerçant pour les besoins de son commerce. Ce principe est posé par l'Art. 10 du Code de commerce. C'est la qualité de celui qui accomplit l'acte qui lui donne sa coloration juridique. Mais si la commercialité par accessoire ne suscite pas de difficultés majeures, sa mise en oeuvre recèle de nombreux pièges.

60 - Fonctions de l'accessoire. - Le principe a surtout une valeur probatoire : dès lors qu'une personne physique ou morale a acquis la qualité de commerçant, spécialement par la conduite d'une activité commerciale (Voir supra n° 17 s.), toutes ses opérations seront elles-mêmes commerciales, sans que l'on ait, à chaque contrat, à prouver ce caractère ; la commercialité par accessoire fonctionne comme une *présomption*. A cette première fonction s'en ajoute une autre : l'accessoire permet de qualifier de commerciale une opération *intrinsèquement civile*. Ainsi de l'achat de carburants par un commerçant, non en vue de la revente, mais aux fins d'utilisation par les véhicules de l'entreprise. L'acte pris isolément est civil puisque l'achat est destiné à la consommation, mais replacé dans son contexte, il sera commercial par accessoire. Ainsi encore, la location d'un immeuble pour y loger le siège d'une société commerciale. La

location d'immeubles envisagée isolément est civile, mais mise en perspective avec l'activité du locataire, l'opération devient commerciale. L'accessoire a donc une fonction de qualification.

61 - Application du principe. - Deux conditions commandent la mise en oeuvre de la commercialité par accessoire : l'un est relatif à la personne, l'autre concerne la finalité de l'acte.

La première condition exige que soit acquise la qualité de *commerçant* de celui qui agit. Cette qualité résultera de l'accomplissement d'une activité commerciale par nature, qu'elle intéresse la production, la transformation, la distribution ou les services. Mais dans l'hypothèse d'un contrat où l'une des parties n'est pas commerçant, tel un consommateur, la convention est civile pour lui et commerciale pour le commerçant ; la commercialité par accessoire ne s'applique que pour ce dernier. Ces actes à deux versants, l'un civil, l'autre commercial, sont qualifiés d'actes mixtes et suivent un régime tenant du droit civil et du droit commercial (Voir infra n° 87).

La seconde condition, relative à la finalité de l'acte (ou du fait), exige que celui-ci soit accompli par le commerçant " à l'occasion de son commerce ". L'Art.10 présume que " *les faits et actes accomplis par le commerçant à l'occasion de son commerce* " sont commerciaux " *sauf preuve contraire* ". C'est à celui qui veut se prévaloir du caractère civil de tels actes (ou faits) de démontrer qu'ils sont sans lien avec l'exploitation du commerce.

62 - Effets et limites. - Le domaine de la commercialité par accessoire englobe tous les contrats dont la nature est indifférente : vente, assurance, octroi de garanties, emprunt, prêt, mandat... Mais la théorie s'étend aussi aux obligations qui se forment sans convention. Ici ce n'est pas le but poursuivi par le commerçant qui est déterminant puisque l'obligation ne naît pas d'un acte de volonté mais à l'occasion

de l'activité commerciale. Les *faits*, réputés acte de commerce par l'Art.10, sont les fautes commises à l'occasion de l'activité commerciale. Elles peuvent être délictuelles, telles celles résultant des agissements déloyaux du commerçant qui imite les produits d'un concurrent ou détourne une clientèle. Elles peuvent aussi constituer des quasi-délits. La solution est donc générale, elle vaut aussi bien pour la responsabilité personnelle que pour la responsabilité du fait d'autrui ou des choses. L'obligation de réparer les dommages causés à l'occasion de l'exercice de son commerce subit ainsi l'attraction de la commercialité par accessoire.

La théorie de l'accessoire ne s'applique pas cependant aux dommages causés par les accidents de circulation, même s'ils sont causés à l'occasion de l'exercice du commerce (Voir infra n° 75 s.). Il en est de même des amendes pénales qui ne sont jamais considérées comme des dettes commerciales. Elle ne s'applique pas non plus à certaines obligations légales (dettes fiscales ou C.N.S.S) du commerçant, même si celles-ci concernent son activité professionnelle. Une autre limite, résulte du transfert de droits réels immobiliers : l'achat ou la vente d'un immeuble, l'octroi ou la purge d'une hypothèque sont civils, même si ces actes sont accomplis par le commerçant pour les besoins de son commerce. Cette dérogation, qui ne semble pas avoir été remise en cause par l'Art. 6 § 3 sur l'achat d'immeubles, s'appuie sur la tradition qui place les droits réels immobiliers sous la protection du droit civil.

CHAPITRE II

RÉGIME JURIDIQUE DES ACTES DE COMMERCE

63 - Particularisme du régime. - Les actes de commerce connaissent un traitement particulier qui tranche sur celui applicable aux actes civils. Mais le régime des actes de commerce n'est pas unitaire. Il ne joue pleinement que pour les actes de commerce conclus entre commerçants pour les besoins ou à l'occasion de leur commerce. En revanche, il joue de manière partielle pour les actes mixtes, actes dont l'une des parties n'est pas commerçant (consommateur le plus souvent) : vente d'une voiture de tourisme par un concessionnaire automobile à un particulier. Le régime juridique de ces actes est composite, il emprunte à la fois au régime des actes de commerce et à celui des actes civils. Ce qui impose une étude séparée des deux régimes.

Section 1

Régime général des actes de commerce

64 - Remarque préliminaire. - Les règles constitutives de ce régime sont, tantôt plus libérales que celles du droit commun car elles sont destinées à faciliter le commerce et à simplifier les relations commerciales, tantôt plus rigoureuses dans le souci d'assurer la sécurité des transactions. Le commerce a besoin tout à la fois de plus de souplesse dans la preuve des actes, de plus de rigueur dans l'exécution de ces actes. En cas d'inexécution, quand le procès ne peut pas être évité, le contentieux des actes de commerce suit des règles spécifiques.

§ 1 - Preuve de l'acte

65 - Principe de liberté. - Le rythme du droit des affaires est plus rapide que celui du droit civil, il est

incompatible avec un système de preuve écrite, dans lequel les parties sont supposées avoir le temps de pré constituer la preuve de leur engagement. Aussi le Code de commerce pose le principe qu' " *En matière commerciale la preuve est libre* " (Art. 334). Il en résulte qu'entre commerçants la preuve d'un contrat commercial n'est pas subordonnée à la présentation d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit ; elle peut se faire par tous les moyens tels que la correspondance, les factures, les livres et documents comptables, témoignages et présomptions, microfilms, télex, télécopies, supports informatiques...(Voir. J. Huet, *Formalisme et preuve en informatique et télématique*, JCP 1989. I. 306). Ce principe s'explique par la nécessité de favoriser la conclusion rapide des actes de commerce. En matière civile une preuve écrite des actes est exigée au-dessus d'un intérêt de 250 DH (Art. 443 du D.O.C).

66 - Portée du principe. - L'Art. 334 du Code de commerce, en posant la règle de la liberté des preuves, a imposé l'écrit dans certains cas. Il dispose en effet que la preuve " *doit être rapportée par écrit quand la loi ou la convention l'exige* ". Sans que cette disposition ne soit une exception à la règle générale, le principe de la liberté de la preuve ne peut faire abstraction à toute forme.

Ainsi l'existence d'une lettre de change dépend du respect des formes posées par le Code de commerce. Le titre qui ne comporte pas les mentions énumérées par l'Art.159 ne vaut pas comme lettre de change. Sa forme est une condition de son existence. Si une des mentions fait défaut, le titre ne bénéficie pas du régime des lettres de change et représente une reconnaissance de dette ordinaire (Art. 160 al.2). La validité des cessions (et nantissements) de fonds de commerce est subordonnée à l'observation de règles formelles précises (Voir infra, n° 201 et 226). Dans la plupart des contrats, ceux notamment relatifs au droit maritime, l'écrit est imposé pour des raisons diverses. Pour les contrats passés à la bourse, l'opération donne lieu à la délivrance d'un

bordereau. Enfin toutes les fois qu'un commerçant fait une opération qui implique une *inscription en compte* (exigée par la dématérialisation des titres), le compte qui lui est ouvert revêt une certaine forme. La règle de preuve en matière commerciale trouve une autre limite dans les actes mixtes (Voir infra n° 88). Mais la solution dépend de la qualité du défendeur à la discussion sur la preuve. La preuve est soumise aux règles de droit civil sur l'action dirigée par un commerçant contre un non-commerçant. En énonçant que "*les règles du droit commercial ne peuvent être opposées à la partie pour qui l'acte est civil*", l'Art 4 du Code de commerce consacre cette distinction.

§ 2 - Exécution de l'acte

67 - La solidarité. - Dans les contrats civils, la solidarité ne se présume pas ; elle doit être expressément stipulée ou résulter de la loi (Art.153 du D.O.C). Le Code de commerce admet, au contraire, que "*la solidarité se présume*" en matière d'obligations commerciales (Art. 335). La solution ne concerne donc que la solidarité passive (du côté des débiteurs) et non la solidarité active (du côté des créanciers). En droit commercial on considère que les codébiteurs traitant par un même acte sont censés avoir un intérêt commun. Tel est le fondement de la règle qui laisse place à une solution contraire des parties : la présomption de solidarité n'est que supplétive. Ainsi, par exemple, dans le contrat d'assurance les assureurs qui prennent ensemble le même risque écartent la solidarité en s'engageant chacun pour une somme ou un pourcentage du risque qu'ils fixent dans le contrat.

68 - Le paiement. - Trois règles conjuguent leurs effets et font du paiement, en matière commerciale, un acte spécialement rigoureux.

Tout d'abord le paiement se trouve accéléré par l'application de diverses règles : impossibilité d'accorder des

délais de paiement en cas de souscription d'une lettre de change et d'un chèque. L'art. 231 en matière de lettre de change et l'Art. 304 en matière de chèque privent le juge d'accorder un délai de grâce. L'Art. 243 du D.O.C., relatif aux délais de grâce, ne vaut pas en matière commerciale.

En deuxième lieu, le débiteur commerçant qui se trouverait dans une situation telle qu'il ne pourrait pas faire face à son passif exigible avec son actif disponible devrait se voir appliquer le régime du redressement ou de la liquidation judiciaire (ancienne faillite).

Enfin, les intérêts peuvent être capitalisés en matière de compte courant commercial : les intérêts échus du capital produisent donc eux-mêmes des intérêts. L'anatocisme (capitalisation des intérêts) est de rigueur dès lors qu'un compte courant existe entre les parties, mais la période minimum est de six mois en vertu des articles 872 et 873 du D.O.C. En matière civile, le D.O.C. prohibe l'anatocisme (Art.874).

§ 3 - Contentieux des actes de commerce

69 - Position du problème. - Le contentieux des actes de commerce suit des règles spécifiques et l'on rappellera ici les deux principales. La première tient à la compétence du tribunal de commerce, juge naturel des actes de commerce. La seconde est relative à la licéité de la clause compromissoire, c'est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat. Ce sont encore les besoins du commerce qui modèlent cette voie de résolution des conflits. Mais le recours à l'un de ces deux modes de traitement du contentieux pose une question préalable, celle du délai pour agir : la prescription.

A - PRESCRIPTION

70 - Le principe. - La prescription est un mode d'extinction des obligations qui prive le créancier d'agir

contre le débiteur. Cette privation est due à l'inaction du créancier qui a laissé courir le délai de prescription : délai de quinze ans en matière civile (Art.387 du D.O.C) et de cinq ans en matière commerciale (Art.5 du C.com.). Ainsi s'affirme la spécificité du droit commercial. Les nécessités pratiques (rythme de la vie des affaires...) imposent cette abréviation du délai de la prescription. Mais la prescription prévue par le Code de commerce n'est pas celle de la conservation des livres de commerce pour lesquels le dahir du 25 décembre 1992 fixe ce délai à dix ans (Art.22). Ce dernier délai de dix ans semble avoir été maintenu dans l'intérêt des tiers, notamment, ceux visés par l'Art 24 du Code de commerce (en cas de succession, partage, redressement judiciaire...). Mais le délai de cinq ans reste la règle qui englobe sous son application les relations concernant les simples particuliers.

71 - Application. - La prescription de cinq ans n'intéresse pas seulement les obligations entre commerçants, nées à l'occasion de leur commerce, elle vaut aussi pour les obligations entre commerçants et non-commerçants. La prescription des actes mixtes est ainsi alignée sur celle des actes de commerce. Cependant le texte prend soin de réserver l'effet de " *dispositions spéciales contraires* ", mais cette formule ne semble pas impliquer une distinction dans le cas des actes mixtes ; elle s'explique seulement en raison de la fréquence des *prescriptions spéciales*. Des exemples : Les actions des négociants pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers se prescrivent par deux ans (Art. 388 - 5° du D.O.C.) ; les dispositions en matière de lettre de change et de billet à ordre (Art 228) ou de chèque (Art.295) établissent aussi un délai plus court.

B - MODES DE TRAITEMENT DU CONTENTIEUX

72 - Généralités. - Le droit commercial est ici l'oeuvre des justices commerciales : justice des tribunaux de commerce et justice arbitrale. Les tribunaux de commerce, spécialement habilités à trancher les litiges commerciaux,

rendent une justice publique contrairement à l'arbitrage, qui est une justice privée.

a) La justice publique

73 - La vie des affaires a secrété sa propre juridiction : les tribunaux de commerce, spécialement habilités à trancher les litiges commerciaux pour le premier degré d'instance, ainsi que des Cours d'appel spécialisées pour les instances d'appel et une Chambre commerciale au sein de la Cour Suprême pour les instances de cassation. Le législateur marocain n'a pas suivi l'exemple de son homologue français en confiant le premier degré d'instance à des commerçants élus par leurs pairs. En effet, le contentieux commercial devient de plus en plus complexe et exige des connaissances juridiques approfondies. D'ailleurs une réforme en France s'oriente vers une solution consistant à introduire dans la juridiction commerciale le système de *l'échevinage*, c'est à dire à faire présider le tribunal de commerce par un juge d'Etat. Au Maroc, le contentieux commercial, à tous les échelons, est ainsi confié à des juges d'Etat, c'est à dire des magistrats professionnels.

74 - Deux questions méritent l'attention : tout d'abord la compétence des tribunaux, qui est dans certain cas source de difficulté en raison de l'imprécision des textes, et la procédure devant ces tribunaux, dont la rapidité marque son originalité par rapport à celle suivie devant les tribunaux civils.

1°) COMPÉTENCE

75 - Quant aux matières. - *compétence ratione materiae* -, la compétence des tribunaux de commerce est fixée par la loi instituant ces juridictions⁽²⁴⁾. Il en résulte que

24- L'Art. 5 du dahir n° 1.97.65 du 12 février 1997 confie aux tribunaux de commerce " la connaissance des litiges suivants :

1 - les actions relatives aux contrat commerciaux ;

2 - les actions entre commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales ;

la compétence qu'ils détiennent est générale en matière commerciale. Cependant, quelques difficultés dans la détermination de cette compétence peuvent se poser dans trois rubriques visées par l'Art.5 du dahir, notamment celles mentionnées aux rubriques 2, 3 et 4 :

76 - Actions entre commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales (2). - Cette rubrique recouvre la plus grande partie des litiges découlant de la vie des affaires. Elle regroupe les activités énumérées par les articles 6 et 7 du Code de commerce dont on sait qu'elles ne deviennent commerciales que si elles sont répétées, renouvelées et coordonnées entre elles. Autrement dit, elles doivent s'insérer dans une activité d'ensemble qui permette de conférer à chacun des actes qui la composent le caractère commercial et la qualité de commerçant à ceux qui les accomplissent.

Ainsi, la compétence à raison de la matière constitue une des difficultés qui peut se poser assez souvent devant le tribunal de commerce et qu'il devra d'abord trancher par un jugement, lequel peut faire l'objet d'un appel, avant qu'il soit statué définitivement sur la compétence.

Remarquons que cette difficulté ne se pose pas dans le cas où les actes ou faits litigieux se produisent entre un commerçant et un non-commerçant : si l'acte est civil pour le demandeur, il peut opter pour la compétence du tribunal de commerce. Quand le demandeur est commerçant, il ne peut assigner le non-commerçant que devant la juridiction civile (tribunal de première instance), sauf si le non-commerçant (défendeur) renonce par convention à se prévaloir de

-
- = 3 - les actions relatives aux effets de commerce ;
 4 - les différends entre associés d'une société commerciale ;
 5 - les différends à raison de fonds de commerce.

Sont exclues de la compétence des tribunaux de commerce les affaires relatives aux accidents de la circulation.

Le commerçant peut convenir avec le non-commerçant d'attribuer compétence au tribunal de commerce pour connaître des litiges pouvant les opposer à l'occasion de l'exercice de l'une des activités du commerçant ".

l'incompétence du tribunal de commerce. Ces clauses sont valides en vertu de l'Art.5 al.3.

77 - Actions relatives aux effets de commerce (3).

Cette disposition prête naturellement à confusion et peut nuire aux non-commerçants. Les effets de commerce visent essentiellement la " lettre de change " (ou traite) dont la signature, en qualité de tireur, de tiré, d'avaliste ou d'endosseur emporte compétence des tribunaux de commerce, quelle que soit la profession du signataire, civile ou commerciale. Mais les effets de commerce visent aussi le "chèque" et le " billet à ordre ". Or le chèque, s'il a la forme commerciale, est un acte de nature civile. Sa signature n'entraîne compétence des tribunaux de commerce que lorsque l'engagement souscrit a lui-même un caractère commercial. Quant au billet à ordre, il relève de la compétence commerciale toutes les fois qu'il porte la signature d'un commerçant. Mais s'il est signé par un non-commerçant, il ne peut être réputé acte de commerce que s'il résulte d'une transaction commerciale (Art.9). A cet égard, l'acceptation du billet à ordre en règlement d'une opération de crédit est un acte civil pour le non-commerçant parce que la cause de l'emprunt est civile.

Ces précisions permettent de faire application de la règle visée plus haut concernant la latitude du non-commerçant d'opter pour le tribunal de commerce.

78 - Des différends entre associés d'une société commerciale (4). - Cette rubrique peut également poser quelques difficultés pour la détermination de la compétence des tribunaux de commerce, dans la mesure où les associés d'une société commerciale ne sont pas tous des commerçants. Il en est ainsi des administrateurs et gérants et associés des sociétés par actions et à responsabilité limitée. En outre, la formule vise les associés de la société, mais non la société elle-même, personne morale.

En réalité cette difficulté ne se pose pas. En effet, une société commerciale peut être associée d'une autre société.

Quant à l'associé, personne physique, il accomplit, dès sa souscription au capital social de la société par action, un acte de commerce. En effet, par cet acte il adhère à une société commerciale. Cette analyse s'applique aussi au mineur dont la souscription sera le fait de son représentant. Enfin, c'est parce que la société, personne morale, est commerciale, que les différends entre ses associés sont de la compétence des tribunaux de commerce. La formule vise donc toutes les contestations qui ont leur origine dans la création, le fonctionnement ou la liquidation de la société, à l'exclusion de celles qui naissent des relations personnelles des associés. Ainsi les litiges peuvent concerner la société elle-même, ses associés et les tiers.

En application de ces principes, relèvent notamment des tribunaux de commerce l'action en complément d'apport ou en restitution de dividendes contre les associés, l'action en nullité de la société, l'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux pour des fautes contractuelles ou quasi-délictuelles.

En revanche, les actions relatives aux cessions d'actions ou de parts sociales sont en principe de la compétence civile (Voy. supra n° 56), sauf dans le cas où cette cession se rattache au fonctionnement de la société ou à sa liquidation ou lorsqu'elle entraîne un transfert de contrôle⁽²⁵⁾.

79 - Tribunal territorialement compétent. - Compétence *ratione loci* . C'est celui dans le ressort duquel demeure le défendeur (Art 27 C.P.C.). En matière de société, c'est au tribunal du siège social ou de sa succursale. Cette dernière précision permet de donner compétence aux tribunaux marocains lorsque le siège social de la société est à l'étranger.

25- Il y a " cession de contrôle ", même si le cédant n'a transmis qu'une participation minoritaire et que l'acquéreur acquiert le contrôle de la société ; Voy n° 738 p. 58, traité de droit commercial de G.RIPERT et R. ROBLLOT T 1. 16ème éd° ; Cass. Com. 24 novembre 1992, Dr.des soc., 1993, n° 11, obs. LE NABASQUE ; J.C.P. 1993, éd. E. , 1,218, n° 14, obs. VIANDIER et CAUSSAIN.

En matière contractuelle, le tribunal territorialement compétent est celui du lieu de livraison de la chose ou celui de l'exécution de la prestation, solution traditionnelle de la procédure civile (Art.28 et 29 C.P.C). D'où deux difficultés : la première apparaît en l'absence de tribunal de commerce, le défendeur demeurant dans une ville dépourvue de cette juridiction ; c'est alors au tribunal de commerce compétent en vertu du décret du 28 octobre 1997 qui détermine sa circonscription. La seconde difficulté tient à la pratique des clauses attributives de compétence qui désignent, dans un contrat, le tribunal de commerce appelé à trancher les litiges entre les parties. Elles conviennent, par exemple, de porter leur litige devant le tribunal de Casablanca. L'avantage est grand pour la société qui centralise tout le contentieux relatif à son activité en un lieu unique, celui de son siège social. L'autre partie devra, qu'il soit demandeur ou défendeur, plaider sa cause devant un tribunal parfois éloigné de son lieu d'activité. Ces clauses sont licites d'après l'Art. 12 du dahir instituant les tribunaux de commerce. Cela ne fait aucun doute si la clause est contenue dans une convention. Mais il en va différemment si la stipulation est reproduite au dos d'un bon de commande, d'un devis, d'une facture, ou d'un bon de livraison. C'est alors à celui qui invoque la clause de démontrer, par tous moyens, que celle-ci a été acceptée par son adversaire. Mais en raison de la qualité de professionnels des acteurs de la vie des affaires, le silence devrait valoir acceptation de la clause. Le désaccord de la part du commerçant devrait donc être exprimé dès réception du document contenant la clause.

2°) PROCÉDURE

80 - L'originalité de la matière commerciale marque de son empreinte cette question, d'où certaines solutions propres aux tribunaux de commerce. La plus notable intéresse le recouvrement des créances, facilité par la procédure dite de *l'injonction de payer*. Cette procédure est fondée sur les impératifs de rigueur et de ponctualité qui colorent le droit

des affaires. L'injonction de payer s'applique aux créances exigibles (l'échéance du paiement est survenue) et liquide (le montant de la créance est déterminé) ; ces créances sont d'origine contractuelle (prix d'une marchandise) ou cambiaire (paiement d'une lettre de change).

Le titulaire d'une créance dotée de telles qualités a la faculté de présenter au président du tribunal de commerce une requête demandant à ce qu'il soit enjoint au débiteur d'honorer sa dette. Le président du tribunal rejette la demande ou l'accepte. Sa décision prend la forme d'une ordonnance, sans que le débiteur ait été appelé à faire connaître ses arguments ; c'est en cela que la procédure est expéditive. L'ordonnance d'injonction est signifiée au débiteur, lequel a alors la possibilité de faire appel, dans les huit jours à compter de la notification de l'ordonnance (en vertu de l'Art. 161 du C.P.C.). Mais "*Le délai d'appel et l'appel lui-même ne suspendent pas l'exécution de l'ordonnance d'injonction de payer rendue par le président du tribunal*" (Art 22 Al. 2 du dahir instituant les tribunaux de commerce). On mesure dès lors l'intérêt de cette procédure qui évacue les inconvénients attachés à la résistance des débiteurs et....à la lenteur de la justice.

La Cour d'appel peut cependant surseoir à cette exécution si le débiteur parvient à établir la preuve qu'il s'est acquitté de la dette envers son créancier. Ce qui n'enlève rien à l'intérêt de cette procédure rapide.

b) Justice arbitrale

81 - S'il s'agit de comparer l'arbitrage à la justice publique, il est usuel de mettre à son crédit la rapidité et la souplesse de son organisation, la compétence des hommes qui le servent, le secret qu'il préserve et la nature des litiges qui lui sont soumis.

L'arbitrage est une justice privée qui semble s'imposer comme le mode de règlement des différends le plus approprié

aux relations commerciales. Pour assurer son succès au Maroc, il est nécessaire de le faire connaître en mettant en évidence ce qui le distingue de la justice publique.

L'arbitrage est fondé sur une convention passée entre les parties au litige. Cette convention, appelée convention d'arbitrage, recouvre deux types d'accords : le " compromis d'arbitrage " et la " clause compromissoire ". Leur distinction correspond à une réalité pratique : le compromis est conclu après la naissance du litige et en considération de celui-ci. La clause compromissoire, qui est incluse dans un contrat principal, est convenue avant tout litige. Dans l'éventualité où ce contrat en serait l'occasion, les parties s'engagent à le soumettre, à ce moment, à l'arbitrage.

Le Maroc a maintenant une institution, la Cour d'Arbitrage de la C.C.I.-Maroc (Chambre de commerce internationale), qui a un Règlement convenable et qui est assez représentative des milieux juridiques et judiciaires (barreau, université et praticiens). Les parties peuvent opter pour cette institution ou mettre en place un arbitrage " ad hoc ". Ce choix détermine la structure de la convention d'arbitrage.

En ce qui concerne les règles à observer par les arbitres, le compromis ou acte de mission peut indiquer l'application au litige des règles de droit, c'est à dire les règles de forme mais aussi les règles de fond. Les parties peuvent cependant demander à l'arbitre de statuer comme un amiable compositeur, jugeant en équité.

Les précisions qui s'imposent concernent notamment l'organisation de cette procédure, les pouvoirs de l'arbitre et les recours éventuels contre sa décision.

1°) ORGANISATION DE LA PROCÉDURE

82 - Il est essentiel que les parties, lors de la rédaction d'une convention d'arbitrage, prévoient le mécanisme de

désignation des arbitres pour permettre la mise en oeuvre de l'arbitrage. Ce point est capital car pour pouvoir être saisi, le tribunal arbitrale doit pouvoir être constitué.

Si les parties préfèrent s'en tenir à un arbitrage organisé directement par elles, elles seront amenées à choisir le ou les arbitres et à participer personnellement à l'organisation de la procédure. Ce type d'arbitrage exige que la convention d'arbitrage prévoie, outre la manière dont le ou les arbitres seront désignés, l'éventualité où l'une des parties refuse de coopérer pour cette désignation ou un désaccord entre les parties ou entre arbitres déjà nommés et le choix des arbitres manquant. L'efficacité de l'arbitrage " *ad hoc* " est subordonnée à la désignation d'un tiers chargé de procéder aux nominations (et au remplacement éventuel) des arbitres. Mais encore faut-il que ce tiers baigne un peu dans les problèmes de l'arbitrage et sache trouver un arbitre compétent.

Lorsque les parties optent pour l'arbitrage institutionnel de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I-Maroc, la rédaction de la convention s'en trouve facilitée : il suffit qu'elles désignent l'institution. Cet organe met à leur disposition ses services et son Règlement de procédure, en les dispensant de prévoir les règles qui présideront à l'arbitrage. Il intervient dans la désignation des arbitres de telle sorte que tout blocage dû à un refus ou à un désaccord sur cette désignation est évité. Son intervention permet de faire face à toutes sortes d'incidents ou de résistances, et conduit à une grande efficacité dans le déroulement de la procédure dès la demande d'arbitrage qui lui est adressée. L'efficacité de cet organe s'explique par le contrôle étroit que la Cour d'arbitrage maintient sur la régularité des procédures qu'elle organise. Elle veille notamment à ce que le Règlement soit scrupuleusement appliqué par l'arbitre, à ce que les délais d'arbitrage soient dûment prorogés lorsqu'ils ne peuvent être respectés et procède à un examen du projet de sentence établi par l'arbitre.

Quel que soit le type d'arbitrage choisi, les parties auront à prévoir le nombre des arbitres. L'arbitrage avec un arbitre unique est plus simple, moins onéreux et plus rapide évidemment. Ce choix est préférable lorsque le litige n'est pas compliqué ou dans le cas d'un arbitrage multipartie, où l'on trouve plus de deux parties ayant un intérêt distinct. Il est d'usage que les parties puissent entrer en contact direct avec l'arbitre qu'elles ont désigné. Elles peuvent en outre se faire assister par un avocat ou communiquer les mémoires directement à l'arbitre.

Précisons, par ailleurs, que si une conciliation préalable à la demande d'arbitrage leur semble opportune, il convient de distinguer nettement les deux phases et de ne pas en confier la conduite aux mêmes personnes. Il en ira de même si la nature du contrat rend nécessaire de prévoir, en cas de difficulté, une expertise purement technique. Celle-ci doit être exécutée par des techniciens, constatant les incidents et donnant leur avis. Leur tâche, évidemment urgente, ne doit pas être confondue avec celle qui sera éventuellement confiée, si un litige prend corps, à de véritables arbitres, investis d'un pouvoir juridictionnel.

2°) POUVOIRS DES ARBITRES

83 - Il convient tout d'abord de distinguer entre la loi gouvernant l'arbitrage et celle applicable au fond du droit. La première porte sur la procédure arbitrale qui, selon l'option des parties, sera soumise aux règles du Code de Procédure civile (C.P.C.) ou au Règlement d'arbitrage de la C.C.I-Maroc. La seconde porte sur le droit applicable au litige : règles de procédure et règles de fond.

Les pouvoirs de l'arbitre présentent des spécificités en raison de la nature privée de l'arbitrage. Quant au droit applicable, ses pouvoirs sont limités, voire conditionnés par les stipulations de la convention d'arbitrage.

84 - Spécificités des pouvoirs de l'arbitre. - L'arbitre exerce une fonction juridictionnelle. Sa mission est de juger, c'est à dire de vérifier le bien fondé de deux prétentions antagonistes portées devant lui. Pour cette raison, la sentence qu'il rend est assimilée à un jugement. Comme un jugement, elle jouit de l'autorité de la chose jugée, c'est à dire d'une force obligatoire.

Mais n'étant pas investi par une autorité publique et tenant son investiture d'une convention privée, l'arbitre ne statue pas au nom de l'Etat. Ainsi la sentence qu'il rend n'est pas susceptible d'exécution forcée et il ne dispose d'aucun pouvoir lui permettant de procéder lui-même à cette exécution. Sa sentence est dépourvue de force exécutoire tant que l'autorité publique ne l'a pas revêtue de la formule exécutoire.

Juge privé, l'arbitre ne bénéficie pas non plus de la plénitude de compétence. Ainsi l'arbitrage présente une faiblesse par rapport au juge étatique. Ce dernier, ayant la possibilité d'accepter les interventions volontaires ou les appels en garantie, a une facilité plus grande pour voir l'ensemble du litige. Or la compétence de l'arbitre est liée à la convention d'arbitrage qui fixe limitativement celle-ci. L'appel en garantie aurait pour effet de rompre l'effet relatif du contrat. Cette situation se pose dans le cas où le litige concerne plusieurs parties qui ont des liens contractuels distincts. Mais il n'est pas sûr, à moins d'avoir une clause d'arbitrage coordonnée, dont la rédaction soulève beaucoup de problèmes, que l'arbitrage soit la meilleure formule dans ce cas.

85 - Dépendance des pouvoirs de l'arbitre. - Si le juge étatique a des pouvoirs délimités par la loi, l'arbitre peut puiser une liberté dans la volonté des parties d'écarter l'application normale de certaines règles. Mais cette liberté n'est pas sans limite, car l'autonomie de la volonté des parties n'est pas absolue. Certaines règles de droit s'imposent à elles et s'imposent nécessairement à l'arbitre.

En effet, la mission de l'arbitre, dans sa structure, reste celle d'un juge, et la volonté des parties ne peut altérer les éléments propres à l'acte juridictionnel à peine de priver l'arbitrage de toute valeur juridique.

Ainsi la renonciation des plaideurs au droit de bénéficier de la loi, en conférant aux arbitres les pouvoirs d'amiable compositeur, c'est à dire de juger en équité, n'a pas un domaine illimité. Par cette clause, elles renoncent seulement au droit d'exiger le respect de certains droits subjectifs pour lesquels elles ont la libre disposition, ceux que les lois supplétives leur accordent et qu'elles peuvent modifier par convention. Mais elles ne peuvent disposer des lois impératives, lesquelles sont d'ordre public et opposables à tous.

L'amiable compositeur garde ainsi la faculté d'appliquer la règle de droit supplétive ou de l'évincer. Aussi, pourra-t-il évincer un délai de prescription, dès lors qu'il est acquis par les parties, dans l'optique d'appliquer l'équité pour la solution du litige. Il pourra atténuer les règles concernant la charge de la preuve. Il peut aussi aménager la responsabilité des professionnels face à un non professionnel.

Lorsque, par ailleurs, la convention désigne à l'avance les règles régissant l'instance arbitrale, les pouvoirs de l'arbitre sont en outre conditionnés. La violation des stipulations procédurales sera sanctionnée par la nullité de la sentence. Quant aux règles de fond, les pouvoirs de l'arbitre seront moins étendus que ceux du juge étatique dans l'interprétation et l'application de la règle. Si le juge peut modifier la jurisprudence pour faire évoluer son droit national, l'arbitre ne peut proposer d'autre interprétation que celle fournie par la jurisprudence dominante de l'ordre juridique.

3°) LES RECOURS

86 - En vertu du C.P.C, les parties peuvent faire appel du jugement qui accorde l'exécution de la sentence de l'arbitre,

sauf si elles y renoncent contractuellement. Dans le Règlement de la C.C.I.-Maroc, aucun recours judiciaire n'est permis, ni contre la sentence, ni contre le jugement. Ces recours présentent en effet de nombreux inconvénients parmi lesquels le risque d'appel purement dilatoire, ce qui rend caduque la tâche des arbitres et détruit le caractère rapide de l'arbitrage en ramenant les parties aux vraies lenteurs de la justice que l'arbitrage voulait éviter.

Cela dit, la sentence n'est pas inattaquable. Il subsiste toujours le recours en nullité contre la formule exécutoire, c'est à dire le jugement accordant l'exécution de la sentence, recours qui peut être soulevée en appel dès l'instant où la sentence viole les droits de la défense ou est contraire à l'ordre public. Et ceci que la voie d'appel soit ouverte ou fermée, car si les parties peuvent renoncer à l'appel du jugement qui accorde l'exécution de la sentence, leur volonté est impuissante à priver l'arbitrage des garanties propres à toute procédure juridictionnelle. Ainsi l'éviction des principes régissant les droits de la défense sera sanctionnée par la nullité de la procédure. A cet égard, signalons qu'en interdisant les recours et en obligeant la motivation de la sentence, le Règlement de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I.-Maroc ouvre le contrôle par l'autorité judiciaire de la régularité de la motivation : l'obligation de motiver se rattache au principe des droits de la défense et son contrôle consistera dans un réexamen du fond du litige à l'encontre de la sentence.

✓ Rappelons enfin que la hiérarchie des normes permet à un usage d'aller contre une loi supplétive mais non contre une loi impérative. L'arbitrage est un instrument d'application du droit.

Section 2

Régime dualiste des actes mixtes

87 - Définition. - On qualifie d'acte mixte l'acte commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre. La

qualité des intéressés n'est pas déterminante. En effet, l'acte accompli par les commerçants pour les besoins de leur vie domestique est un acte civil. Il devient mixte si l'autre partie agit pour les besoins de commerce. Le motif de la commercialité ou de la civilité importe peu ; l'acte est mixte même s'il n'est commercial pour l'une des parties que par accessoire. Pour certains actes cependant, la question de mixité ne peut pas se poser. Il s'agit des lettres de change qui ont la nature d'actes de commerce quelle que soit la qualité de leurs signataires (Voy. supra n° 61).

88 - Le principe dualiste. - L'Art. 4 du Code de commerce pose le principe qui consiste à appliquer les règles commerciales à celui pour qui l'acte est un acte de commerce, à appliquer les règles civiles à celui pour qui l'acte est civil. Cette dualité de régime s'applique d'abord en matière de preuve ; le particulier qui veut prouver l'obligation d'un commerçant peut attester ses prétentions par tous moyens : il suit la loi commerciale. Ainsi, dans une affaire où un particulier prétendait avoir prêté de l'argent à un commerçant, le simple examen des comptes du commerçant - mode de preuve commercial - a permis de vérifier l'existence du prêt⁽²⁶⁾. A l'inverse, si le commerçant cherche à prouver l'engagement d'un particulier, il doit obéir aux injonctions de la loi civile, loi de celui contre lequel il agit, ce qui referme considérablement l'éventail des moyens de preuve disponibles. Par ailleurs, la dualité a vocation à régir la compétence judiciaire *ratione materiae*. Ainsi, en principe, le particulier qui poursuit le commerçant saisit le tribunal de commerce et le commerçant qui actionne le particulier l'assigne devant le tribunal de première instance. Mais cette solution peut être affectée de deux manières. D'une part, le particulier jouit d'une option qui lui permet d'assigner le commerçant devant les juridictions civiles. D'autre part, en

26- Voir. Cass.Com. 20 Mai 1980, Bull.civ. IV n° 210.

matière contractuelle, le particulier peut renoncer à se prévaloir de l'incompétence du tribunal de commerce en acceptant par une clause d'attribuer compétence à la juridiction commerciale⁽²⁷⁾. Cela aboutit à faire application de la loi commerciale.

27- Art. 5 al. 3 du dahir du 12 fév. 1997 instituant les juridictions de commerce, B.O. n° 4482 du 15.05. 1997.

TITRE II

LES COMMERÇANTS

89 - Plan .- Les commerçants sont les acteurs principaux de la vie des affaires et appellent deux types d'intervention. D'abord il conviendra de les identifier et de les classer pour bien les distinguer des autres sujets de droit. Ensuite on exposera leur statut qui présente à l'heure actuelle des particularités bien marquées.

CHAPITRE 1

IDENTIFICATION DES COMMERÇANTS

90 - Une double identification. - Elle procède des deux critères de la commercialité que l'on a précédemment dégagés : les commerçants personnes physiques sont identifiés par rapport à la nature de leur activité. Les commerçants personnes morales, plus précisément les sociétés commerciales, sont identifiées par leur forme. C'est un premier classement qui appelle d'autres à l'intérieur de chaque rubrique.

Section 1

Les commerçants personnes physiques

91 - Principe. - Le point de départ du raisonnement résulte de la formule légale suivante : Sont commerçants ceux qui exercent à titre "*habituel ou professionnel*" une des activités énumérées par les articles 6 et 7 ou pouvant être assimilées à ces activités (Art.8). Cette formule implique que la qualité de commerçant est subordonnée à l'exercice "*habituel ou professionnel*" d'une activité commerciale et l'on ne saurait substituer à ces critères d'autres considérations, telle que l'immatriculation ou la non immatriculation au registre du commerce. Certes, cette immatriculation revêt à l'heure actuelle une importance considérable. D'une part, elle fait naître une présomption légale à l'égard des personnes physiques et d'autre part, elle confère à ceux accomplissant effectivement des actes de commerce à titre professionnel la qualité de commerçant de droit (Voy. infra n° 98), c'est à dire qu'elle lui rend applicable l'ensemble du statut de commerçant, les bénéfices aussi bien que les charges, les droits aussi bien que les obligations (Voy. infra n° 129 s.).

92 - Nature de l'activité exercée. - Seul l'accomplissement d'actes de commerce par nature fait de son auteur un commerçant. Ainsi, l'accomplissement d'actes de commerce par la forme (signature de traites par exemple) n'est pas de nature à donner à son auteur la qualité de commerçant. Cette solution s'explique car de telles opérations, même répétées, ne sauraient constituer une activité. Quant aux actes de commerce par accessoire, ils ne sont pas davantage susceptibles de conférer le statut commercial (supra n° 59) ; c'est, au contraire, de l'activité de leur auteur que dépend leur qualification juridique.

§ 1 - Caractères de l'activité commerciale

L'activité commerciale requiert l'une des deux conditions : elle doit être exercée à titre habituel ou à titre professionnel.

A - CARACTERE HABITUEL

93 - Analyse.- L'habitude implique la répétition des actes et des opérations. Mais elle évoque l'idée d'activité et de profession. En effet, exercer une profession, c'est consacrer d'une façon habituelle son activité à l'accomplissement d'une certaine tâche dans le dessein d'en tirer profit. Or le Code de commerce a distingué l'habitude de la profession, car si la profession implique l'habitude d'une certaine activité, l'inverse n'est pas vrai. On peut en effet accomplir des actes habituellement sans les faire professionnellement. On peut en déduire que l'activité habituelle ne doit pas être l'accessoire d'une autre activité principale civile. Ainsi l'agriculteur qui transforme ses produits avant de les vendre n'est pas commerçant, mais s'il transforme habituellement les produits d'autres exploitants, il le devient. Cette activité commerciale peut parfaitement coexister avec son autre activité non commerciale (l'exploitation agricole). D'où la qualité de commerçant de celui qui fait habituellement des actes de nature commerciale sans exercer une profession, par exemple, celui qui organise des séances régulières de

projection de films, en vue de la recherche de bénéfices⁽²⁸⁾. On doit également admettre que celui qui vend et achète des tableaux pour renouveler sa galerie est commerçant. De même que le spéculateur en bourse qui achète et vend des titres pour tirer un profit pécuniaire. On doit enfin déclarer commerçant celui qui gère ses capitaux afin d'en recueillir des revenus. Cette gestion comporte en effet des actes de nature commerciale : vente et achat de valeurs, souscription d'actions et, si la fortune est considérable, elle peut suffire à occuper l'activité d'un individu.

94 - Justifications. - Cette analyse résulte de deux justifications. Tout d'abord celle découlant de l'idée d'une activité intéressée. Celui qui est commerçant cherche à tirer un profit pécuniaire de l'exercice de son commerce. De cette idée découle une conséquence : on ne peut considérer comme commerçant celui qui se livre à une exploitation, en apparence commerciale, sans vouloir en tirer aucun profit personnel, exemple celui qui organise dans un but de bienfaisance un spectacle public ou une compétition sportive⁽²⁹⁾. La seconde justification résulte de la loi : elle est affirmée par l'article 11 du Code de commerce qui dispose "*Toute personne qui, en dépit d'une interdiction, d'une déchéance ou d'une incompatibilité, exerce habituellement une activité commerciale, est réputée commerçant*". Par suite, une seule opération, serait-elle manifestement spéculative, ne vaut pas habitude et ne confère pas la qualité de commerçant.

- B - CARACTERE PROFESSIONNEL

95 - La notion d'entreprise. - En distinguant l'exercice habituel d'une activité commerciale et l'exercice d'une profession, le législateur a entendu marquer la différence entre " l'entreprise ", expression qui doit être prise dans son

28 - Cass. com. 11 juillet 1984, Bull. civ. , IV, n. 229.

29 - Voir arrêt du 8 janvier 1969, Besançon, Gaz. Pal. 1969, 1,304 et sur pouvoi Cass. com. 13 mai 1970 D.S. 1970. 644.

sens économique, c'est à dire impliquant la mise en oeuvre des éléments nécessaires à l'activité professionnelle : le capital et le travail, et la qualité de commerçant d'une personne qui tire une partie de ses ressources des sommes perçues, en contrepartie de son activité.

96 - Caractère apparent de la profession. - L'exercice de la profession exige un genre de vie qui ne peut être dissimulé facilement au public. La profession suppose une entreprise organisée soit au moins un fonds de commerce et une clientèle. En effet le commerçant qui exerce le commerce à titre professionnel est en rapport avec le public. Il attire et retient sa clientèle par une certaine installation matérielle ou par la qualité de ses produits.

Mais cette activité professionnelle n'a pas besoin d'être exclusive. Une même personne peut exercer deux professions distinctes, dont l'une seulement est commerciale. Ainsi en est-il du médecin qui possède et dirige personnellement une clinique. Lorsqu'il soigne ses patients, il exerce une activité libérale, lorsqu'il gère son établissement il exerce une activité commerciale et devient commerçant.

§ 2 - Les différentes catégories de commerçants personnes physiques

97 - Classification. - On peut distinguer deux catégories de commerçants personnes physiques en fonction de considérations techniques : les commerçants de droit et les commerçants de fait ; les commerçants avec ou sans fonds de commerce.

A - LES COMMERÇANTS DE DROIT ET DE FAIT

98 - Les commerçants de droit sont ceux qui exercent une activité commerciale, à titre habituel ou professionnel et se sont fait immatriculer, comme ils en ont l'obligation, au registre du commerce. Cette immatriculation leur rend applicable l'ensemble du statut de commerçant.

Les commerçants de fait sont ceux qui exercent une activité commerciale, à titre habituel ou professionnel, mais sans être immatriculés au registre du commerce ; soit qu'ils négligent de se plier à cette obligation alors que leur activité est licite, soit qu'ils ne peuvent pas se plier à cette obligation parce que leur activité n'est pas de celles que l'on inscrit ou parce qu'elle est illicite, exemple dans ce dernier cas du spéculateur en bourse qui intervient activement sur le marché, passe des ordres à découvert et pratique les marchés à terme. Le défaut d'immatriculation a pour conséquence que l'intéressé est privé du droit de se prévaloir de sa qualité de commerçant à l'égard des tiers et de l'administration ; il en a les charges et les obligations mais non les bénéfices. La qualité de commerçant le pénalise mais ne lui profite pas (Art. 59 du Code de commerce).

B - LES COMMERÇANTS AVEC OU SANS FONDS DE COMMERCE

99 - Normalement les commerçants sont propriétaires d'un fonds de commerce, c'est à dire l'ensemble des biens mobiliers qu'ils rassemblent et mettent en oeuvre pour répondre aux besoins de leur clientèle. Ce fonds de commerce est pour eux un capital productif qu'ils exploitent et qu'ils peuvent aliéner à des tiers. C'est aussi un instrument de crédit qu'il peuvent donner en gage à leur banquier. Mais il y a certains commerçants qui sont dépourvus de fonds de commerce : les commerçants de fait mais aussi quelques commerçants de droit qui forment une catégorie très hétérogène. Ce sont les locataires-gérants qui exploitent le fonds d'autrui ; ce sont ceux qui gèrent des établissements commerciaux dans l'enceinte d'entreprises plus vastes. Ainsi en est-il des restaurants installés dans une gare ou un aéroport ou de détaillants implantés à l'intérieur d'une grande surface (Voy. infra n° 167). Tous ces commerçants sont privés des avantages attachés à la propriété d'un fonds de commerce, ils n'en conservent pas moins leur qualité de commerçant.

Section 2

Les commerçants personnes morales

100 - Définition. - La personne morale n'est pas une personne ; c'est un être artificiel. On parle de personne parce que la personnalité morale implique un patrimoine distinct. Or seules les personnes peuvent être titulaires d'un patrimoine, et puisque cette personne est pur esprit, elle sera qualifiée de morale et non de physique. Mais la personne morale est traitée comme une véritable personne en droit des sociétés. Les sociétés sont personnifiées et traitées comme des sujets de droit à une condition : que la loi autorise cette personnification, car seule la loi peut créer des fictions. Ainsi les sociétés ne jouissent de la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation au registre du commerce. Mais l'immatriculation n'est pas une simple inscription sur un registre, c'est l'occasion d'un contrôle de conformité de la société.

Notons cependant qu'il n'y a pas égalité de situation entre les personnes morales. En effet les personnes morales du secteur privé sont soumises essentiellement aux règles du droit privé. Les personnes morales du secteur public constituent un ensemble complexe faisant appel aux règles du droit commercial et à celles du droit public.

§ 1 - Personnes morales du secteur privé

101 - Spécialité de la personnalité morale. - La personnalité morale est accordée au groupement de personnes qui poursuivent une certaine fin prévue par la loi. S'il s'agit de faire du commerce, ceux qui veulent s'associer doivent former une société dans les formes établies par les lois sur les sociétés ou un groupement d'intérêt économique à objet commercial.

102 - Il en résulte que tous autres groupements de personnes ne peuvent faire le commerce. Il s'agit notamment

des associations et des syndicats qui sont des groupements à but désintéressé et qui ne peuvent pas partager des bénéfices entre leurs membres. Toutefois une association peut accomplir des actes qui lui rapportent un profit pécuniaire pourvu que ces actes gardent un caractère accessoire par rapport à son activité principale et que le profit qui en résulte soit, non pas réparti entre les membres, mais employé conformément à son objet.

A - LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

103 - Commercialité de la société. - Pour les sociétés, les personnes qui désirent s'associer doivent choisir entre différentes formes légales. Parfois la loi impose un type déterminé. Ainsi pour certaines activités, telles que les sociétés d'investissement ou de banque, la société anonyme (S.A) est la forme imposée. La commercialité par la forme signifie que ces sociétés ont la qualité de commerçant et que les actes qu'elles accomplissent sont des actes de commerce, à l'exception cependant des actes qui sont civils par nature. Il s'agit notamment des actes de constitution et de transmission des droits réels immobiliers qui demeurent civils (Voy. supra n° 62).

Conformément au droit des sociétés, les sociétés commerciales par la forme impliquent toutes la réunion des éléments constitutifs suivants : des apports effectués par les associés ; la vocation de chacun des associés à participer aux bénéfices et aux pertes réalisés en commun ; enfin l'*affectio societatis*. Mais ces sociétés présentent des caractéristiques propres qui permettent de les classer en trois rubriques : les sociétés de personnes, les sociétés de capitaux ou par actions, la société à responsabilité limitée.

104 - Les sociétés de personnes : sociétés en nom collectif et en commandite simple. - On les qualifie aussi de sociétés par intérêt. Elles se distinguent par les liens très étroits qui unissent les associés entre eux et par le fait que la personnalité morale de l'être social n'est pas complètement dégagée de la personnalité de chacun des associés.

La société en nom collectif est une société dans laquelle tous les associés ont exactement le même statut : ils prennent tous la qualité de commerçant et sont tous solidaires des engagements sociaux. Ils sont en outre tenus indéfiniment du passif social sur leur patrimoine personnel (Art. 3 du dahir du 13 février 1997). C'est un groupement fermé où les associés ne peuvent céder leurs parts sociales sans l'accord unanime des associés (Art.15).

La société en commandite simple a pour caractéristique de réunir deux catégories d'associés : les commandités dont la condition est semblable à celle des associés en nom collectif et les commanditaires qui, à la différence des précédents, ne sont pas commerçants et qui ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence de ce qu'ils ont apporté à la société. En outre, les statuts peuvent stipuler que les parts de ces derniers sont librement cessibles entre associés et même à des tiers étrangers à la société, avec toutefois le consentement de tous les commandités et le consentement de la majorité des commanditaires (Art. 27).

105 - Les sociétés de capitaux ou par actions. - Ce sont des sociétés où la personnalité des associés s'efface complètement derrière la personnalité du groupement.

La société anonyme (S.A.) en est la représentation la plus parfaite. Les actionnaires, qui sont au moins au nombre de cinq, ne sont pas commerçants et ils ne répondent pas du passif social au-delà de ce qu'ils ont apporté à la société. Les actions qu'ils reçoivent en contrepartie de leurs apports sont des titres négociables qui peuvent être transférés librement à la seule condition de trouver un partenaire à l'achat ou à la vente. La société anonyme est un groupement ouvert d'où l'on peut sortir et où l'on peut entrer en principe facilement. L'exception résulte des clauses dites d'agrément ou de préemption qui limitent la cession des titres et réintroduisent l'élément personnel qui n'existe pas normalement dans ce type de société. La société anonyme doit avoir un capital social d'au moins 300 000 DH lorsqu'elle ne fait pas appel

public à l'épargne et 3 000 000 DH dans le cas contraire. Elle peut être administrée selon deux formules différentes : l'une comportant un conseil d'administration et un président, l'autre un conseil de surveillance et un directoire.

La commandite par actions comme la commandite simple est une société hétérogène qui regroupe deux sortes d'associés : d'une part les commandités qui sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ; d'autre part les commanditaires qui ont la qualité d'actionnaire et ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Ces derniers détiennent également des titres négociables comme les associés de la société anonyme.

La société anonyme simplifiée est une nouvelle forme de société, beaucoup plus souple que les précédentes et fortement marquée d'*intuitus personae*. Elle est destinée à permettre aux entreprises de taille importante de mener ensemble des opérations de gestion, de coopérations commerciales ou de recherche industrielle. Elle peut être constituée par deux ou plusieurs sociétés dotées d'un capital social d'au moins 2 000 000 DH. C'est une société fermée puisqu'elle ne peut faire appel public à l'épargne. Enfin ses statuts déterminent librement ses modes de direction et de fonctionnement. Toutefois, elle doit avoir un président désigné initialement dans ses statuts. Elle échappe donc au formalisme qui caractérise les sociétés anonymes.

106 - La société à responsabilité limitée. - C'est un type intermédiaire entre la société de capitaux et la société de personnes. En effet, les associés ne sont pas commerçants et ils ne sont tenus des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports dans la société. Mais leur personnalité est prise en considération : d'abord leur nombre ne peut pas dépasser 50 et il est possible à l'heure actuelle de constituer des sociétés de cette nature avec un seul associé : c'est la société unipersonnelle à responsabilité limitée consacrée par les nouvelles lois sur les sociétés autres que la société

anonyme⁽³⁰⁾. Ensuite les parts sociales que détiennent les associés ne peuvent être représentées par des titres négociables. Ces parts sont cessibles entre les associés mais ne peuvent être cédées à des tiers qu'avec le consentement de la majorité des coassociés représentant les trois quarts des parts sociales. Toutefois, un assouplissement est prévu par la loi : en cas de refus d'agrément des associés, la société peut décider, avec l'agrément de l'associé cédant, de se porter acquéreur des parts dont la cession est envisagée. Ainsi la S.A.R.L. s'est rapprochée des sociétés de capitaux, sous réserve d'une différence de taille : le capital social d'une S.A.R.L. peut n'être que de 100 000 DH.

B - LES GROUPEMENTS D'INTERET ECONOMIQUE

107 - Nature juridique. - Le G.I.E. est doté de la personnalité juridique, mais ce n'est ni une société, ni une association. C'est un instrument de collaboration entre des entreprises préexistantes. Le G.I.E. est réglementé par le dahir du 5 février 1999 (B.O. n° 4678 du 1^{er} avril 1999).

Trois originalités du G.I.E. ont été mises en valeur dès sa naissance :

- La vocation du G.I.E. n'est pas de faire des bénéfices mais d'être au service des entreprises qu'il réunit ;
- Il peut être constitué avec ou sans capital ;
- Sa structure est légère et malléable ; elle est ce que les partenaires auront voulu. En contrepartie, la responsabilité des membres est indéfinie et solidaire.

C'est une structure permettant à ses membres de réaliser un certain nombre d'actions communes : des actions promotionnelles, des études de marchés, des services de recherche ou d'assistance, répondre à un gros marché... Les entreprises participantes conservent donc leur autonomie.

30 - Art. 44 du dahir du 13 février 1997, B.O. n° 4478 du 01/05/1997.

Le G.I.E. doit sans doute être immatriculé au registre du commerce, mais cette immatriculation n'a pas la vertu de conférer la commercialité au groupement et encore moins à ses membres (Art. 4 de la loi sur le G.I.E.). Il n'est pas commercial par sa forme et peut être civil ou commercial suivant son objet (Art. 5 al 1).

108 - Pourquoi le G.I.E. ? Parce qu'il permet aux petites entreprises de survivre et aux grandes d'aborder les marchés internationaux. En effet, cette forme de groupement répond aux impératifs de la vie économique d'aujourd'hui qui doit affronter la concurrence internationale résultant de l'ouverture des frontières.

Pour faire face à cette évolution, les entreprises doivent donc s'engager dans la voie de la concentration. Celle-ci n'est pas forcément synonyme de fusion ; la concentration signifie aussi regroupement de moyens, poursuite d'actions communes par des entreprises conservant leur individualité juridique.

109 - Caractéristiques du G.I.E. - Le groupement d'intérêt économique se présente comme une structure auxiliaire des entreprises qu'il rassemble. Il se rapproche de "*l'interessengemeinschaft*" du droit allemand, c'est à dire de la communauté d'intérêt. Sa vocation est de permettre à ses membres de réaliser un certain nombre d'actions communes. Il peut intervenir dans tous les domaines de la vie économique et regrouper non seulement des entreprises commerciales, mais encore des entreprises agricoles, des professions libérales, des entreprises publiques, voire l'Etat lui-même.

C'est un instrument de collaboration entre des entreprises préexistantes, plus simple que la société et plus efficace que l'association. Il diffère de la société car ses règles de constitution et de fonctionnement sont simplifiées. La personne morale constituée par cette forme de groupement est une personne morale *sui generis* : sa structure est assez

proche de celle d'une société de personnes mais qui aurait été " invertébrée ". Le G.I.E. ne saurait non plus être assimilé à une association car il possède la pleine capacité juridique à dater de son immatriculation au Registre du commerce (Art. 4). Cette technique est utilisée pour rapprocher des entreprises dont il n'est pas nécessaire que les activités soient similaires, complémentaires ou connexes. L'essentiel est que l'activité même du groupement facilite ou développe l'activité propre de chacun de ses membres. Par là apparaît clairement la finalité de cette nouvelle entité juridique : elle constitue un organe auxiliaire des entreprises membres qui coexploitent " le magasin collectif ".

Cette spécificité explique que le G.I.E. ne donne pas lieu par lui-même à réalisation et partage de bénéfices et peut être constitué sans capital (Art. 3 al. 1). En effet, le rôle premier du G.I.E. n'est pas de faire des bénéfices pour lui-même, mais d'en faire faire à ses membres par lui-même. Quant au capital, si sa constitution n'est pas exigée, le groupement a néanmoins un patrimoine, qui peut être formé par les cotisations ou versements des membres. Selon l'objet pour lequel est constitué un G.I.E., des apports en nature peuvent être effectués, dont certains (entrepôts, machines, matériels agricoles ...) peuvent être faits en simple jouissance.

Une autre des caractéristiques du G.I.E. résulte de ce que ce groupement n'est pas une technique juridique créée pour attirer les capitaux en quête de placements, mais un instrument destiné à ceux qui veulent réunir leurs compétences, leurs moyens matériels. Ainsi le besoin de chaque partenaire, l'importance de chacun sont-ils déterminants dans l'union réalisée. Cela explique d'une part l'absence possible de capital, d'autre part la place de *l'intuitus personae*.

Le principe de l'autonomie de la volonté domine aussi le fonctionnement du G.I.E. (Art. 15 et 22). Les membres

fondateurs ont la plus grande latitude pour déterminer les modalités de réunion, les conditions de quorum et de majorité des assemblées. D'une manière générale cette institution comporte une certaine souplesse juridique qui se traduit par des règles de constitution simples (Art. 8 et s.). Pour le contrôle de la gestion, toute liberté est laissée aux fondateurs pour organiser le fonctionnement de cet organe que l'on peut rapprocher du nouveau conseil de surveillance de la société anonyme.

La légèreté des structures du G.I.E. pourrait attirer les agriculteurs en particulier. L'individualisme de ceux-ci ne peut s'adapter à des formules juridiques trop complexes et contraignantes. Cette technique peut être également utilisée dans le secteur de l'habillement. Ce cadre est en principe ouvert à tous les agents économiques sans exclusion, quelle que soit leur activité économique.

En bref, il résulte de l'examen d'un certain nombre de contrats de groupements que l'objet des G.I.E. créés n'est pas de se substituer aux entreprises membres dans leurs activités mais de les faciliter et de les développer.

Pour la sécurité des tiers, outre les formalités de publicité à accomplir, la situation du groupement est comparable à celle des associés d'une société en nom collectif. *Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. Ils sont solidaires, sauf convention contraire avec le tiers contractant* (Art. 16).

Le G.I.E., groupement contractuel à but économique intéressé, illustre la tendance récente des pouvoirs publics d'encourager, à l'intérieur d'un cadre léger, les initiatives privées. Mais alors que la gamme des formules associatives est déjà si riche, quel intérêt apporte le G.I.E. ?

110 - Vocation du G.I.E. - Le G.I.E., organe de services communs, destiné à prolonger et faciliter l'activité économique des membres du groupement, paraît de nature à lever bien des obstacles économiques et psychologiques.

Il répond au rôle qui doit être, dans l'avenir, celui du petit commerce : assurer à proximité du consommateur la satisfaction de ses besoins courants ; offrir des services de qualité à la clientèle ; créer de " *grandes surfaces* " en conservant l'individualité des participants.

Des G.I.E. de producteurs peuvent ainsi être constitués dans une région donnée, dont l'objet peut consister, soit à améliorer la production, soit à normaliser les relations avec un ou plusieurs cocontractants pour l'écoulement des produits et assurer l'exécution des contrats conclus à cet effet. Ces groupements sont de deux types : ceux chargés de la production et ceux chargés de la commercialisation.

Dans le domaine agricole les groupements de production peuvent rassembler un certain nombre d'agriculteurs pour se livrer à une production donnée. Le groupement de producteurs le plus connu en France rassemble 14 agriculteurs des Hautes Pyrénées qui se livrent à des productions végétales, cherchant ainsi à constituer en commun un atelier d'engraissement de jeunes bovins afin de mieux valoriser une partie de leur production végétale. L'activité engraissement est liée étroitement à cette dernière dont elle n'est que l'accessoire et le complément permettant une meilleure valorisation de l'activité principale.

Des G.I.E. peuvent également être institués pour commercialiser une production particulière et répondre à un marché international qui exige, par exemple, le respect d'une certaine qualité du produit. Pour cela, il est évident que chaque exploitant agricole ne pourrait se permettre d'acheter seul le matériel nécessaire pour répondre à ce marché et que seul un groupement peut agir dans les meilleures conditions.

L'expérience tentée par " le groupement des producteurs de maïs et d'oléagineux du Bourdonnais " mérite d'être donnée comme exemple. Ses produits étaient écoulés par contrats, ce qui autorisait les acheteurs à compter sur une production assurée. Il ne s'agissait là que d'expériences

touchant un petit nombre d'exploitants agricoles installés sur de petites superficies.

Mais c'est au niveau des coopératives que le G.I.E. peut se révéler un outil efficace. Plusieurs coopératives, réparties sur le territoire national, pourraient constituer un G.I.E. et avoir pour objet de commercialiser, par exemple, des produits laitiers sous une marque commune pour animer des marques alimentaires.

D'une manière générale, les exploitations agricoles peuvent se constituer en G.I.E. pour commercialiser leur production et améliorer leur politique de vente en participant aux coûts de l'investissement : achat de tracteurs, de remorques, de moissonneuses-batteuses, de distributeurs d'engrais. **Elles utiliseraient ainsi du matériel en commun que chaque exploitation ne peut acquérir seule.**

Le G.I.E. peut aussi avoir un but extérieur à l'activité agricole. Des G.I.E. peuvent avoir pour objet des opérations relevant de l'Art. 6 du Code de commerce (achats pour revendre, fournitures, transport, entreprises de commission, opération de courtage). De façon générale, les G.I.E. peuvent avoir pour but toute opération d'étude, de publicité ou de commerce, et plus précisément toute opération de recherche et de mise au point de procédés techniques relatifs à un domaine d'activité.

Le G.I.E. peut acquérir et exploiter tous brevets ou licences étrangères susceptibles d'être employés totalement ou partiellement. Il peut aussi participer à toute entreprise ou à toute société créée ou à créer en rapport direct ou indirect avec son domaine d'activité. En général, il peut participer à toute opération mobilière ou immobilière, industrielle, commerciale ou financière se rattachant directement ou indirectement à son domaine d'activité.

Le domaine d'action du G.I.E. est extrêmement vaste. **Mais il semble encore trop tôt pour se prononcer sur la place**

qu'occupera le G.I.E. dans le concert des sociétés au Maroc. Il nous paraît cependant que le salut des commerçants indépendants passe plus par la constitution de tels groupements que par la poursuite de combats d'arrière-garde.

✱ Ce qui est fondamental c'est la personne de chacun des membres et le but commun poursuivi. La règle de droit n'est qu'un moyen, une technique permettant de réaliser des objectifs qui sont économiques.

§ 2 - Personnes morales du secteur public

111 - La personne morale publique exerce en principe une action désintéressée. On ne peut donc considérer qu'elle fait le commerce. Cependant l'Etat et les personnes morales de droit public ont été amenés à créer ou gérer des exploitations qui sont considérées commerciales par le Code de commerce (Art 6). Cette intervention de l'Etat s'explique le plus souvent par la défaillance ou l'insuffisance de l'initiative privée. Quelquefois le but est d'instaurer une politique générale consistant dans une action économique et sociale (politique des prix, développement du secteur).

Si l'on assiste actuellement à un mouvement en sens inverse de privatisation, la question se pose toujours de savoir s'il faut appliquer à ces structures les règles du droit commercial relatives à la conduite de l'exploitation.

Avant de répondre à cette question, il convient d'examiner les procédés par lesquels l'Etat intervient dans l'activité commerciale.

A - LES PROCEDES D'INTERVENTION DE L'ETAT

112 - L'Etat intervient soit directement, en créant des services publics, soit indirectement par sa participation aux entreprises privées.

Dans le premier cas, l'Etat crée des services publics qui ont un caractère industriel ou commercial parce que leur

objet concerne des opérations de production ou d'échange et qu'ils fonctionnent dans des conditions comparables à des entreprises privées.

C'est sous forme d'établissement public industriel et commercial (EPIC) que cette intervention s'effectue, lequel est investi d'une mission de service public et bénéficie souvent d'un monopole (OCP, ONCF, ONE). Ces établissements agissent dans le domaine de la production et de l'échange selon les " usages du commerce " comme toute entreprise privée.

L'établissement public relève de la conception de la décentralisation technique en ce qu'il se distingue de l'Etat (personne morale autonome) dont il est le prolongement selon le principe de spécialité (un objet commercial et industriel). Il se fait commerçant en lieu et place de l'Etat " entrepreneur". L'Etat lui impose un budget qui permette de se rendre compte des résultats d'exploitation.

Certes, en assumant la gestion d'un service industriel ou commercial, l'Etat se trouve, vis à vis des usagers, par l'établissement public interposé, dans la même situation qu'une entreprise ordinaire, c'est à dire de droit privé. Mais cette relation ne fait pas obstacle à l'exercice des compétences de police attribuées à l'autorité administrative par un texte ; exemple le cas de la police des ports prévue par le dahir du 28 avril 1961. L'établissement exerce ces compétences en vertu de la mission de service public qui lui est dévolue par le dahir qui l'institue.

En outre, la situation du personnel fait l'objet d'une distinction. Si le Directeur général et l'agent comptable ont la qualité de fonctionnaire, les agents subalternes sont dans la condition juridique des salariés de droit privé.

Au niveau de la compétence, lorsque le service public industriel ou commercial fonctionne suivant les règles de droit privé, il est soumis à la compétence des tribunaux judiciaires.

Il y a lieu cependant de s'interroger sur les limites du recours au juge judiciaire, par exemple, en matière de faillite et des procédures de liquidation lorsque le déficit s'avère chronique et enclenche une situation d'endettement. L'Etat, dans ce cas, recourt à des solutions de renflouements telles les subventions ou des aides, voire des garanties aux emprunts auprès des banques que l'établissement aurait contractés. Mais il est évident que l'Etat ne saurait être soumis à cette compétence lorsqu'il s'agit d'actes relevant du domaine public qui sont de la compétence des tribunaux administratifs.

Dans le second cas, l'Etat participe à la surveillance et aux bénéfices des entreprises privées sans intervenir directement. Par ce procédé il entre comme actionnaire et comme administrateur. Cette méthode trouve son application en particulier dans les *sociétés d'économie mixte*. Elle a été utilisée notamment dans le secteur dit concurrentiel et ne fait intervenir souvent aucune mission de service public.

Par ailleurs, dans le grand courant qui a accompagné les nationalisations, un certain nombre de sociétés privées, tout en conservant en principe leur structure commerciale, sont passées sous le contrôle de l'Etat avec une participation au capital qui varie de 51 à 98 %. On a déjà indiqué que la politique de retour de ces entreprises au secteur privé n'a pas été conduite à son terme. Le cas des sociétés anonymes créées ex-nihilo par l'Etat, et dont le capital est 100 % étatique (sociétés nationales) correspond à cette limite extrême d'utiliser la société commerciale dans l'intervention économique de l'Etat : exemple, les sucreries.

B - REGIME JURIDIQUE APPLICABLE

 **113** - Ce régime ne peut être déterminé qu'en tenant compte des règles propres à chaque entreprise et de la nature du problème soulevé.

La question n'est pas simple car si les règles de droit public sont faites pour protéger l'activité de la personne

morale et l'intérêt public, celles du droit commercial donnent plus de souplesse à l'exploitation et sont plus favorables à la clientèle. Le droit commercial apparaît en effet ici comme l'expression d'une intervention de l'Etat, d'où la notion de puissance publique et les "*clauses exorbitantes de droit commun*" sont exclues.

Les entreprises publiques à caractère industriel et commercial possèdent toutes la personnalité morale, qu'elles soient entreprises en forme d'établissements publics ou en forme de sociétés. Les notions de régie, d'office n'ont aucune signification juridique. Elles renvoient toutes à celle d'établissement public national (exemple, OCP) ou local (exemple, régies de distribution).

114 - Application du droit commercial. - La qualité de commerçant est reconnue aux sociétés nationales, telles celles de banques et d'assurances issues de la nationalisation (exemples BMCE, CNIA).

Cependant les textes qui instituent les établissements publics à caractère industriel et commercial précisent généralement si l'établissement doit suivre, pour sa gestion financière et comptable, les règles du droit commercial.

Ces entreprises sont soumises à l'immatriculation au registre de commerce (Art 37) lorsque leur texte de création le précise. Dans ce cas, elles sont présumées commerçants (Art 58).

Les tribunaux de commerce sont compétents à leur égard.

Les biens de ces entreprises sont leurs propriétés et se trouvent dès lors soumis aux règles générales de la propriété privée, sous réserve de celles (propriétés) relevant du domaine public.

Ceci dit, si leur gestion se rapproche de celle des sociétés privées, ces entreprises servent l'intérêt général.

115 - Influence du droit public. - Les personnes morales du secteur public sont soumises à des règles

spéciales de contrôle (du gouvernement, du parlement, de la cour des comptes).

Le directeur général et l'agent comptable des établissements publics relèvent de la compétence administrative et du droit public. La saisie de leurs biens est impossible car elle compromettrait le fonctionnement régulier et continu du service public. Ces entreprises peuvent exproprier des propriétés privées pour cause d'utilité publique. Le régime des travaux publics est susceptible de s'appliquer aux ouvrages qu'elles exploitent. Elles peuvent conclure des marchés de travaux publics avec leurs fournisseurs et sont soumises aussi aux règles de la comptabilité publique (décret de 1967) et à celles du contrôle financier (dahir du 14 avril 1960).

L'entreprise publique mérite, à ce niveau, une observation fondamentale. Lorsqu'elle agit sous forme de société commerciale, le caractère public ne nuit en rien à sa qualité de commerçant. Toutefois, lorsqu'elle agit en tant qu'établissement public, le droit commercial est de rigueur. Cependant, le caractère de service public déteint sur l'activité et empêche parfois que tous les " usages de commerce " s'appliquent (redressement judiciaire, liquidation etc...).

CHAPITRE 2

LE STATUT DES COMMERÇANTS

116 - Position du problème. - Le statut juridique des commerçants n'est pas comparable à l'organisation des professions libérales. Pour ces dernières, la structure ordinale est de principe : un ordre professionnel recevant pouvoir de veiller au bon exercice de la profession par ses membres. Ce pouvoir comprend à la fois le contrôle de l'accès à la profession et la surveillance des professionnels astreints à des règles déontologiques. En comparaison, les professions commerciales n'ont ni ordre, ni déontologie, mais sont soumises à un statut professionnel qui comporte des obligations et des droits. Ce statut comprend deux volets : l'accès à la profession commerciale et les obligations du commerçant.

Section 1

Accès à la profession commerciale

117 - Principe de liberté. - Parmi les principes fondamentaux reconnus par notre Constitution de 1992, l'Art. 9 se réfère à la liberté de s'établir. Cette liberté recouvre le principe de la liberté de commerce et de l'industrie et plus largement la liberté d'entreprendre. C'est le principe (§ 1) ; il souffre des tempéraments (§ 2).

§ 1 - La liberté d'établissement

118 - Les manifestations de la liberté. - La liberté de s'établir, c'est essentiellement le droit pour toute personne physique ou pour toute société de se livrer au commerce ou à l'industrie de son choix, soit en créant une exploitation, soit en faisant l'acquisition ou en prenant le contrôle d'une exploitation existante. L'énumération des activités

commerciales et industrielles autorisées par le Code de commerce (Art 6 et 7) n'est pas limitative ; il est donc toujours possible de lancer de nouvelles fabrications, de diffuser de nouveaux produits ou d'expérimenter de nouveaux modes de distribution. Il n'y a aucune restriction, du moins en principe, à la création et au développement d'établissements industriels et commerciaux.

De même notre droit, sauf exceptions, ne limite pas le nombre de personnes admises à faire le commerce ou l'industrie pas plus qu'il ne subordonne l'accès à ces professions à des conditions de qualification et de compétence. Il n'existe pas non plus de restriction au droit de transférer son exploitation à autrui ou d'interrompre son activité. En règle générale, la qualité de commerçant est facilement accessible et peut se perdre aussi aisément qu'elle s'acquiert.

En définitive, quelles que soient les restrictions qu'elle connaisse à l'heure actuelle, la liberté de s'établir demeure la règle générale. Toute exploitation qui n'est pas expressément défendue est permise.

119 - Valeur légale du principe de liberté. - Elle se manifeste par la règle selon laquelle toutes limitations, tempéraments et exceptions au principe sont nécessairement le fait de la loi et non du règlement. Ainsi d'une loi instituant un monopole d'exploitation ou assujettissant à autorisation administrative la conduite d'une exploitation donnée.

§ 2 - Les limites

120 - Malgré le principe de liberté du commerce et de l'industrie, le législateur a dû apporter quelques limites à la liberté d'établissement. Ces limites sont de plusieurs ordres. Tantôt l'idée de protection du commerçant domine, tantôt c'est l'idée de sanction ; tantôt la justification est tirée de l'intérêt général, tantôt de l'intérêt privé. Cette pluralité de fonctions et de caractères oblige donc à faire une présentation

analytique qui distingue les limites administratives, les incapacités, incompatibilités et les interdictions.

A - LIMITES ADMINISTRATIVES

121 - Police du commerce. - Le principe de la liberté d'établissement ne s'oppose pas à ce que l'Etat exerce un certain contrôle de l'organisation des professions commerciales. Ce contrôle s'inscrit dans le cadre de la réglementation des professions.

122 - Monopoles d'exploitation. - Malgré le principe de liberté, il existe de nombreux monopoles, directs ou indirects, édictés pour des motifs variés. On distingue les *monopoles d'Etat* qui sont établis soit dans un intérêt de sécurité publique (poudres, matériel de guerre), soit par la nécessité d'une bonne exploitation (pétrole) ou des raisons politiques (postes, télégraphes, téléphones). Les *concessions administratives* comportant occupation privative du domaine public donnent au titulaire un véritable monopole d'exploitation, ainsi pour l'eau, l'électricité. Enfin les *offices ministériels* réservent aux titulaires l'exercice d'une profession.

123.- Nécessité d'une autorisation administrative. - Les mesures d'interdiction sont presque toujours assorties d'exceptions moyennant une autorisation administrative. Pour beaucoup d'exploitations, l'autorisation administrative est exigée dans un intérêt de police. Il en est ainsi de la création des établissements dangereux, incommodes et insalubres, entreprise d'assurances, banques (dahir du 6 juillet 1993), magasins généraux (dahir du 6 juillet 1915), transports publics de voyageurs et de marchandises (dahir du 4 décembre 1963), raffinage de pétrole, montage de véhicules automobiles, pharmacie.

B - INCAPACITES, INCOMPATIBILITES ET INTERDICTIONS

124 - Incapacités. - L'exercice du commerce est une profession dangereuse qui suppose une certaine maturité

d'esprit, une certaine expérience, une pleine conscience des aléas qu'il entraîne. Pour exercer le commerce le Code exige donc une capacité.

125 - Le mineur. - L'exercice du commerce par le mineur obéit aux règles du statut personnel selon l'article 12 du Code de commerce. Mais ce principe s'applique aux mineurs marocains. Pour les étrangers, le code édicte des règles spéciales (Art.15 et 16).

• **Le mineur marocain.** - Pour le musulman, il n'atteint sa majorité qu'à l'âge de 20 ans grégoriens révolus. Cette règle est cependant atténuée (Art. 13) par deux moyens : l'expérience de majorité et la déclaration de majorité (*tarchid*). La première règle résulte d'une disposition de la Moudouana dans l'article 140 : "*Le tuteur légal du mineur peut, après autorisation du juge et lorsqu'il a constaté chez le mineur âgé de 15 ans révolus des signes de maturité, permettre la remise à celui-ci d'une partie de ses biens pour qu'il en assure l'administration à titre d'expérience*". Cette dérogation au principe de l'incapacité du mineur doit faire l'objet d'une publicité au registre de commerce selon l'article 13 du Code de commerce. La seconde règle résulte de l'article 165 de la Moudouana qui prévoit que le mineur peut être affranchi de la tutelle à l'âge de 18 ans, si le tuteur le juge apte. Cette émancipation obéit aux mêmes formes légales que l'autorisation précédente. La différence avec cette dernière réside dans le fait que par le *tarchid*, le mineur a la pleine capacité et aucune limite n'est apportée à l'exercice du commerce. Pour le mineur israélite, l'âge de la majorité est également fixé à 20 ans. Mais dès la puberté, si le mineur obtient une autorisation des parents ou tuteur, il peut exercer une activité commerciale. Le caractère général ou limitatif de cette autorisation détermine le régime juridique des actes effectués par le mineur.

• **Le mineur étranger.** - Le mineur étranger est réputé majeur à 20 ans quel que soit l'âge de majorité prévu par sa

loi nationale (Art. 15). Lorsqu'il est autorisé à exercer le commerce à un âge inférieur à cette majorité, il pourra exercer le commerce mais à condition d'obtenir l'autorisation du président du tribunal du lieu où il entend exercer ce commerce. Une inscription de cette autorisation au registre de commerce est requise (Art. 16).

Les actes accomplis par le mineur commerçant sont nuls de nullité relative ; il peut donc (ou son représentant légal) obtenir leur anéantissement alors que son contractant n'est pas autorisé à exciper de la nullité pour ne pas exécuter son engagement. Ce régime, peu protecteur des intérêts des tiers, connaît plusieurs tempéraments. D'une part, le vice de nullité disparaît si le représentant du mineur ou ce dernier devenu majeur confirme l'acte accompli. D'autre part, et surtout, en dépit de la nullité, le mineur est juridiquement obligé dans la mesure où il n'a pas été lésé ; c'est là un obstacle à la réussite de l'instance en annulation : faute de prouver la lésion, le mineur ou son représentant légal échouera dans l'action en nullité.

126 - La femme mariée. - La liberté du commerce est considérée comme une *liberté publique*. Le principe de l'égalité civile ne tolère aucune distinction dans l'exercice de cette liberté. Or dans le Code de commerce de 1913, la femme mariée était frappée d'une incapacité générale qui était atténuée par l'autorisation maritale. En effet l'article 6 de ce code disposait que " *la femme ne peut être marchande publique au Maroc sans le consentement de son mari quels que soient les dispositions de son statut personnel à cet égard*". Le code était édicté pour les étrangers car le droit musulman n'a pas limité l'exercice des droits civils de l'individu quel que soit son sexe. Concernant la capacité de la femme mariée, la Moudouana lui confère l'entière liberté d'administrer et de disposer de ses biens sans aucun contrôle du mari, ce dernier n'ayant aucun pouvoir sur les biens de sa femme. Le nouveau Code de commerce a corrigé cette anomalie qui avait été introduite par l'ancien code (Art 17), qui du reste ne visait

pas les marocaines musulmanes, puisque le code n'était applicable qu'aux étrangers. En vertu du nouveau texte, la femme est désormais autorisée à "*exercer le commerce sans autorisation de son mari*". Cette règle est d'ordre public car le texte ajoute "*Toute convention contraire est réputée nulle*".

127 - Incompatibilité. - L'exercice de certaines professions est incompatible avec l'exercice de la profession commerciale. Ainsi ne peuvent être commerçant les fonctionnaires publics de l'Etat (dahir du 24 février 1958 portant statut général de la fonction publique). Parmi les fonctionnaires il faut citer les magistrats, les militaires, les parlementaires. Cependant, les fonctionnaires peuvent détenir des parts sociales dans la S.A.R.L ou des actions dans la Société anonyme, sans pouvoir être gérants ou dirigeants.

① L'incompatibilité s'applique également aux personnes exerçant une profession libérale dite noble : avocat, architecte, expert comptable, notaire, médecins et d'une manière générale, les membres des professions libérales auxquels un règlement de leur ordre interdit l'exercice du commerce.

Reste à apprécier les conséquences d'une violation de cet impératif ; elles diffèrent profondément du régime de l'incapacité. Première certitude : les actes accomplis ne sont pas nuls. Deuxième certitude : l'intéressé acquiert la qualité de commerçant (Art. 11). Mais si la qualité de commerçant est acquise, c'est seulement au titre des inconvénients et l'intéressé ne peut pas se prétendre commerçant ; il a tous les inconvénients du titre sans en avoir les qualités et sa position rappelle celle du commerçant omettant de s'inscrire au registre du commerce (Art. 59) (Voy. infra n° 140).

128 - Interdictions professionnelles. - Si l'incapacité protège la personne qui en est l'objet, les interdictions préservent les tiers de toute relation commerciale avec des personnes jugées dangereuses. Par l'interdiction c'est l'assainissement des professions commerciales qui est recherché.

Il existe une interdiction générale de faire le commerce contre ceux qui ont été condamnés à une peine afflictive et infamante ou à une peine d'emprisonnement. Mais il s'agit là d'une application éventuelle du Code pénal qui doit trouver sa justification dans une décision judiciaire définitive prévoyant cette mesure de sûreté. Quelques textes cependant prévoient la déchéance à l'occasion d'une sanction pénale. Il s'agit notamment de la loi bancaire qui interdit l'accès à la profession bancaire à toute personne condamnée pour un crime ou pour un délit dont un emprisonnement supérieur à 3 mois (Art. 31 de la loi du 6 juillet 1993).

Une autre population est visée par le régime de l'interdiction professionnelle, celle des commerçants faisant l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (Art. 712 du Code de commerce). Voici quelques échantillons : poursuite abusive d'une exploitation déficitaire sans issues, défaut de comptabilité, détournement d'actifs.... Quelles conséquences ? La déchéance commerciale qui *"emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, et toute société commerciale ayant une activité économique"* (Art 711). Quelle durée ? La durée de l'interdiction est fixée par le tribunal de commerce qui la prononce ; elle est au moins de cinq ans (Art 719) ; Le tribunal peut ultérieurement relever l'intéressé de son interdiction et lui ouvrir à nouveau, de manière anticipée, les portes de la profession commerciale (Art. 720). Pour plus de détails voyez infra (n° 477).

Section 2

Les obligations des commerçants

129 - Les commerçants ont des droits mais surtout des obligations : de payer certains impôts, de respecter la politique des prix, les règles du droit du travail et de la sécurité sociale. Outre ces obligations, deux sont fondamentales : l'immatriculation au registre du commerce

et la comptabilité commerciale par la tenue des livres de commerce.

Sous-Section 1

L'immatriculation au registre du commerce

130 - Nature du registre. - Le registre de commerce a été d'abord un simple registre administratif tenu au greffe du tribunal, destiné à dénombrer les commerçants et les sociétés commerciales établis dans le ressort du tribunal, et à donner aux intéressés qui en demandaient des extraits des renseignements utiles sur l'état et la capacité des commerçants. La réforme récente a modifié l'institution et attaché à l'immatriculation des conséquences juridiques importantes. Le registre du commerce assure aujourd'hui une certaine centralisation de la publicité commerciale.

§ 1 - Organisation

du registre du commerce

131 - Registre local et registre central. - Le registre proprement dit est tenu par le greffier de chaque tribunal de commerce ou, à défaut, du tribunal de première instance, sous la surveillance du président ou d'un juge, qui a qualité pour trancher par ordonnance les contestations entre les assujettis et le greffier. Le registre central est constitué aujourd'hui grâce à des doubles de la déclaration remise au greffier. Il sert à centraliser les renseignements, à permettre la surveillance sur la tenue des registres locaux et à donner aux administrations et organismes intéressés les renseignements qui leur sont nécessaires.

132 - Obligation d'inscription. - Toute personne physique, marocaine ou étrangère, ayant la qualité de commerçant au regard de la loi marocaine est tenue de se faire inscrire au registre du commerce, si elle exerce son activité commerciale sur le territoire marocain. Il en est de

même des sociétés et groupements d'intérêt économique (Art.37). L'inscription est prise, pour les personnes physiques, au lieu du siège de leur entreprise, ou de leur principal établissement et, pour les personnes morales, au lieu du siège social (Art.39).

La règle générale est complétée par un certain nombre de précisions. L'obligation d'inscription s'impose à toute représentation commerciale ou agence commerciale des Etats, collectivités ou établissements publics étrangers et aux établissements publics marocains à caractère industriel ou commercial, soumis par leurs lois à l'immatriculation au registre du commerce (Art. 37, 2° et 3°). Lorsque la personne physique ou morale exploite plusieurs établissements dans le ressort du même tribunal, il n'y a qu'une immatriculation à titre principal et, s'il y a lieu, une inscription complémentaire pour les autres établissements exploités (Art.40).

133 - Mentions de l'inscription. - Pour les personnes physiques, les indications dans la demande concernent l'état et la capacité, le régime matrimonial du commerçant étranger, les caractéristiques de l'activité commerciale, les personnes ayant le pouvoir d'engager la responsabilité de l'assujetti, les indications de l'origine du fonds (Art 42).

Pour les sociétés, la demande mentionne la dénomination sociale, la forme et le cas échéant le statut légal particulier auquel la société est soumise, le montant du capital social, le siège social, les activités principales, l'état civil, les noms et prénoms des associés et de ceux indéfiniment responsables des dettes sociales (Art 45 et 47).

Pour les G.I.E., ils doivent mentionner la dénomination, l'adresse du siège, l'objet, la durée du groupement, les indications sur les personnes physiques et morales du groupement, la date de dépôt du contrat de groupement au secrétariat-greffe (Voir l'Art 48).

Tout acte ou pièce déposé au greffe pour le compte d'une personne morale est conservé par le greffier pour être classé en annexe au registre du commerce.

134 - Indications obligatoires. - Pour faciliter les recherches, le code oblige toute personne à mentionner son numéro d'immatriculation en tête de ses factures, notes de commande, tarifs et documents publicitaires, ainsi que sur toute correspondance et tout récépissé concernant son activité et signés par elle ou en son nom (Art 49).

135 - Les modifications ou radiation. - Tous les faits et actes entraînant une modification des mentions inscrites doivent faire l'objet d'une demande d'inscription modificative dans le délai d'un mois (Art 75 al. 4). Toute personne physique qui cesse le commerce doit demander sa radiation dans le délais d'un mois soit avant soit après cessation. En cas de décès, la demande est présentée par les héritiers. Pour la personne morale, sa dissolution doit être mentionnée et la radiation est requise par le liquidateur. Les articles 54 et 55 ajoutent un certain nombre de cas de radiation d'office, dont on ne peut citer que les principaux : jugements intervenus à l'occasion d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, les mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale résultant d'une décision judiciaire, les décisions judiciaires prononçant la nullité ou la dissolution d'une personne morale.

136 - La communication des inscriptions. - Le registre de commerce est public dans le sens où le sont les registres de l'état civil. On ne peut le consulter librement sur place, mais toute personne a le droit d'obtenir à ses frais soit la copie intégrale des inscriptions, soit un extrait indiquant l'état actuel d'une immatriculation, soit un certificat négatif attestant qu'une personne n'est pas immatriculée (Art 29). Cette demande doit être faite au greffier pour le registre local (Art 30).

137 - Conditions de l'inscription. - L'immatriculation des personnes physiques doit être demandée dans les 3 mois

de l'ouverture de l'activité commerciale. Pour les personnes morales, de droit privé ou de droit public, le délai est aussi de 3 mois de leur création ou de leur constitution. Dans tous les cas, les inscriptions complémentaires doivent être prises dans le délais d'un mois à partir de la date de l'acte ou du fait à inscrire.

138 - Les sanctions. - Les plus importantes des mesures tendant à sanctionner l'obligation d'inscription sont réunies dans une section spéciale :

1°) Si une personne physique commerçante ne requiert pas son immatriculation dans le délai prescrit, ou si une personne immatriculée ne fait pas procéder aux rectifications nécessaires, le juge rend une ordonnance enjoignant à l'intéressé l'insertion ou la rectification (Art 63).

2°) Une sanction pénale permet de vaincre les résistances. Une amende est prononcée par le tribunal (de 1000 à 5000 DH) et une deuxième amende peut être prononcée si dans les deux mois de l'ordonnance les formalités n'ont pas été exécutées. Dans ce dernier cas, il est procédé à la fermeture de l'établissement jusqu'à exécution des formalités requises.

La sincérité des déclarations est également garantie par une sanction pénale. Quiconque donne, de mauvaise foi, toute indication inexacte ou incomplète en vue d'immatriculation ou d'inscriptions aux registre de commerce est puni d'un emprisonnement de 1 mois à 1 ans et d'une amende de 1000 à 50 000 DH.

Ces peines sont doublées en cas de récidive. Le texte (Art 67) vise par récidive " *quiconque ayant fait précédemment l'objet d'une condamnation à une amende* " et commet le même délit dans les 5 années qui suivent le prononcé de la première condamnation devenue irrévocable.

§ 2 - Effets de l'inscription

139 - Effet de l'inscription sur la qualité de commerçant. - Le code de commerce a posé pour la première fois la règle selon laquelle l'immatriculation au registre du commerce constitue une présomption simple de la qualité de commerçant (Art 58). Par ailleurs, pour renforcer les sanctions attachées au défaut d'immatriculation, il précise que la personne assujettie ne pourra se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers (Art 59). Mais ces deux textes confondent entre la personne physique et la personne morale alors que la présomption ne peut concerner que la première (A). Pour la seconde, il s'agit d'une règle de fond (B). Quant à l'inopposabilité des faits et actes non publiés, le principe est d'une application générale (C).

A - LA PRESOMPTION SIMPLE DE LA QUALITE DE COMMERÇANT

140 - Cette présomption est limitée à l'immatriculation des personnes physiques. Elle réserve donc la faculté de combattre la présomption en rapportant la preuve contraire. Par contre, la personne assujettie qui n'a pas requis son immatriculation à l'expiration des délais impartis ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers. Ainsi par exemple, elle ne peut invoquer le caractère commercial de ses actes, ni invoquer le bénéfice de la législation sur le bail commercial. En revanche, elle ne peut pas invoquer son défaut d'inscription pour se soustraire aux responsabilités et obligations inhérentes à la qualité de commerçant (Art 59). Autrement dit, elle ne bénéficie pas des règles propres aux commerçants, mais en supporte les charges.

141 - Une règle particulière (Art 60) décide que le commerçant inscrit qui cède son fonds de commerce ou qui le donne en location reste responsable des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds,

tant qu'il n'a pas été rayé du registre. Mais il s'agit ici moins de la qualité de commerçant que d'une obligation de paiement des dettes. Notons cependant que le registre du commerce indique les caractéristiques essentielles du fonds de commerce (objet de commerce et lieu de l'exploitation, enseigne, succursales ou agences, fondés de pouvoir), ainsi que son origine et le titre de l'exploitant. C'est le moyen de faire connaître aux tiers tout ce qui peut les intéresser dans l'exploitation du fonds.

B - EFFET DE L'INSCRIPTION SUR LA PERSONNALITE MORALE

142 - D'après les règles posées par l'article 20 sur la société anonyme et l'article 2 pour les autres sociétés, les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce. L'immatriculation produit donc à leur égard un effet particulièrement énergique, un effet constitutif de droit : c'est l'immatriculation qui conditionne leur existence. Il ne s'agit donc pas d'une présomption de commercialité mais d'une règle de fond. En effet les droits et obligations attachés à la personnalité morale ne peuvent être invoqués, à l'égard des associés et des tiers, qu'autant que la personne morale est immatriculée. D'ailleurs on voit mal comment, sur le fondement du texte de l'article 58, l'on pourrait admettre qu'une personne morale immatriculée puisse rapporter la preuve contraire et écarter ainsi le statut qu'elle avait constitué par son inscription.

C - INOPPOSABILITE DES FAITS ET ACTES NON PUBLIES

143 - Les personnes assujetties à l'immatriculation ne peuvent, dans l'exercice de leur activité, opposer aux tiers les faits ou actes qui auraient dû être mentionnés et qui ne l'ont pas été (Art 61). Cette disposition est écartée si l'intéressé établit, par tous les moyens de preuve, que les tiers en cause

ont eu connaissance des faits et actes dont il s'agit au moment où ils sont traités. Mais pour éviter que les tiers aient à souffrir du défaut d'inscription, la règle leur permet de se prévaloir des faits et actes non inscrits.

Sous-Section 2

La tenue de la comptabilité

144 - Définition et fonctions de la comptabilité. - Tels qu'ils sont rédigés à l'heure actuelle, les articles 18 à 26 du code de commerce font obligation à tous les commerçants, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales, de tenir une comptabilité. Qu'est-ce qu'une comptabilité ? C'est une technique qui permet d'enregistrer en unités monétaires les mouvements de valeurs qui affectent le patrimoine de l'entreprise ainsi que de déterminer les résultats globaux de son exploitation au cours d'une période définie. Cet enregistrement et cette détermination se réalisent à travers divers documents qui sont établis soit au jour le jour : livre-journal, grand livre...(livres comptables) soit annuellement : bilan, compte de produits et charges, annexe (comptes annuels).

145 - Source. - La tenue des documents comptables est une obligation professionnelle (§ 1). Elle est imposée aux commerçants par le dahir du 25 décembre 1992. Ce texte pose les règles d'après lesquelles le commerçant doit procéder à l'évaluation des différents postes de son bilan et donne des directives permettant de déterminer la situation et les résultats de chaque exercice. Le code de commerce (Art 18 à 26), sans reproduire les dispositions du dahir auquel il impose de se conformer, énonce des règles légales précisant la portée de cette obligation (§ 2).

§ 1 - Contenu de l'obligation professionnelle

146 - L'obligation porte sur la tenue d'un certain nombre de documents (A) que le commerçant doit établir selon une certaine présentation et conserver (B).

A - LA TENUE DES DOCUMENTS COMPTABLES

147 - Droit applicable à tous les commerçants. - Tous les commerçants, quelle que soit leur taille, quel que soit leur régime fiscal, qu'ils soient personnes physiques ou sociétés commerciales, sont tenus en principe, sous peine de sanction, d'établir deux sortes de documents : les livres comptables d'une part, les états de synthèses et certains documents d'autre part.

148 - Documents obligatoires - les livres. - Normalement tout commerçant tient obligatoirement un livre-journal, un grand livre, et un livre d'inventaire :

- **Le livre journal** : Il enregistre les mouvements qui affectent le patrimoine de l'entreprise, opération par opération et jour par jour (Art 2). Tout enregistrement comptable précise l'origine, le contenu et l'imputation de chaque donnée, ainsi que les références de la pièce justificative qui l'appuie.
- **Le grand livre** : Enregistre l'ouverture et le fonctionnement des comptes de l'entreprise en liaison avec le livre journal. A partir de la saisie comptable des opérations effectuées par le livre journal, le grand livre décrit l'évolution des différents comptes.
- **Le livre d'inventaire** : Le commerçant doit contrôler par l'inventaire, au moins une fois tous les 12 mois, l'existence et la valeur des éléments d'actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise (Art 5). L'inventaire est un tableau descriptif et estimatif des divers éléments de l'actif et du passif. L'inventaire réunit les éléments qui expriment la situation de l'entreprise. Ce sont également ces données que le droit fiscal prend en considération pour l'établissement du bénéfice imposable.

149 - Les états de synthèses. - D'après la définition du plan comptable général, les états de synthèses sont des états périodiques présentant la situation et les résultats de l'entreprise (Art 11). Ils comprennent au moins le bilan et le compte de produits et charges lorsque le chiffre d'affaires de l'entreprise est inférieur ou égal à 7 500 000 DH (Art 21). Au delà de cette somme, doivent être également annexés l'état des soldes de gestion, le tableau de financement et l'état des informations complémentaires.

- **Le bilan** : Il décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise (Art 10) et constitue une sorte de résumé de l'inventaire, exprimant les mêmes résultats sous la forme d'un tableau synthétique en deux colonnes.
- **Le compte de produits et charges** : Il fait apparaître par différence entre produits et charges le bénéfice ou la perte d'exercice. Ce compte est la fusion de deux comptes autrefois distincts : compte d'exploitation générale et compte pertes et profits.
- **L'état des soldes** : Il décrit la formation du résultat net et celle de l'autofinancement.
- **Le tableau de financement** : Il met en évidence l'évolution financière de l'entreprise au cours de l'exercice en décrivant les ressources dont elle a disposé et les emplois qu'elle en a effectués.
- **L'état des informations complémentaires** : C'est un document qui complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte des produits et charges, l'état des soldes et le tableau de financement. Cet état fournit toutes informations complémentaires lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner une image fidèle de la

situation de l'entreprise (Art 11 al 3). On y trouve en particulier les méthodes suivies pour le calcul des amortissements (Art 20).

150 - Documents facultatifs. - L'article 3 du dahir prévoit que le livre journal et le grand livre sont détaillés en autant de journaux auxiliaires et de livres auxiliaires que les besoins du commerce l'exigent. Les écritures portées sur les journaux ou livres auxiliaires sont centralisées au moins une fois par mois sur le livre journal et le grand livre.

B - PRESENTATION ET CONSERVATION DES DOCUMENTS

151 - L'article 22 décide que les documents comptables sont établis en monnaie nationale. Il énonce par ailleurs que les documents relatifs à l'enregistrement des opérations et à l'inventaire sont établis et tenus sans blanc ni altération d'aucune sorte.

L'article 8 ajoute que le livre journal et le livre d'inventaire sont cotés et paraphés par le greffier du tribunal de première instance du siège de l'entreprise. Chaque livre reçoit un numéro répertorié par le greffier sur un registre spécial.

Par ailleurs les documents comptables et les pièces justificatives doivent être conservés pendant 10 ans. Le code de commerce apporte un complément de cette règle en prévoyant cette prescription même pour les originaux des correspondances reçues et les copies des correspondances envoyées.

§ 2 - Portée de l'obligation professionnelle

152 - Les livres de commerce constituent un moyen de preuve (A). Ces documents, même irrégulièrement tenus peuvent être produits en justice (B). Mais cette irrégularité n'exclut pas l'application de sanctions (C).

A - VALEUR PROBANTE DES DOCUMENTS COMPTABLES

153 - Les documents comptables font preuve contre les commerçants. - Les documents comptables sont un mode de preuve par le commerçant qui les tient et chacun des deux adversaires ayant l'obligation légale de tenir des comptes, la confrontation des mentions est très efficace. C'est pourquoi d'après l'article 19 du code de commerce, la comptabilité régulièrement tenue peut être admise par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce.

Dans les livres des deux commerçants on doit retrouver les mêmes opérations. Si les comptabilités sont concordantes, l'article 21 donne aux mentions des livres une force absolue. Lorsqu'elles sont divergentes il y a application du principe de la liberté des preuves en droit commercial.

154 - Les documents comptables ne font pas preuve contre les non commerçants. - La personne non commerçante ne tient pas elle-même de livres pouvant servir à contrôler ceux du commerçant. Mais le non commerçant peut opposer au commerçant le contenu de sa comptabilité.

B - PRODUCTION DES DOCUMENTS

155 - Au cours d'une contestation, une partie peut demander à un adversaire commerçant de représenter sa comptabilité. D'après l'article 22 du code, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend (Art 23).

A la différence de la représentation, la production des documents peut se faire par leur communication. Elle porte dans ce cas sur l'ensemble des documents du commerçant. Il s'agit là d'une procédure plus grave parce qu'elle permet au bénéficiaire d'avoir une connaissance complète des comptes et des courants d'affaires de l'entreprise. Aussi a-t-elle été

prévue de façon limitée. D'après l'article 24, elle ne peut être ordonnée que dans les affaires de succession, de partage, de redressement judiciaire.

Le code par ailleurs semble appliquer la même règle pour les deux cas lorsqu'il y a défaut de production des documents en prévoyant que le juge peut déférer le serment à l'autre partie pour appuyer ses prétentions (Art 25). Cette sanction est renforcée en cas d'irrégularité dans la tenue des comptes.

C - SANCTION POUR IRREGULARITE

156 - L'irrégularité est constituée par plusieurs faits : avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou s'abstenir de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ou enfin tenir une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière ou avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenter son passif.

157 - Sanctions patrimoniales. - En cas d'ouverture de difficultés d'entreprise, les commerçants, artisans, dirigeants sociaux peuvent être déclarés personnellement en état de redressement judiciaire ou de liquidation (Art 706) (Voy. infra n° 474).

Sans aller jusqu'au redressement judiciaire, en raison de sa sévérité, le tribunal peut appliquer aux intéressés, dans certains cas, une déchéance.

158 - Déchéance commerciale. - La déchéance commerciale emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement une entreprise commerciale ou artisanale ou une personne morale ayant une activité économique (Art 711) (Voy. Infra n° 477).

Le jugement qui prononce la déchéance commerciale emporte incapacité d'exercer une fonction publique élective pendant cinq ans.

Par ailleurs, la radiation du commerçant du registre du commerce doit être ordonnée d'office par la juridiction qui a prononcé la condamnation.

159 - Sanctions pénales. - Les dirigeants de l'entreprise encourent la banqueroute pour avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la société ou s'être abstenus de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait obligation.

Les peines sont : un à cinq ans d'emprisonnement et 10 000 à 100 000 DH d'amende. La peine est doublée lorsque le banqueroutier est dirigeant d'une société dont les actions sont cotées à la bourse des valeurs (Voy. infra n° 486).

TITRE III

LES BIENS DES COMMERÇANTS

160 - Pour se livrer à une activité de distribution, de production ou de services, les commerçants disposent de biens, meubles ou immeubles, mais aussi de biens spécifiques que le droit commercial et la pratique ont forgés spécialement pour eux :

- le fonds de commerce qui est un ensemble d'éléments mobiliers corporels (matériels, marchandises..) et incorporels (nom, enseigne, droit au bail) regroupés et exploités par le commerçant pour répondre aux besoins de sa clientèle ;
- lorsque le propriétaire du fonds de commerce n'est pas le propriétaire de l'immeuble (les murs) où est exploité le fonds, un contrat de bail régit alors les relations entre le propriétaire de l'immeuble et l'exploitant du fonds. C'est un contrat de bail exorbitant du droit commun ; il confère au locataire des prérogatives importantes, qui justifient que l'on tienne le locataire pour titulaire d'une " propriété commerciale " ;
- les propriétés industrielles enfin, c'est à dire, les brevets d'invention, dessins et modèles, marques de fabrique, de commerce ou de services, biens représentant une grande valeur patrimoniale parce qu'ils attirent et retiennent une clientèle nombreuse.

On examinera successivement en trois chapitres : le fonds de commerce - le bail commercial - la propriété industrielle.

CHAPITRE I

LE FONDS DE COMMERCE

161 - Origine du fonds de commerce. - Le fonds de commerce est un ensemble de droits ou de biens⁽³¹⁾. Cette notion est relativement récente, elle apparaît au début du XIX^e siècle dans la langue des praticiens, qui créent les mots fonds de marchandises, fonds de boutique puis fonds de commerce⁽³²⁾. L'expression de fonds de commerce, dans son sens moderne, apparaît dans une loi fiscale française de 1872, qui organise l'enregistrement des mutations de fonds de commerce. Une autre loi, de 1898 aménage l'institution du nantissement pour l'adapter au fonds de commerce. Le gage civil suppose en effet la dépossession du commerçant et des mesures de publicité furent ainsi substituées à la dépossession. C'est surtout la loi du 17 mars 1909 qui marque l'étape décisive de l'avènement du fonds de commerce. Ces lois ont inspiré le dahir du 31 décembre 1914. Par suite, les interventions du législateur ont contribué à renforcer les droits du commerçant en augmentant la valeur économique des fonds (dahir du 24 mai 1955). Le Code de commerce (Loi du n° 15-95) constitue aujourd'hui le fondement de l'étude du fonds de commerce. Il organise également sa location pour éviter qu'il ne devienne matière à spéculation.

162 - Notion juridique. - Le Code de commerce, définissant le commerçant d'après la nature des actes juridiques qu'il passe, n'attache pas d'importance aux éléments servant à l'exploitation. En fait, ce n'est même pas l'activité du commerçant qui joue un rôle essentiel.

31 - P. Le FLOCH, Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, Paris, LGDJ, 1986.

32 - Y. Reinhard, Droit commercial, Litec, 2^e éd. 1996, n° 343.

L'expression " fonds de commerce " a été forgée sur l'expression " fonds de terre " et dans la pratique, on parle de " propriété du fonds ", mais cette propriété ne comporte pas d'objet matériel, c'est une des propriétés incorporelles admise comme la propriété littéraire et artistique ou la propriété des brevets et des marques. Cette propriété est en réalité un droit de clientèle. C'est ainsi que la doctrine analyse toutes les propriétés incorporelles (ROUBIER, Droits intellectuels et droit de clientèle, Rev. trimestrielle, 1935, p. 251).

163 - Position par rapport à l'entreprise. - L'entreprise réunit et assemble des moyens financiers et matériels pour la production de biens ou de services. Pour les juristes, l'entreprise renvoie simplement à une réalité économique où l'analyse juridique distingue personnes physiques et personnes morales. Mais l'entreprise et le fonds de commerce ne s'ajustent pas complètement ; si tout fonds de commerce représente une entreprise commerciale, toute entreprise commerciale n'est pas un fonds de commerce. En effet, pour qu'une entreprise soit reconnue fonds de commerce, il est indispensable qu'elle soit le siège d'une clientèle présentant certaines qualités, notamment une autonomie. La clientèle propre et distincte de celle du centre commercial où coexistent de multiples commerces commande le droit de propriété commerciale, les formes de la cession du fonds et la possibilité de son nantissement.

164 - Position par rapport à la société. - La distinction est moins délicate car la société est un concept juridique. La société est une personne, le fonds de commerce un ensemble d'éléments. Entre le fonds de commerce et la société il existe des liens juridiques traditionnels qui unissent une personne et des biens. Ainsi le fonds de commerce est un élément du patrimoine de la société. Ce patrimoine rassemble d'ailleurs d'autres valeurs d'actif et, en particulier, des biens immobiliers, mais aussi un ensemble d'éléments du passif. Comptablement, le bilan de la société ne comporte pas nécessairement de rubrique " fonds de commerce " : les divers

éléments corporels de ce dernier sont ventilés entre différents postes d'actif (matériel, stock), tandis que les éléments incorporels du fonds (nom, clientèle) n'apparaissent qu'exceptionnellement au bilan.

Le fonds de commerce est le dénominateur commun de ces deux notions : entreprise et société. On mesure ainsi sa valeur économique qui tient autant à l'importance des éléments qui le composent qu'aux revenus que son exploitation et sa cession permettent d'espérer. Pour mesurer cette valeur économique, il convient tout d'abord d'identifier le fonds de commerce (Section 1), et d'étudier son exploitation (Section 2), puis les opérations dont il peut faire l'objet (Section 3).

Sections 1

Identification du fonds de commerce

165 - L'identification du fonds de commerce exige d'isoler le concept de clientèle (§ 1), d'inventorier les éléments du fonds (§ 2) pour apprécier ensuite sa nature juridique (§ 3).

§ 1 - Le concept de clientèle

166 - **Clientèle ou achalandage**⁽³³⁾. - La première expression désigne les personnes attirées par les qualités personnelles du commerçant, la seconde les personnes attirées par l'implantation de l'établissement commercial. Mais aucune conséquence pratique ne s'attache à cette distinction. Aussi n'utilisera-t-on que le terme de clientèle pour viser l'ensemble de ceux qui s'approvisionnent habituellement ou par occasion auprès d'un commerçant déterminé. La clientèle est l'âme du fonds de commerce. La présence des éléments du fonds (droit au bail, nom

33 - L'achalandage (clients occasionnels) s'oppose à la clientèle : clients fidèles. Mais cette opposition a perdu son intérêt aujourd'hui ; Cf. J. DERRUPE, Fonds de commerce et clientèle, Etudes A. Jauffret, Aix, 1974, p.231 s.

commercial, marchandises...) est insuffisante à constituer le fonds de commerce ; il faut en plus la clientèle. Pour certains auteurs, le fonds est principalement un droit de clientèle et non un élément parmi d'autres du fonds de commerce⁽³⁴⁾. Qu'est-ce que la clientèle ? L'économiste y voit une valeur, des besoins à satisfaire. Pour le juriste, c'est " l'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles "⁽³⁵⁾. L'existence d'une clientèle conditionne l'existence du fonds. Par suite, la disparition de la clientèle provoque la disparition du fonds⁽³⁶⁾. Si elle est nécessaire au fonds, elle doit donc présenter certaines qualités.

167 - Existence du fonds et qualité de la clientèle. -

La clientèle doit d'abord être commerciale comme l'enseigne la doctrine⁽³⁷⁾. Ce caractère sera apprécié par référence aux actes qui seront conclus. Ainsi, par exemple, dans un cabinet médical, la clientèle n'est pas commerciale parce que le cabinet n'est pas un fonds de commerce en raison de la civilité de l'entreprise.

La clientèle doit, ensuite, être propre au fonds considéré, c'est à dire, une clientèle personnelle. Le problème des clientèles dérivées se pose principalement pour ceux qui exercent une activité commerciale dans le périmètre ou l'enceinte d'une autre entreprise qui a elle-même ses propres clients : restaurants installés dans un aéroport ou détaillants implantés à l'intérieur d'une grande surface (supermarché). Généralement, la société propriétaire de la grande surface loue des emplacements à des commerçants locaux afin d'édifier une galerie marchande qui ceinture la grande

34 - R. ROBLOT, traité de droit commercial, t. 1, 16^{ème} éd. 1996, n° 522 ; l'auteur définit le fonds de commerce comme une " propriété incorporelle, consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à l'exploitation ".

35 - Y. SERRA, L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats, Paris, Sirey, 1970, n° 114.

36 - Cass. Civ. 3, 18 mai 1978, R.T.D.Com. 1978 p. 559.

37 - J. DURRUPPE, OP.cit. n° 19.

surface proprement dite ; ces locataires ont-ils un bail commercial ? Oui, s'ils ont un fonds de commerce. Dans ce cas, ils ont indiscutablement une clientèle commerciale. Mais il s'agit de savoir s'ils ont une clientèle propre ou s'ils participent à la clientèle commune qui sera celle de la grande surface toute entière. Les chalands sont-ils attirés par la grande surface ou viennent-ils spécialement pour contracter avec le titulaire de l'emplacement ? Le thème de la clientèle commune a été évoqué notamment par des concessionnaires se plaignant du non renouvellement de leur contrat de bail à durée déterminée ou de la rupture unilatérale de leur contrat à durée indéterminée. Les tribunaux en France répondent en examinant les conditions de l'exploitation de la galerie marchande, les heures d'ouverture⁽³⁸⁾. Elle s'attache au critère de l'autonomie de gestion, qui est en même temps économique et physique, pour reconnaître des clientèles propres⁽³⁹⁾. Ce débat peut également être invoqué dans le cas des franchises ou concessions.

La clientèle doit enfin être licite. Ainsi un débit de boisson ouvert irrégulièrement ne peut pas donner naissance à un fonds de commerce. Il en est ainsi de toute exploitation à caractère commercial prohibé. La reconnaissance d'une clientèle implique que celle-ci est licite et que le fonds est qualifiable de fonds de commerce.

168 - Clientèle et transfert du fonds. - La clientèle, dotée des attributs qui viennent d'être recensés, identifie le fonds de commerce. Il est par conséquent évident que tout mouvement du fonds se signale par le mouvement de la clientèle. Il n'y aurait donc pas de vente ou d'apports de fonds à une société sans vente ou apport de clientèle⁽⁴⁰⁾ et le transfert de la clientèle présume l'apport en société ou la

38 - Cass.Civ. 3, 9 juillet 1979, D.1980, 64.

39.- Voy. LAMY, Droit commercial 1993, n° 211 et 212, comp. n° 1366.

40 - Cass. Com. 2, juin 1980, GP, 1980, 2, 554.

vente du fonds. Mais comment apprécier ce transfert ? On sait que la clientèle s'appuie obligatoirement sur des éléments concrets qui contribuent à l'attirer et à la fidéliser. Ces éléments qui servent de ralliement de la clientèle varient d'un fonds à l'autre en fonction de l'activité du commerçant. Ainsi dans le commerce de détail, c'est le plus souvent l'enseigne dont la cession équivaut à la cession du fonds lui-même ; pour une boutique de quartier, la cession du droit au bail vaut cession du fonds ; pour un débit de boissons, la cession de la licence vaut cession du fonds (Voir J. DERRUPE Fonds de commerce et clientèle, Etude A. Jauffret, Aix 1974 n° 17) ; pour une entreprise de distribution d'essence, la cession de la licence d'exploitation vaut cession du fonds (Cass. Com. 6 décembre 1982, JCP, 84, II, 20158).

L'absence d'uniformité dans l'agencement des fonds de commerce par la variété des secteurs d'activité exige de repérer le transfert de la clientèle en fonction de l'élément de ralliement de celle-ci. C'est ce qui explique en partie les formalités de cession du fonds (Voy. infra n° 213).

§ 2 - Les éléments du fonds

169 - Généralités. - Le code de commerce propose une énumération (Art. 80) qui n'est pas limitative. En effet, certains contrats peuvent faire partie des éléments du fonds, tels que les contrats de travail. De même, le commerçant peut adjoindre à tout moment à son fonds des éléments qui concourent à l'exploitation tels qu'un contrat de crédit-bail mobilier ou de crédit-bail immobilier.

Par ailleurs, la loi ne détermine pas quels sont les éléments compris dans le fonds de commerce ou, du moins, quel est l'élément essentiel. La distinction faite pour l'exercice du privilège du vendeur, lorsque le code décide qu'il y a lieu de diviser le prix du fonds en trois parties : pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises (Art 91), n'est obligatoire que si le prix reste dû en tout ou en

partie. De plus tous les fonds de commerce ne comportent pas forcément ces trois catégories d'éléments.

Mais il est certes évident que l'on ne peut parler de vente d'un fonds commerce que si celle-ci concerne un élément essentiel. Ce sera sans doute celui qui est déterminant pour attirer et conserver la clientèle. Cet élément dépendra toujours du genre d'activité commerciale. Tantôt ce sera le local, tantôt le nom ou l'enseigne, tantôt le matériel et les brevets.

170 - Division des éléments. - Lorsqu'on inventorie les composants du fonds de commerce, on ne trouve pas certains éléments de l'entreprise. Ainsi des valeurs liquides (espèces) qui ne sont pas des éléments du fonds ; ainsi des immeubles. Cette dernière exclusion est fondée sur le caractère civil des immeubles (V. J.B.BLAISE, Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité, R.T.D.com. 1966, 827). Dès lors, si le propriétaire d'un fonds qui est en même temps propriétaire des murs décide de donner son fonds en nantissement, cette garantie ne pourra pas s'étendre à l'immeuble. S'il cède le fonds, il passera deux actes, l'un pour la cession du fonds et l'autre pour la cession de l'immeuble ; et s'il loue l'ensemble, deux " baux " obéissant à des règles distinctes seront conclus.

Cette frontière établie, quels sont les éléments du fonds de commerce ? Ces éléments sont généralement divisés d'après la nature juridique des biens et des droits réunis pour l'exploitation. Ils sont de deux sortes ; les un sont corporels : matériels et marchandises, les autres sont incorporels : nom et enseigne, monopole d'exploitation et autorisations administratives. L'occupation d'un local est considéré comme un élément incorporel dans la mesure où en général le commerçant a un droit au bail. L'importance du local appelle une étude spécifique en raison des difficultés qui se présentent au niveau de sa nature juridique et de son admission dans la composition du fonds de commerce.

A - LE LOCAL AFFECTE AU COMMERCE

171 - Importance du local. - Le local est un élément déterminant sans que le commerçant soit nécessairement locataire des locaux. Un fonds peut avoir pour support une occupation précaire (exemple, une concession administrative) dès lors qu'il comporte une clientèle. La clientèle dépend souvent de l'emplacement du fonds ou de la nature de ses installations.

Cette importance varie suivant le genre de commerce. La clientèle dépend de l'emplacement quand il s'agit de détaillants. Cet emplacement peut concerner la clientèle de toute une ville (un cinéma) ou simplement d'un quartier (un garage), voire d'une rue (une épicerie).

Lorsque la nature de l'exploitation exige une installation et un équipement spécialement adaptés (hôtel, moulin), les tribunaux en France considèrent que le fonds se trouve attaché à l'immeuble et appartient au propriétaire de l'immeuble même si celui-ci ne l'a jamais exploité personnellement. Ainsi une jurisprudence a fondé sur l'immeuble seul la protection conventionnelle contre la concurrence, par la technique de la servitude⁽⁴¹⁾.

172 - Le droit au bail. - Lorsque le commerçant est locataire des locaux dans lesquels il exerce le commerce, il se fait toujours consentir un bail de longue durée. Ce droit au bail constitue un élément très important du fonds et parfois même l'élément le plus important. Il peut d'ailleurs le céder contre le gré du propriétaire.

Il faut rapprocher du droit au bail le droit de concession immobilière (d'une mine par exemple) ou les occupations privatives dans les marchés d'intérêt national (dans les abattoirs ou marchés de gros), qui peuvent être compris dans le nantissement d'un fonds de commerce ou faire l'objet d'une cession.

41 - Cass. com., 15 juillet 1987, D.S. 1988, 360, note ATIAS et MOULY.

173 - Exclusion des immeubles. - Il y a des immeubles qui sont spécialement affectés à un commerce déterminé, et dans l'industrie, l'usine est aménagée en vue d'une certaine exploitation du fonds de commerce. Mais comme nous l'avons déjà dit supra (n° 170) la propriété immobilière est, par tradition, exclue du commerce. Cette exclusion des immeubles nous paraît cependant assez anachronique par rapport au Code de commerce actuel, qui reconnaît le caractère commercial de certaines opérations immobilières (Art. 6 § 3°). L'exclusion des immeubles aura pour conséquence de dissocier des éléments affectés à un même but économique. La difficulté se présente lorsque le commerçant propriétaire de l'immeuble vend son fonds. S'il vend le fonds et l'immeuble au même acquéreur, le problème ne se pose pas car il y aura deux contrats distincts obéissant chacun à son régime propre. Mais s'il veut vendre le fonds de commerce seulement, sans faire figurer parmi les éléments de ce fonds le droit d'occuper le local d'exploitation, alors que le droit au bail est l'élément essentiel du fonds, la vente du matériel et des marchandises ne pourra alors être considérée comme une vente de fonds de commerce. Le propriétaire sera donc obligé de consentir un bail à l'acquéreur du fonds, mais il n'est pas obligé de le faire, notamment en cas de vente forcée du fonds poursuivie par ses créanciers⁽⁴²⁾. Il en sera d'ailleurs de même en cas de vente forcée de l'immeuble, l'adjudicataire n'est pas tenu de consentir un bail à l'ancien propriétaire⁽⁴³⁾.

B - ELEMENTS INCORPORELS

174 - Le nom et l'enseigne. - L'expression "nom commercial" désigne de façon générale toute appellation sous laquelle un commerçant, personne physique ou personne morale, exerce son commerce. L'enseigne est un signe

42 - Rouen 31 janvier 1958, D. 1958, 398 ; Lyon 12 mars 1959, R.D.C. 1959, p. 864, obs. JAUFFRET

43 - Limoges, D.S. 1992,452, note PREVAULT

extérieur qui permet d'individualiser un établissement et le signaler aux tiers.

Le *nom commercial* est cessible. C'est le siège d'un droit de propriété incorporelle. Sa valeur patrimoniale autorise les tiers, tel l'acheteur du fonds de commerce, à faire un usage commercial du patronyme du vendeur. Mais cet usage souffre de plusieurs restrictions : le nom commercial doit être suivi ou précédé d'une mention propre à éviter toute confusion, on lira ainsi " ancienne maison X ".

L'enseigne peut être constituée par une dénomination de fantaisie (Au Chic, Au bon marché) ou par un emblème (représenté, par exemple, par un animal). Le choix de l'enseigne est libre, mais cette liberté est limitée par les impératifs d'une concurrence déloyale ; il n'est pas permis de choisir une enseigne créant la confusion avec une autre. L'appréciation de la confusion oblige à considérer la notoriété de l'enseigne, son territoire et la nature des clientèles (Voy infra n° 347). La sanction est civile. En effet, l'action en concurrence déloyale est une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 84 du D.O.C. (Voy. infra n° 346). C'est là une différence avec les atteintes aux monopoles d'exploitation (marques, brevets, dessins et modèles) qui réalisent des infractions pénales de contrefaçon (infra n° 294).

Le nom commercial comme l'enseigne sont protégés par l'action en concurrence déloyale. Les faits de concurrence déloyale ne peuvent donner lieu qu'à une action civile en cessation des actes qui la constituent et en dommages-intérêts.

175 - Monopoles d'exploitation. Propriété industrielle. - Les brevets d'invention, les marques de fabriques, les dessins et modèles dont un industriel ou un commerçant a la propriété font partie du fonds. Souvent ils constituent toute la valeur de celui-ci. Chacune de ces propriétés incorporelles est soumise à un régime juridique

propre (Voy. infra n° 248 et s.), mais en cas de cession du fonds de commerce, le vendeur cède un fonds constitué principalement d'un droit exclusif d'exploitation. La propriété du fonds de commerce est constituée dans ce cas par une clientèle réelle et certaine, voire exclusive.

176 - Autres éléments incorporels. - En principe, les droits personnels appartenant au propriétaire du fonds ne sont pas compris dans la cession du fonds, mais ce principe comporte quelques exceptions : l'autorisation administrative, quand elle n'a pas un caractère personnel, peut être cédée avec le fonds. Il en est de même pour les licences de débits de boissons. L'usage des livres de commerce doit être assuré à l'acquéreur pendant 10 ans. Les acquéreurs du fonds peuvent se prévaloir de la clause de non rétablissement souscrite par le vendeur du fonds. Le contrat d'assurance conclu par le cédant (concernant le dégâts des eaux et l'incendie par exemple) continue de plein droit au profit de l'acquéreur, sauf son droit de résiliation. Enfin, les contrats de travail conclus par le cédant doivent être respectés par le cessionnaire.

C - ELEMENTS CORPORELS

177 - Matériels et outillage. - Ces deux mots ont le même sens. Par matériels, on vise l'outillage comme les appareils de manutention ou les véhicules. Ce matériel désigne les objets mobiliers servant à l'exploitation. Il a plus d'importance dans l'industrie que dans le commerce. Il peut être compris dans le nantissement par stipulation expresse et il est frappé légalement du privilège du vendeur (Art 91).

Cependant, lorsque le propriétaire est seulement locataire du matériel considéré ; c'est l'hypothèse du leasing ou crédit-bail, le matériel n'est pas un élément du fonds de commerce. Il est utilisé à l'occasion de l'exploitation de ce fonds, mais les créanciers du commerçant ou de l'industriel pourraient être abusés sur la surface financière de celui-ci, d'où la mesure utile de publicité mise en place qui prend la

forme d'une publication au greffe du tribunal de commerce. A défaut, la société spécialisée qui a loué le matériel ne pourra pas opposer aux tiers son droit sur le bien.

178 - Les marchandises. - Ce sont tous les objets destinés à la vente. Quand il s'agit d'industrie, on distingue les matières premières des objets fabriqués, mais cette distinction n'offre pas d'intérêt au point de vue juridique. Leur réalité économique et financière est celle d'un stock, notion qui exprime l'idée d'une fongibilité (l'interchangeabilité des biens et produits composant le stock). C'est le stock tout entier qui fait partie du fonds et ce stock est naturellement variable. La loi fait porter le privilège du vendeur sur les marchandises (Art 91), mais elle considère le gage comme trop fragile pour l'inclure dans le nantissement (Art 107).

En effet, d'un côté, la propriété du bien fabriqué peut avoir été transférée alors que ce bien est encore dans les locaux du commerçant en attendant que l'acheteur vienne en prendre livraison. D'un autre côté, les matières premières peuvent appartenir encore à leur vendeur si celui-ci a inséré dans le contrat de vente une clause de réserve de propriété. Aux termes de cette clause, le vendeur demeure propriétaire jusqu'à l'entier paiement du prix. En cas de " faillite " de l'acheteur, le propriétaire pourra récupérer la propriété de ces marchandises, mais à condition que ces marchandises n'aient pas été travaillées et incorporées à d'autres matières et que la clause de réserve ait été convenue et établie par écrit au moment de la livraison.

§ 3 - La nature juridique du fonds

179 - Meuble incorporel. - Le fonds de commerce est composé d'un certain nombre d'éléments servant à son exploitation. Ces éléments sont tous des biens meubles, mais plusieurs d'entre eux sont des meubles corporels. Cependant le législateur n'attache pas d'importance aux éléments qui

composent le fonds car il n'a déterminé ces éléments qu'en vue de l'exercice des privilèges du vendeur du fonds et du créancier nanti. En effet, ces biens sont réunis dans la même main en vue de l'exploitation du fonds. C'est leur union qui donne au commerçant la possibilité de retenir une clientèle. Un commerçant peut d'ailleurs séparer l'un de ces éléments des autres et le céder suivant les formes juridiques qui lui sont propres puisque chacun des biens conserve sa nature, son statut juridique. Si on disperse ces éléments, la clientèle disparaît et le fonds de commerce est détruit. Or la clientèle n'a pas de réalité physique et représente un bien incorporel. Dès lors le fonds de commerce, faute de caractère corporel de la clientèle, est un meuble incorporel. C'est aussi un meuble singulier puisque son transfert donne lieu à publicité.

180 - Le fonds est-il une universalité juridique ? - Le fonds est une fédération d'éléments combinés en vue d'une destination commune : la création et l'accroissement d'une clientèle commerciale. La considération de cette finalité commande l'idée que le fonds est un ensemble économique unitaire. Pareille unité économique est-elle aussi juridique ? On entend par universalité juridique un ensemble de biens formant un actif et un passif corrélatifs au sein duquel fonctionne la subrogation réelle. Est-ce le cas du fonds de commerce ? Juridiquement, non, les créances et dettes relatives au fonds ne sont pas isolées du patrimoine de l'exploitant, elles s'incorporent aux autres créances et dettes de ce dernier. Il en irait autrement si le droit marocain reconnaissait le concept de patrimoine d'affectation. Or celui-ci consacre le principe de l'unité du patrimoine : l'article 1241 du D.O.C. dispose que " les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ". Ainsi il n'existe pas de créanciers dont le gage soit restreint au fonds de commerce et aucune préférence n'est accordée aux créanciers commerciaux par rapport aux créanciers civils. Ces derniers peuvent faire vendre le fonds de commerce pour obtenir le recouvrement de leurs créances autant que les créanciers commerciaux.

Faute d'universalité juridique, on se rabat sur l'idée d'universalité de fait, c'est à dire un tout qui est distinct des éléments qui le composent. Mais cette théorie ne fait que constater une union des éléments, qui est dénuée de conséquences juridiques et qui rapproche le fonds de la bibliothèque d'une collectionneur ou d'un troupeau de moutons, autres universalités de fait.

Il faut cependant observer qu'il existe des signes qui peuvent entraîner un changement de conception, notamment par l'émergence du concept de cession d'entreprise⁽⁴⁴⁾ et la création législative des " entreprises unipersonnelles " (Dahir du 13/02/1997, B.O. n° 4478 du 01/05/1997).

Section 2

L'exploitation du fonds de commerce

181 - Union ou séparation de la propriété et de l'exploitation.- Le fonds de commerce est exploité par son propriétaire (§ 1), mais son exploitation peut être séparée de la propriété (§ 2).

§ 1 - Exploitation du fonds par le propriétaire

182 - Exploitation personnelle du fonds. - Elle peut être le fait d'un entrepreneur individuel, qui doit posséder à ce titre la qualité de commerçant. S'il s'agit d'une société, qui possède la qualité de commerçant à raison de sa forme, ce sont les organes sociaux : gérant dans la société en nom collectif et dans la S.A.R.L. pluripersonnelle ou unipersonnelle, conseil d'administration ou directoire dans la société anonyme qui agissent en son nom et pour son compte.

L'exploitation reste personnelle et directe lorsque le propriétaire la confie à un tiers, tel qu'un gérant salarié auquel il est lié par un contrat de travail ou même un gérant

44 - Voy. J. VALLANSAN, La cession d'entreprise, Thèse Caen, 1986.

mandataire. Dans ces deux hypothèses le gérant n'a pas la qualité de commerçant ; il agit au nom et pour le compte du propriétaire du fonds, lequel court les risques et recueille les profits de l'activité commerciale.

183 - Décès de l'exploitant et situation des héritiers.- Lorsque le fonds est exploité par une personne physique, le décès de l'exploitant peut entraîner la disparition du fonds. Cependant les héritiers peuvent décider de continuer le commerce ; il prennent ainsi la qualité de commerçants. S'ils ne font que des actes d'administration en attendant la vente du fonds, ils n'ont pas la qualité de commerçants. Il se peut d'ailleurs que l'héritier ou certains des héritiers n'aient pas la capacité voulue pour être commerçants. Pour assurer une continuité de cette activité économique, leur tuteur peut avoir recours à la location gérance du fonds (Voy. infra n° 185). Lorsque l'exploitation est continuée seulement par certains héritiers, seuls ces derniers sont commerçants.

184 - Apport en société. - Il arrive souvent qu'un fonds de commerce soit apporté en société par le propriétaire afin d'assurer le développement de son affaire et limiter sa responsabilité. Cet apport obéit aux règles générales de l'apport en nature. Il est soumis à la même publicité qu'au cas de vente du fonds de commerce (Voy. infra n° 212).

§ 2 - Exploitation du fonds par le gérant : La gérance libre

185 - Normalement la propriété du fonds appartient à l'exploitant. Il y a des cas exceptionnels où se produit une séparation de la propriété et de l'exploitation⁽⁴⁵⁾. Il en est ainsi quand la propriété du fonds est décomposée en nue-propriété et usufruit : dans ce dernier cas, l'usufruitier est l'exploitant.

45 - Cette séparation est impossible pour les officines de pharmacie, le pharmacien ayant l'obligation légale d'être propriétaire de son fonds (Dahir du 19/02/1960).

On peut aussi supposer qu'un gérant exploite le fonds : cette gérance porte le nom de gérance libre. Elle fait l'objet actuellement d'une réglementation légale (Art.152 à 158) du Code de commerce.

186 - Nature de la gérance libre. - A la différence du gérant salarié du fonds de commerce, qui n'est qu'un simple employé, le gérant libre est un locataire qui exploite le fonds pour son compte moyennant un loyer versé au propriétaire du fonds. L'exploitant devient commerçant (Art. 153 al.1), tandis que le propriétaire, qualifié de bailleur de fonds par la loi, cesse d'avoir cette qualité.

187 - Utilité du contrat. - Le contrat de gérance libre présente une utilité réelle, celle de permettre à un incapable, par exemple à un mineur, de conserver la propriété du fonds dont il a hérité et qu'il ne peut gérer personnellement. Ce contrat est utile aussi pour le commerçant qui désire se retirer des affaires et qui veut améliorer sa pension de retraite par des redevances qu'il peut en retirer. La location libre révèle un autre intérêt en tant que technique de redressement des entreprises en difficulté. Les repreneurs d'entreprises en difficulté passent fréquemment par la phase de la location libre de l'entreprise en redressement.

A - CONDITIONS DE LA GERANCE LIBRE

188 - Fonds susceptibles d'être loués. - Le contrat de gérance peut être passé en principe pour tout fonds de commerce. La location libre est valablement consentie par le propriétaire ou l'exploitant du fonds (Art 152). Ce dernier terme désigne soit l'usufruitier, soit le locataire gérant qui a l'autorisation de sous-louer ou bien l'administrateur des biens d'autrui.

189 - Mesures de publicité. - Tout contrat de gérance libre est publié dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait, au Bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales (Art 153 Al 2). La fin de la location doit également

être publiée. Le bailleur doit, soit se faire radier du registre du commerce, soit modifier son inscription personnelle avec mention de la gérance libre. L'article 154 prescrit au gérant, sous peine d'amende, l'obligation d'indiquer sur tous ses documents commerciaux, ainsi que sur toutes les pièces signées par lui ou en son nom, sa qualité de gérant, son numéro d'immatriculation au registre du commerce.

190 - Sanction des conditions. - Une sanction est prévue en cas de violation des conditions légales. Le contrat est dans ce cas nul et cette nullité est absolue. Elle peut être demandée par chacun des contractants et par les tiers intéressés. Mais cette nullité ne peut être invoquée par les contractants à l'égard des tiers (Art 158). Il en résulte en particulier que le bailleur ne peut pas invoquer la nullité pour se soustraire à la garantie du passif du locataire.

B - EFFETS DE LA GERANCE LIBRE

191 - Effets sur le statut des parties. - D'abord, le loueur, dans la plupart des cas, était commerçant et il cesse de l'être du fait de la mise en gérance-libre. Son rôle est devenu passif, il perçoit des loyers et ne participe plus à l'exploitation du fonds. Quant au locataire-gérant, il exploite le fonds à ses risques et périls ainsi que le précise l'Art. 152 al. 1. C'est donc lui qui supporte les évolutions défavorables du chiffre d'affaires, voire la cessation des paiements. En effet, le code donne au gérant la qualité de commerçant et le soumet à toutes les obligations qui en découlent (Art 153 Al 1). Quant au propriétaire, il n'est pas commerçant en qualité de bailleur, bien qu'il soit assujetti à l'I.G.R. pour les redevances qu'il tire de la location.

192 - Effets sur les dettes d'exploitation. - Au moment de la location, les dettes du bailleur afférentes à l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal du ressort du fonds, s'il estime que la location met en péril leur recouvrement (Art 152 Al 2). L'action en

déchéance du terme doit être introduite par le créancier intéressé dans les trois mois de l'exécution des formalités de publicité de la location au bulletin officiel, à peine de forclusion.

193 - Responsabilité du bailleur en début de contrat. - Le code de commerce (Art 155) admet la responsabilité solidaire du bailleur et du gérant pour les dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds jusqu'à la publication du contrat de gérance libre et pendant un délai de six mois à compter de cette publication. Cette obligation solidaire du bailleur au passif commercial constitue pour les créanciers concernés une garantie très efficace. Elle se justifie par l'idée que les fournisseurs qui traitent avec le gérant peuvent ignorer sa véritable qualité, croire qu'il est le propriétaire du fonds ou bien le préposé de celui-ci.

Mais ce texte déroge au principe de la relativité des contrats et devrait être appliqué restrictivement, notamment en limitant la responsabilité du propriétaire au paiement des dettes qui sont nécessaires à l'exploitation du fonds. De même une autre atténuation résulte de ce que le contrat de gérance libre peut être renouvelé par tacite reconduction, et il paraît raisonnable de ne pas exiger une nouvelle publicité et de ne pas établir une nouvelle solidarité de six mois.

On remarquera que cette obligation au passif commercial ne joue pas dans le cas de contrats de gérance libre conclus par des mandataires de justice, à la double condition cependant, qu'ils aient effectué la publicité et qu'ils aient été autorisés à conclure le contrat par l'autorité qui les a investis de leur mandat (Art 156).

194 - Responsabilité du gérant en fin de contrat. - La fin de la location rend immédiatement exigibles les dettes contractées par le gérant pour l'exploitation du fonds (Art 157). La déchéance du terme a lieu de plein droit et les créanciers n'ont pas à en demander le bénéfice au tribunal.

Section 3

Opérations relatives au fonds de commerce

195 - Diversité. - En dehors de la location du fonds, qui vient d'être exposée, le fonds de commerce peut être l'objet d'autres opérations : la vente ; l'apport en société et le nantissement. La vente est le dernier acte de la vie commerciale de son exploitant, son dernier acte de commerce ; c'est une cession de la clientèle manifestée par le transfert des éléments du fonds (Voir supra n° 168). L'apport en société d'un fonds de commerce est une opération permettant de réaliser une mutation juridique et économique, qui pourrait devenir fréquente dans l'avenir. Le nantissement est au fonds de commerce ce qu'est l'hypothèque à l'immeuble. Cette opération manifeste que le fonds de commerce est un moyen de crédit.

§ 1 - La vente du fonds de commerce

196 - Réglementation. - Le fonds de commerce étant souvent le seul bien important du commerçant, sa vente clandestine ou rapide priverait les créanciers de leur gage. Le législateur a donc organisé les conditions de la vente et la protection des créanciers du vendeur. Semblable transfert suscite également l'inquiétude du vendeur et de l'acheteur. C'est pourquoi le législateur s'est également préoccupé de l'acquéreur en exigeant que le contrat contienne certaines mentions de nature à éclairer ce dernier sur la valeur du fonds et à accorder au vendeur des garanties contre une éventuelle insolvabilité de l'acquéreur de son fonds. On le voit, c'est par le formalisme que la défense des intérêts à sauvegarder est assurée. Cela vaut pour la protection des parties à la vente comme pour celle des tiers⁽⁴⁶⁾.

46- Voy. SAVARY, La pratique de la cession du fonds de commerce et ses difficultés, 27^{ème} éd. 1984.

A - PROTECTION DES PARTIES

197 - Caractère commercial. - La vente du fonds de commerce doit être considérée comme un acte de commerce à raison de l'objet du contrat. Ainsi la plupart des conditions de validité de la vente sont réglées par le Code de commerce.

a) Conditions de formation du contrat

198 - Consentement, capacité, objet et cause. - Ce sont les exigences essentielles de toute convention⁽⁴⁷⁾ qui s'appliquent à la vente du fonds de commerce.

Quant au *consentement*, on observera que le vice du consentement peut résulter de l'erreur, du dol, de la violence ou de la lésion. En effet, l'objet du contrat étant une propriété incorporelle, c'est à dire un droit de clientèle, il est facile de se tromper ou de se laisser tromper sur l'importance de cette clientèle. Ainsi l'erreur sur la valeur du fonds est prise en considération par le législateur qui accorde une réduction du prix de vente lorsque des mentions sur l'acte de vente sont inexactes (Art 82). En cas de dol, le même texte permet à l'acquéreur de demander la nullité du contrat. C'est lorsque la mention est inexacte ou inexistante, exemple l'indication d'un privilège ou d'un nantissement pris sur le fonds. Le dol est constitué dans ce cas par une simple réticence. En effet la loi fait obligation au vendeur de renseigner l'acquéreur sur certains points. Le Code admet indirectement la lésion comme vice de consentement. Cette règle est appliquée au vendeur qui ne peut pas se prévaloir de l'insuffisance du prix pour faire annuler la vente. Elle est également applicable à l'acheteur, mais celui-ci peut parfois se prévaloir de la nullité relative qui sanctionne l'omission de certaines énonciations dans l'acte de vente.

Quant à la *capacité*, elle s'apprécie du côté du vendeur et de l'acheteur. L'acquéreur du fonds va devenir commerçant.

47 - D.O.C. Art. 2

Une personne qui n'a pas la capacité de faire le commerce ne peut donc acquérir un fonds. Ainsi si la vente du fonds de commerce appartenant à un mineur par suite d'un héritage doit obéir aux conditions posées par l'article 14 du Code de commerce, l'achat d'un fonds par un mineur doit également être soumis aux conditions de ce texte, en raison de l'importance du fonds de commerce dans la composition du patrimoine. Les conditions exigées par l'article 14 concernent l'autorisation spéciale du juge qui doit être requise par le tuteur testamentaire ou datif et qui doit être inscrite au registre de commerce du tuteur (testamentaire ou datif selon le cas).

Quant à *l'objet*, il est composé de deux éléments : le fonds et le prix. La chose cédée est un fonds de commerce. Le code ne détermine pas les éléments obligatoirement compris dans le fonds de commerce, mais lorsqu'ils existent, ils doivent être mentionnés avec leur prix d'acquisition. Le vendeur ne peut prétendre vendre un fonds de commerce s'il exclut l'élément principal qui retient la clientèle. La cession du bail peut être cet élément. Cependant, le vendeur n'est pas obligé de consentir un bail à l'acquéreur si le local était sa propriété. C'est pourquoi l'article 81 n'envisage le droit au bail que s'il existe.

Quant à *la cause* entendue comme le motif de la vente, c'est sa conformité à l'ordre public et aux bonnes moeurs qui doit être vérifiée.

199 - Le prix de vente. - Il résulte de la négociation entre les parties. Le prix peut être global, mais s'il n'est pas payé au comptant, il faut, pour la conservation du privilège du vendeur, et donc des droits des créanciers de ce vendeur, fixer trois prix différents pour les éléments incorporels, pour le matériel et pour les marchandises (Art. 91).

Le prix est déterminé ou déterminable, mais il suscite des difficultés au regard de son caractère sincère. La dissimulation d'une partie du prix est pratiquée dans les

ventes de fonds, tant pour diminuer le montant des droits de mutation que pour soustraire une partie du prix aux créanciers d'un vendeur insolvable. Pour éviter cette dissimulation, le dahir du 24 décembre 1958 formant Code de l'enregistrement, applicable à la vente du fonds de commerce comme à celle des immeubles, sanctionne la dissimulation du prix par la nullité de la contre-lettre, c'est à dire l'acte secret qui contient le prix dissimulé ou une reconnaissance de dette. L'acte réel, c'est à dire l'acte de vente reste valable. La nullité de la contre-lettre est d'ordre public. Ainsi le vendeur ne peut réclamer le complément du prix et l'acquéreur qui a payé une partie du prix dissimulé ne peut se le faire restituer. Par ailleurs, l'article 15 du dahir visé sanctionne toute dissimulation dans le prix d'une amende représentant le 1/4 de la somme dissimulée. En outre, le Code de commerce permet aux créanciers opposants ou inscrits de faire une surenchère du 1/6 du prix principal, non compris le matériel et les marchandises (Art 94).

200 - Les formes de la vente. - La vente est un contrat consensuel et d'après l'article 334 du Code, la vente commerciale peut être prouvée par tous modes de preuve. Cependant, l'article 81 impose l'insertion de certaines énonciations dans l'acte de vente. Il en résulte que la rédaction d'un acte est indispensable pour la formation du contrat.

Cette disposition légale n'est pas sanctionnée par la nullité absolue qui est la sanction d'une règle de forme. C'est une nullité relative car elle ne peut être demandée que par l'acquéreur et dans le délai relativement court d'une année à compter de la date de l'acte (Art 82). De plus aucun acte notarié n'est imposé pour la validité du contrat. Donc la preuve de la vente du fonds de commerce peut résulter d'un simple échange de lettres. Mais l'écrit doit toutefois être dressé pour permettre la publicité et l'inscription de l'acte au registre du commerce (Art 83). Il est également indispensable pour l'inscription du privilège du vendeur, si le prix n'est pas payé au comptant (Art 91).

201 - Les mentions obligatoires. - La loi (Art 81) prescrit l'insertion dans l'acte de cession d'une série de mentions qui sont destinées à renseigner l'acquéreur sur la valeur réelle du fonds. Ces mentions sont exigées dans toute cession amiable de fonds ainsi que dans l'apport en société. Le vendeur est tenu d'énoncer : 1°) le nom du vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition, le prix avec décomposition de ses trois éléments : incorporels, marchandises et matériel ; 2°) l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ; 3°) le bail, sa date et sa durée, ainsi que le nom et l'adresse du bailleur ; 4°) l'origine de la propriété du fonds (date, nom du précédent vendeur, prix, sauf si le fonds a été créé par le vendeur lui-même).

202 - Les sanctions des conditions de forme. - Au cas d'omission l'acquéreur peut demander la nullité de l'acte de vente dans l'année du jour où il a été passé (Art 82). La sanction consiste donc dans la nullité relative enfermée dans un délai d'un an. Bien qu'il s'agisse d'une règle de forme, la loi a organisé la nullité en vue de la protection de l'acquéreur. Le délai d'un an est un délai préfix, qui n'est susceptible ni d'interruption, ni de suspension. La loi sanctionne différemment l'omission des énonciations et les inexactitudes, lesquelles autorisent l'acquéreur à demander, dans l'année, une réduction du prix à condition que l'inexactitude lui ait causé un préjudice. Mais si l'inexactitude est telle que s'il en avait eu conscience il n'aurait pas contracté, il pourra solliciter l'annulation de la vente, d'où une restitution du prix contre une restitution du fonds.

b) Exécution du contrat

1°) GARANTIES DUES PAR LE VENDEUR

203 - Outre l'obligation de délivrance du fonds, qui résulte comme on le verra de la publicité des mutations, le vendeur a des obligations de garanties. L'une d'entre elles a

déjà été examinée, celle concernant l'exactitude des mentions obligatoires (Voir supra n° 193). Il en est d'autres. Le vendeur doit la garantie de son fait personnel, la garantie d'éviction et des vices cachés. Ce sont là des règles de droit commun qu'il faut transposer à la vente du fonds de commerce.

204 - Garantie du fait personnel. Clause de non rétablissement. - Cette garantie consiste à ne rien faire qui puisse troubler l'acquéreur dans l'exercice des droits qui lui ont été transmis. Comme il s'agit d'un droit de clientèle, le vendeur a l'obligation de ne pas détourner la clientèle du fonds. Il ne s'agit pas là de concurrence déloyale, mais d'une obligation contractuelle qui rend illicite toute concurrence déloyale faite à l'acquéreur. En effet le vendeur a l'obligation de ne pas se rétablir dans des conditions telles qu'il pourrait conserver une partie de son ancienne clientèle, par quelque moyen que ce soit.

Il est cependant impossible de lui interdire toute activité commerciale. C'est pourquoi il est nécessaire de déterminer l'étendue dans le temps et dans l'espace de cette interdiction. Pour cela les parties insèrent souvent dans le contrat une clause de *non-rétablissement* qui est valable si elle est limitée dans un secteur d'activité et dans un espace ou dans le temps. Elle s'oppose à ce que le vendeur fasse, lui-même ou par prête-nom, un commerce semblable à celui qu'il exerçait.

205 - Garantie d'éviction. - La garantie d'éviction interdit au vendeur d'entraver la jouissance de l'acquéreur et, notamment, de vendre une seconde fois le même fonds ou de le mettre en location. La chose est dans ce cas atteinte d'un vice juridique, c'est à dire que le vendeur n'en avait pas la pleine propriété. Mais il y a fort peu d'application pratique. Il faudrait qu'un tiers prétende avoir un droit sur le fonds vendu ou sur l'élément essentiel du fonds, dont l'éviction entraînerait la disparition du fonds, par exemple un brevet d'invention. Par cette garantie, le vendeur doit faire le nécessaire pour faire cesser le trouble créé à l'acquéreur.

206 - Garantie des vices cachés. - Cette garantie existe dans toutes les ventes et il faut apprécier le vice d'après la nature de la chose vendue. L'objet de la vente étant les éléments de nature à retenir la clientèle, on ne saurait retenir les vices affectant seulement un des éléments vendus, par exemple l'outillage. Il faut que le vice caché soit de nature à diminuer la clientèle. Ainsi le prix serait-il réduit ou la vente résolue si le fonds est atteint d'un vice le rendant impropre à l'usage auquel il était destiné : servitude d'alignement obligeant, à terme, à détruire le fonds⁽⁴⁸⁾, mesure administrative de fermeture, connue du vendeur mais tue à l'acheteur⁽⁴⁹⁾.

2°) PAIEMENT DU PRIX PAR L'ACQUÉREUR

207 - L'acquéreur qui est tenu de payer le prix au comptant doit attendre l'expiration du délai donné aux créanciers du vendeur pour faire opposition, car tout paiement anticipé serait inopposable à ceux-ci (Art 89). Le montant de la vente est donc déposé chez un intermédiaire (notaire ou agent d'affaires) qui le conserve jusqu'à expiration du délai d'opposition. Cet intermédiaire doit être dûment habilité à conserver le dépôt (Art 81). Lorsque le paiement du prix se fait à crédit, l'acquéreur peut régler le prix de vente en signant des billets à ordre à échéances successives. Ils permettent au vendeur de mobiliser sa créance en les faisant escompter auprès de sa banque.

208 - Privilège du vendeur. - Dans le cas d'une vente à tempérament, le législateur accorde au vendeur des garanties pour le paiement du prix : il bénéficie d'un *privilège* sur le fonds qui suppose une formalité, à savoir son inscription dans les quinze jours de la vente (Art. 92). En vertu de ce privilège, le vendeur du fonds prime les créanciers de l'acquéreur ayant obtenu un nantissement sur le fonds

48 - Voir Cass. civ. 3, 3 décembre 1974, RTDcom. 1975, 802, n° 32.

49 - Voir Montpellier, 27 mars 1980, D. 1980, Inf. rap. 556.

acheté. Que le fonds soit revendu par l'acheteur ou saisi et vendu judiciairement par les créanciers nantis de ce dernier, le vendeur initial, qui n'a pas été intégralement payé du prix, récupérera la valeur de sa créance sur le prix de vente du fonds, et ce, avant les autres créanciers. Le privilège dûment inscrit confère au vendeur un droit de préférence et un droit de suite. Ce privilège est particulièrement efficace puisqu'il vaut même en cas de " faillite " du débiteur.

Mais le privilège ne porte pas indifféremment sur tous les éléments du fonds de commerce. Le code organise ce privilège par le sectionnement du prix de vente en trois parties. Le privilège couvre successivement la partie du prix représentative des marchandises, puis celle afférente au matériel et enfin celle relative aux éléments incorporels (Art. 91). Ainsi, le prix payé par l'acheteur s'impute en premier sur les marchandises, en second lieu sur le matériel et en troisième lieu sur les éléments incorporels. En fin de période de paiement, le privilège ne joue donc plus que sur les éléments incorporels et si le fonds est vendu judiciairement, ce n'est que sur la partie du prix représentative des éléments incorporels que le privilège pourra être exercé.

209 - Action résolutoire de la vente. - Au privilège s'ajoute, pour le vendeur impayé, une autre protection, la faculté d'obtenir la résolution de la vente. Mais cette faculté est conditionnée par l'inscription du privilège, publicité de nature à informer les tiers (Art. 99). Dès lors, si le débiteur ne paie pas aux échéances convenues et si le créancier, vendeur du fonds, avait pris soin d'inscrire le privilège, il pourra solliciter la résolution de la vente⁽⁵⁰⁾. Pour éviter les délais inhérents à une action en justice, les contrats comportent souvent une clause résolutoire. La résolution (judiciaire ou conventionnelle) emporte restitution du fonds et remboursement de la fraction du prix payée. Selon une

50 - Voir M. CABRILLAC, Problèmes de la résolution de la vente d'un fonds de commerce que l'acquéreur ne peut achever de payer, D. 1965, 355.

jurisprudence en France, les moins-values éventuelles acquises par le fonds ne sont pas à la charge de l'acquéreur (Cass.com. 20 juin 1978, JCP, 79, éd. CI, 13162).

210 - Conditions de l'action en résolution.- Tout d'abord cette action ne peut être admise sans que les créanciers soient avertis de son existence. Le Code de commerce a donc imposé sa notification aux créanciers inscrits sur le fonds (Art 101). Cette notification aux créanciers inscrits est également exigée en cas de résolution de plein droit résultant d'une clause du contrat ou si le vendeur obtient de l'acquéreur la résolution à l'amiable. La résolution encourue ou consentie ne deviendra définitive que trente jours après la notification ainsi faite (Art. 102).

En outre l'action résolutoire doit être limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui font partie de la vente (Art 99). Autrement dit, elle est limitée aux seuls éléments sur lesquels porte encore un privilège. En effet si les paiements partiels faits par l'acquéreur ont permis de payer les marchandises et une partie du matériel, le privilège du vendeur est éteint pour les marchandises et est partiel pour le matériel.

211 - La résolution emporte restitution du fonds. - Le vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du fonds de commerce qui font partie de la vente, même ceux sur lesquels son privilège et son action sont éteints. La résolution pose cependant quelques difficultés, car les éléments du fonds ne sont plus toujours les mêmes et l'activité personnelle de l'acquéreur a pu les modifier sensiblement. L'article 100 décide que le vendeur est comptable du prix des marchandises et du matériel existant au moment de sa reprise de possession d'après l'estimation qui en est faite. Mais il peut compenser de façon séparée pour chaque élément le prix qu'il doit régler avec ce qui lui restait dû par privilège sur ces éléments. Quant aux éléments incorporels, la loi ne dit rien mais il faudrait admettre que le vendeur doit

les reprendre au prix fixé par le contrat de vente même si leur valeur a diminué.

B - PROTECTION DES TIERS

212 - Publicité de la vente du fonds de commerce. -

La vente intervient alors que les créanciers du vendeur ont des droits sur le fonds de commerce en garantie du paiement de leur créance. Il en est ainsi du vendeur précédent non encore payé et qui a fait inscrire son privilège, du banquier qui a un nantissement sur le fonds de commerce pour garantie du prêt consenti au vendeur, du fournisseur ayant vendu avec réserve de propriété, de la société de crédit bail.... Tous ces créanciers ont avantage à être informés de la cession. Ainsi la publicité de la vente du fonds de commerce a un rôle entièrement différent de celui de la publicité foncière. Elle est imposée par la loi pour protéger les créanciers du vendeur, notamment ceux qui ne disposent d'aucune garantie de leur créance, en leur permettant de faire opposition pour empêcher le vendeur de toucher le prix.

213 - Formes de la publicité. - L'acte de vente doit au préalable être enregistré pour avoir date certaine. Il doit être ensuite déposé dans les quinze jours de sa date au Secrétariat Greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le fonds de commerce. Cet acte est inscrit sous forme d'extrait au registre du commerce par les soins du secrétaire-greffier, qui procède également, aux frais des parties, à son insertion au Bulletin Officiel et dans un journal d'annonces légales. Mais cette publication doit être renouvelée par l'acquéreur entre le 8^{ème} et le 15^{ème} jour après la première insertion (Art 83).

L'absence ou l'irrégularité de la publicité n'a pas d'influence sur la validité de la vente et le transfert de propriété. Mais elle comporte une sanction très efficace édictée par l'article 89. En effet l'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir effectué les publications prescrites, ou avant l'expiration du délai de 15 jours ouvert aux créanciers

pour faire opposition, n'est pas libéré à l'égard des tiers. Il sera donc obligé de verser une seconde fois le prix de vente. Autrement dit la défaut de publicité rend la vente inopposable aux créanciers du vendeur ; le fonds est encore censé lui appartenir.

214 - Opposition et surenchère des créanciers. - Les créanciers du vendeur ont un droit exceptionnel. Lorsqu'ils sont avertis par la publicité, ils possèdent un double droit :

- faire opposition pour empêcher le vendeur de toucher le prix (Art 84)
- faire une surenchère du 1/6 du prix s'ils estiment que le fonds a été vendu à un prix trop bas (Art 94).

Le premier de ces droits s'écarte du droit commun en ce que le législateur a fixé un délai pendant lequel le prix ne pourrait être payé, facilitant ainsi l'opposition. Le second, emprunté à la procédure de purge des hypothèques, est exceptionnel car il est accordé à un créancier chirographaire.

215 - L'opposition. - L'opposition ne confère aucun privilège aux premiers opposants, elle leur permet cependant de demander au juge des référés de séquestrer la partie du prix correspondant à leur créance. De plus, elle peut déboucher sur la surenchère. Mais quelle que soit l'utilité recherchée, deux exigences doivent être satisfaites, de *forme*: l'opposition au paiement du prix doit être faite soit par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception au secrétariat greffe du tribunal qui a reçu l'acte de vente, soit par le dépôt de l'opposition auprès dudit secrétariat contre récépissé ; de *délai* : opposition dans les 15 jours de la seconde insertion faite par l'acquéreur au bulletin officiel et au journal d'annonces légales. L'acte doit indiquer, à peine de nullité, le montant de la créance réclamée et la cause de cette créance et contenir une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

Tout créancier du vendeur, que sa créance soit civile ou commerciale, qu'elle soit ou non exigible peut faire opposition

au prix de vente. La loi a entendu protéger spécialement les créanciers chirographaires qui ont fait opposition. Pour les créanciers inscrits, protégés du fait de leur inscription, ils peuvent également invoquer ces dispositions mais sans avoir à justifier d'une opposition. Une restriction concerne le bailleur qui peut faire opposition pour les loyers échus, mais non pour les loyers en cours ou à échoir, nonobstant toute stipulation contraire (Art 84 al 3).

Par ailleurs, les créanciers ne sont pas obligés d'attendre que le délai de quinze jours coure. Ils peuvent faire opposition dès qu'ils ont connaissance de la vente par la première publicité faite par les soins du secrétaire-greffier.

Au cas d'apport en société, les créanciers de l'apporteur n'ont pas à faire opposition. Il se bornent à déclarer au secrétariat greffe du tribunal leur qualité et le montant de leur créance. Le greffier leur délivre un récépissé de leur déclaration (Art 104).

216 - Effets de l'opposition. - Pendant le délai de quinze jours donné aux créanciers, l'acquéreur ne peut pas payer valablement son prix au vendeur. En effet, comme on l'a déjà dit, tout paiement d'une partie ou de la totalité qui sera fait par l'acquéreur ne sera pas opposable aux créanciers qui se sont fait connaître pendant le délai d'opposition.

Mais le vendeur ne peut pas attendre que le tribunal se prononce sur les oppositions pour toucher le prix surtout lorsque les créances sont dérisoires, voire inexistantes. Il peut donc se pourvoir en référé dans un délai de dix jours après le délai fixé pour les oppositions, pour obtenir l'autorisation de toucher le prix malgré l'opposition. Le juge des référés lui accorde cette autorisation si l'acquéreur mis en cause lui déclare formellement, et sous sa responsabilité personnelle, qu'il n'existe pas d'autres créanciers opposants (Art 87). Mais le vendeur doit verser au tribunal une somme suffisante pour répondre éventuellement des causes de l'opposition (Art 85). D'autre part, l'acheteur n'est pas libéré

du prix à l'égard des autres créanciers opposants antérieurs à l'ordonnance, s'il en existe (Art 87).

Les sommes déposées seront affectées spécialement à la garantie des créances pour sûreté desquelles l'opposition a été faite. Il leur sera attribué un privilège exclusif sur le dépôt, mais sans que ces créanciers n'acquièrent le droit d'être payés par préférence. En effet, ils n'ont pas de privilège par rapport aux créanciers négligents (Art 86).

Par ailleurs, en cas d'abus d'opposition, c'est à dire si l'opposition est faite sans titre et sans cause, ou si elle est nulle en la forme, le vendeur peut se pourvoir en référé pour obtenir l'autorisation de toucher le prix malgré l'opposition. Mais le président du tribunal n'est compétent dans ce cas que s'il n'y a pas d'instance engagée au principal (Art 88).

217 - Le droit de surenchère. - Ce droit permet au créancier ayant fait opposition de demander la vente publique du fonds avec une mise à prix supérieure de un sixième du prix de la vente initiale. Le matériel et les marchandises ne sont pas compris ; la surenchère se calcule donc uniquement sur la valeur des éléments incorporels (Art 94). Les créanciers sont ainsi protégés contre le concert frauduleux de l'acheteur et du vendeur s'accordant officiellement sur un prix très bas, dont le montant est insuffisant pour satisfaire les créanciers.

218 - Les formalités. - Pendant un délai de trente jours (Art 93) suivant la dernière en date des publications, une expédition de l'acte de vente est tenue, au domicile élu, c'est à dire le secrétariat greffe du tribunal qui a reçu l'acte, à la disposition de tous les créanciers opposants ou inscrits. Le délai de trente jours est franc. Comme le délai d'opposition est de quinze jours, l'opposant qui a attendu le dernier jour a encore quinze jours pour surenchérir. En prenant communication de l'acte de vente et des oppositions, tous les créanciers inscrits ou qui ont fait opposition (créanciers

chirographaires) ont le droit de demander que le fonds soit vendu en justice sur leur surenchère (Art 94).

La procédure et les effets de la surenchère sont réglés comme en matière de purge (Art 143 à 150). En principe le droit de purge n'appartient qu'aux créanciers hypothécaires en matière immobilière. Il est donné ici aux créanciers chirographaires dès qu'ils y ont intérêt, c'est à dire dès que le prix ou la partie du prix payable comptant ne suffit pas à les désintéresser.

Mais l'existence de ce droit de surenchère a surtout un caractère préventif, car le créancier ne peut, en fait, surenchérir que s'il est disposé à acquérir un fonds de commerce et s'il peut le faire. En effet, l'arme de la surenchère est à double tranchant car si, lors de la vente publique, aucun enchérisseur ne se présente, c'est le créancier ayant provoqué la mise en vente qui sera déclaré acquéreur⁽⁵¹⁾.

§ 2 - L'apport à la société d'un fonds de commerce

219 - Les différences entre l'apport et la vente du fonds. - L'apport et la vente du fonds sont deux opérations de même nature ; dans les deux cas la propriété du fonds est transmise à titre onéreux. Mais il existe des différences. Elle portent sur le mode de rémunération : la vente suppose le paiement d'un prix alors que l'apport est rémunéré par l'attribution de parts sociales ou d'actions au profit de l'apporteur. De l'absence de versement d'un prix découle tout l'intérêt de cette étude.

51 - Sur ce procédé, voir A. COHEN, Les conditions de recevabilité de la surenchère du sixième, JCP 54, II, 8044.

A - EVALUATION DE L'APPORT

220 - Les biens doivent être susceptibles d'une évaluation pécuniaire et doivent pouvoir être exploités commercialement. Les apporteurs doivent prévoir l'insertion des dispositions des dits apports dans les statuts. La loi prévoit l'intervention de commissaires aux apports chargés d'établir le rapport sur l'évaluation des apports : procédure obligatoire dans la société anonyme et facultative, sauf les exceptions, dans la SARL pluripersonnelle (Art. 53).

Cette évaluation doit être faite à la date de la constitution de la société. Dans le cas d'une société anonyme, il faudrait distinguer ensuite entre la société qui fait ou non appel public à l'épargne. Dans le cas d'une S.A.R.L., lorsque le commissaire aux apports n'est pas obligatoire, il faudra éviter de constituer la société avant de désintéresser les créanciers.

Mais dans tous les cas, qu'il s'agisse de la SARL ou de la SA, il convient d'examiner chaque cas et d'établir l'élément déterminant du fonds. Ainsi, par exemple, si cet élément est un droit au bail, ce droit est soumis aux conditions du dahir de 1955 :

- Si le propriétaire du fonds n'est pas propriétaire du local, l'apport est constitué par un " droit au bail ", mais à condition que ce droit existe juridiquement : La location doit être d'une durée de deux ans lorsque le contrat est à durée déterminée et de quatre ans pour le contrat à durée indéterminée. Si ces conditions ne sont pas remplies, la société devra les remplir.
- Si le propriétaire du fonds est propriétaire du local, il doit donner un droit au bail à la société (qui constitue son apport). S'il transfère le local, il fait deux apports : le fonds de commerce et le bail.

L'apport en nature peut être fait en propriété. Mais le transfert de la propriété n'est opposable aux tiers qu'à

compter de l'accomplissement de certaines formalités de publicité. En outre, l'apport reste grevé des sûretés constituées sur le bien, par exemple, une hypothèque ou un nantissement. Il peut être fait en jouissance et l'apport en jouissance d'un fonds de commerce est possible. Dans ce cas, l'apporteur conserve la propriété de son bien et concède à la société, en échange de parts sociales, un droit de jouissance analogue à celui d'un locataire. L'obligation de l'apporteur n'est pas réalisée instantanément comme au cas d'apport en propriété ; l'apport est successif et les risques ne sont pas transférés à la société.

B - JUSTIFICATIONS DE L'APPORT EN SOCIETE

221 - Les préoccupations justifiant la mise en société sont différentes dans le cas d'un apport fait à une société pluripersonnelle ou à une société unipersonnelle.

Dans le cas d'une société pluripersonnelle, le commerçant se met en société avec d'autres. C'est une transformation d'une structure individuelle en une structure sociale. Cette transformation peut être inspirée par des préoccupations juridiques : Le commerçant entend limiter sa responsabilité et soustraire son patrimoine personnel (familial) aux risques de l'exploitation ; financières : pour développer son affaire en se donnant la possibilité de recourir à des capitaux extérieurs ; fiscales : Il entend consacrer une part importante de ses bénéfices à l'autofinancement, soumettre sa rémunération au régime fiscal des traitements et salaires.

Dans le cas d'une société unipersonnelle, structure qui a été instituée par la nouvelle loi pour permettre aux commerçants (et artisans) individuels d'isoler leur patrimoine personnel (familial) par rapport aux biens affectés à l'exploitation, l'apport d'un fonds de commerce permet au commerçant de limiter sa responsabilité envers les tiers. Mais il faut bien savoir que dans ce cas la limitation de responsabilité sera difficile à atteindre : les banques exigent

et continueront à exiger un engagement personnel de caution de l'associé unique comme des gérants de SARL à faible actif social.

L'apport en société, sauf s'il résulte d'une fusion ou d'une scission entre S.A.ou/et S.A.R.L, doit faire l'objet des mêmes mesures de publicité que la vente d'un F.C.

C - REGIME JURIDIQUE DE L'OPERATION

222 - Il relève à la fois du droit des sociétés et des règles régissant le fonds de commerce. En effet les intérêts à protéger sont nombreux : ceux de la société et ceux des créanciers du fonds. Ainsi, pour éviter toute surévaluation qui lèserait les apporteurs en argent ou induirait les tiers en erreur sur la surface financière de l'entreprise, on appliquera les règles du droit des sociétés relatives aux apports en nature (Art. 53 pour la S.A.R.L et Art. 24 et 25 pour la société anonyme).

223 - La publicité légale. - L'acte qui constate l'apport (les statuts de la société) doit contenir les mêmes mentions que l'acte de vente (Art 81), pour protéger les autres associés. Les sanctions sont identiques à celles qui frappent les ventes irrégulières de fonds de commerce (Art 82). Ainsi toutes les règles édictées en faveur des acheteurs de fonds de commerce sont applicables ici. L'apport d'un fonds de commerce à une société doit notamment être publié dans les conditions définies à l'Art 83 : dépôt de l'acte au greffe dans les quinze jours de sa date ; un extrait de cet acte doit être inscrit au registre du commerce (dans cet extrait doivent être mentionnés le nom de l'ancien propriétaire, le prix, l'origine de la propriété du fonds, l'indication du délai de l'Art 84 pour les oppositions..) ; cet extrait doit être publié au Bulletin Officiel et dans un journal d'annonces légales, publicité qui doit être renouvelée par l'acquéreur entre le huitième et le quinzième jour de la première insertion.

224 - L'option des associés. - Les associés ont une option en application de l'Art 105. Ils peuvent accepter ou

refuser la reprise du passif déclaré. Ils ont trente jours pour se prononcer. S'ils ne disent rien, la société sera tenue solidairement avec l'apporteur pour les créances commerciales et civiles. En effet la société supporte alors le passif qui, on le sait, ne se transmet pas normalement avec le fonds de commerce, puisqu'il n'existe pas de cession des dettes.

Aussi les associés peuvent-ils former, dans le délai de trente jours qui suivent la seconde insertion, une demande d'annulation de l'apport (s'il a été fait à une société déjà constituée) ou de la société (si le fonds est apporté à une société qui se constitue). Si satisfaction leur est donnée, la dette demeure alors personnelle au propriétaire du fonds de commerce. Mais dans le cas de la société qui se constitue par l'apport, l'annulation est difficile à obtenir car la société devient débiteur solidaire : elle acquiert le fonds avec son passif déclaré. D'où il conviendrait de désintéresser les créanciers avant de constituer la société, surtout lorsqu'il n'y pas de commissaire aux apports.

Dans le cas d'un apport fait à une société unipersonnelle, il y a moins de danger pour les créanciers de l'apporteur. Tout créancier non inscrit de l'apporteur peut déclarer sa créance pendant les quinze jours après la seconde publicité faite par le commerçant-acquéreur, mais l'associé, unique par hypothèse, n'est pas en mesure de demander l'annulation de la société ou l'annulation de l'apport : la société est donc tenue nécessairement et de manière solidaire du passif qui a été déclaré. En somme la dissociation voulue par la loi entre le passif professionnel et le passif personnel ne peut jouer que pour l'avenir dans ce cas.

§ 3 - Le nantissement du fonds de commerce

225 - Généralités. - Le nantissement du fonds de commerce a été créé comme une hypothèque mobilière, c'est à dire, un gage sans dépossession du débiteur. Cette garantie

confère au banquier prêteur un privilège sur le fonds. C'est une sûreté réelle organisée sur le modèle de l'hypothèque grâce à la publicité que la stabilité relative du fonds rend possible. Le nantissement permet au commerçant d'obtenir plus facilement des crédits, des fournisseurs ou du banquier, et ces derniers protègent leur créance par la sûreté qui leur est consentie.

Le débiteur propriétaire du fonds continue d'exploiter celui-ci et sa gestion n'est pas entravée par l'existence du nantissement, le créancier n'a aucun regard sur l'exploitation. En revanche, il a un droit de préférence et un droit de suite, d'où l'obligation de l'informer des changements juridiques affectant le fonds.

Cette observation vaut pour le nantissement judiciaire, accordé par les juges à un créancier en garantie de sa créance, comme pour le nantissement conventionnel, librement arrêté entre les parties et qui sera seul examiné ci-dessous.

A - CONSTITUTION DU NANTISSEMENT

226 - Conditions. - La première tient à l'existence d'un fonds appartenant au débiteur ; cette exigence renvoie aux solutions déjà exposées à propos de la notion de fonds de commerce (Voy. supra n° 167) ; on en déduit que le titulaire d'un emplacement intégré dans un centre commercial et dépourvu de toute autonomie de gestion (Voy. supra n° 168) est dans l'impossibilité de donner son fonds en nantissement, comme il est exclu, d'ailleurs, de la propriété commerciale. Le fonds doit évidemment appartenir à celui qui le place en garantie. Ainsi, il ne peut être consenti par le locataire gérant. La deuxième condition concerne l'objet du nantissement. Ce point est l'un des plus délicats. Retenons d'abord que tous les éléments du fonds ne sont pas affectés par le nantissement ; sont ainsi exclus : les marchandises (Art 107). Ensuite, les parties au contrat de nantissement ont

la faculté de cantonner celui-ci à certains éléments du fonds ; la loi apporte à cet égard quelques précisions :

1°) A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte, le nantissement ne comprend que *le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage* (Art. 107 al. 3). Nous avons indiqué que la clientèle est un élément essentiel sans lequel il n'y a pas de fonds. Quant au droit au bail, il peut être remplacé par l'indemnité qui serait accordée pour défaut de renouvellement du bail. Si le commerçant est en même temps propriétaire de l'immeuble où le fonds est exploité, le nantissement ne comprend pas de *droit au bail*, ce qui en réduit sensiblement la valeur ; peu importe qu'ultérieurement le commerçant vende son fonds et concède un bail à l'acquéreur, car l'assiette du nantissement est appréciée à la date où il est consenti. Inversement, si le commerçant était locataire lors de la constitution du nantissement et a ultérieurement acheté l'immeuble, le nantissement continue de porter sur le droit au bail qui a sans doute disparu par confusion lors de l'achat de l'immeuble, mais qui renaît lorsque la confusion cesse par suite de la saisie et de la vente du fonds.

2°) Certains éléments doivent faire l'objet d'une stipulation expresse pour être compris dans le nantissement. Il s'agit du *matériel et l'outillage* parfois difficile à distinguer des marchandises, à la condition qu'ils ne soient pas immeubles par destination ; des brevets d'invention sous la condition d'une spécification et d'une inscription prise à l'Office Marocain de la Propriété Industrielle et Commerciale (OMPIC).

227 - Formes et publicité. - Le nantissement doit être constitué par un acte écrit, car il est nécessaire de déposer l'acte au greffe du tribunal. Cet acte peut être authentique ou sous seing privé.

Comme le privilège du vendeur, il doit être inscrit dans les quinze jours de sa date au registre du commerce. Cette

inscription doit être faite pas les soins du créancier gagiste et elle n'est pas soumise à la publication dans les journaux.

B - LES EFFETS DU NANTISSEMENT

228 - Droits des créanciers. - A l'égard des créanciers chirographaires antérieurs du commerçant, l'article 111 alinéa 5 de la loi dispose que l'inscription du nantissement peut rendre exigibles leurs créances qui ont pour cause l'exploitation du fonds. Quant aux créanciers nantis, qui bénéficient d'une sûreté réelle que confère le nantissement, le législateur a dû prendre des mesures contre l'action nocive du débiteur, par laquelle il peut détruire le gage en déplaçant le fonds ou en dispersant les éléments ou en résiliant le bail. Le législateur attache au nantissement comme au privilège du vendeur non seulement le droit de préférence et le droit de suite qui sont les prérogatives normales de toute sûreté mais aussi le droit de s'opposer à la dépréciation du fonds de commerce. Les mêmes dispositions concernent ainsi le créancier nanti et le vendeur privilégié qui sont les créanciers " inscrits ".

229 - Déplacement du fonds. - Il est certes impossible d'interdire tout déplacement de fonds car le commerçant peut avoir intérêt à changer de local. Mais le débiteur (acquéreur du fonds ou propriétaire originaire) peut éloigner son fonds pour le disperser hors de la surveillance de ses créanciers. Il peut même recueillir une indemnisation occulte de ses concurrents, qui recueillent sa clientèle du fait de son départ.

La loi l'oblige dans ce cas à faire connaître aux créanciers inscrits son projet de déplacement quinze jours avant de le réaliser et d'obtenir leur consentement (Art 111). Si les créanciers ne sont pas informés, les créances inscrites deviennent de plein droit exigibles. S'ils sont informés et refusent leur consentement, le déplacement peut rendre leur créance exigible lorsqu'il en résulte une dépréciation du fonds (Art 111 al.4).

Les créanciers qui consentent au déplacement doivent, dans les quinze jours, faire mentionner le nouveau siège du fonds en marge de leur inscription existante. Si le fonds a été transféré dans un autre ressort, ils doivent faire reporter à sa date l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège sur le registre du tribunal de ce ressort (Art 111 al 2).

En cas d'omission de ces formalités, les créanciers peuvent être déchus de leur privilège s'il est établi que par négligence un préjudice en a résulté pour les tiers (Art 111 al 3).

230 - Résiliation du bail. - Des mesures particulières ont été prises par le législateur contre la perte du droit au bail à cause de l'importance particulière de cet élément dans le fonds de commerce. Le propriétaire qui demande la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce grevé d'inscription, doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits au domicile par eux élu dans leurs inscriptions. Le jugement ne peut être rendu que 30 jours après la notification (Art 112). Ce délai permet aux créanciers d'intervenir et au besoin d'accomplir à la place du locataire défaillant les obligations nées du bail. A défaut de notification, les créanciers peuvent agir en dommages et intérêts contre le bailleur et faire tierce opposition contre la décision ordonnant la résiliation du bail. La même notification doit être faite au cas de résiliation amiable. Le législateur s'est méfié d'une collusion entre le bailleur et son locataire commerçant.

La loi n'a pas prévu le jeu de la clause de résiliation de plein droit contenue fréquemment dans les baux, pour le cas de défaut de paiement du loyer, afin d'éviter l'action en justice. Mais dans la mesure où une telle clause vaut résiliation amiable acceptée à l'avance par les deux parties, la notification est donc imposée même dans ce cas, sans quoi la clause aurait pour effet de détruire la règle légale.

231 - Droit de préférence. - Les créances privilégiées qui peuvent grever le fonds obéissent à un classement légal,

c'est à dire un ordre de priorité entre elles, permettant de payer chacune selon son rang par préférence. Mais lorsque le créancier nanti met en vente le fonds grevé, soit pour défaut de paiement de sa créance par le propriétaire du fonds, soit pour vente du fonds par l'acquéreur lorsque le nantissement du fonds a été consenti à celui-ci, il faudra tenir compte de toutes les créances inscrites sur le fonds : celles du chef du propriétaire, du vendeur et de l'acquéreur, auxquelles s'ajoutent les privilèges généraux.

Le classement des privilèges est légalement établi. Certains privilèges sont prioritaires, d'autres sont classés d'après leur date d'inscription.

- Pour les premiers, il s'agit notamment des privilèges généraux : les parts insaisissables des salaires, les frais de justice, les créances du Trésor. A notre avis, les privilèges généraux ne doivent passer qu'après les créanciers inscrits, sauf en ce qui concerne la justice. En effet, il faut tenir compte du service qu'a rendu le créancier nanti (de garantir la créance des salaires et du Trésor) et de la perte du vendeur (qui n'a pas encore été payé du prix du fonds). En tout cas, en ce qui concerne la créance du fisc cette priorité enlève une grande part de son intérêt au nantissement du fonds de commerce et compromet le crédit du commerçant tant qu'elle n'est pas prescrite.
- Pour les seconds, il peut exister des créanciers inscrits du chef du vendeur avant la vente du fonds (un nantissement par exemple), ainsi que le privilège du vendeur s'il est inscrit dans le délai légal, c'est à dire dans les quinze jours de la date de l'acte de vente (Art 92). Le vendeur prime tous les créanciers privilégiés inscrits du chef de l'acquéreur pendant ce délai. Normalement ces derniers ne peuvent être inscrits qu'après le vendeur à cause des formalités de mutation. Cette inscription concerne généralement les nantissements qui prennent rang à la date de

l'inscription du gage, ou s'ils sont inscrits le même jour, ils viennent en concurrence.

Toutes ces créances, qui viennent d'être énumérées, ne grèvent pas dans tous les cas un fonds de commerce, mais il est nécessaire d'en tenir compte pour apprécier l'étendue des droits qu'a sur le fonds le créancier nanti.

232 - Droit de suite. - Le privilège du vendeur et le nantissement suivent le fonds en quelque mains qu'il passe. Même si le fonds a été vendu, les créanciers inscrits antérieurement peuvent donc le saisir et le faire vendre judiciairement pour se payer sur le prix. Ils n'ont pas à faire opposition entre les mains de l'acheteur ; c'est à l'acheteur, dans les trente jours de la sommation de payer qui lui est adressée, de procéder à la " purge " des inscriptions en offrant le prix selon une procédure inspirée de la purge des hypothèques (Art. 122). Si un créancier inscrit estime ce prix insuffisant, il peut faire une surenchère du dixième, calculée sur la valeur des éléments incorporels (Art. 123). La vente judiciaire du fonds de commerce opère purge de plein droit des créances inscrites et aucune surenchère n'est alors possible (Art. 121).

233 - Vente forcée du fonds. - C'est une sorte de saisie du fonds de commerce. Huit jours après sommation de payer demeurée infructueuse, les créanciers inscrits peuvent demander au tribunal d'ordonner la vente du fonds de commerce aux enchères publiques, sans qu'une condamnation préalable du débiteur soit nécessaire (Art. 114). En attendant la vente, la gestion du fonds peut être confiée à un administrateur provisoire (Art. 113). Pour le détail de la procédure de vente, il suffit de renvoyer aux articles 115, 116 et 117 du Code de commerce.

S'il n'y a pas d'autres créanciers inscrits ou opposants, le créancier poursuivant peut se faire autoriser par le tribunal à toucher directement le montant de sa créance, sur simple quittance, du secrétaire-greffier vendeur 5Art. 113 Al; 7). En

aucun cas le fonds de commerce ne peut être attribué en paiement à un créancier nanti (Art. 106).

La vente judiciaire du fonds peut aussi être ordonnée par le tribunal à la demande du titulaire d'une créance se rattachant à l'exploitation du fonds ; un délai préalable doit être accordé au commerçant débiteur (Art. 118). Notons que ces ventes sont rares car le plus souvent c'est parce que l'acheteur qui ne paie pas ses créanciers est en redressement ou en liquidation judiciaire. Ce serait donc le Syndic en cas de cession de l'entreprise qui réalisera le fonds et ses éléments.

CHAPITRE 2

LE BAIL COMMERCIAL

234 - Position du problème. - Dans la pratique il est fréquent que le commerçant ne soit pas propriétaire de l'immeuble - les murs - dans lequel le fonds est exploité. Il en obtient alors la jouissance par un bail à usage commercial. Pareille situation oblige à examiner les rapports de droit existant entre le propriétaire du fonds et le propriétaire du local. Le bail est un élément important et constitue parfois l'élément essentiel du fonds de commerce. Mais ce bail n'est pas un bail ordinaire car il confère au locataire - le propriétaire du fonds - une garantie de stabilité. En effet, le titulaire du bail a droit, en fin de bail, au renouvellement de celui-ci. A défaut de renouvellement, le propriétaire de l'immeuble doit alors payer une indemnité d'éviction largement dissuasive.

235 - Nature du droit du locataire. - La force du droit au renouvellement du bail amène à le qualifier de *propriété commerciale*. D'où la nécessité de régler le conflit de deux propriétés de nature différente : celle du locataire ne résulte que d'un droit personnel, celui d'être indemnisé, et celle du propriétaire de l'immeuble dont le droit est réel. Cependant, le droit accordé par la loi du 24 mai 1955⁽⁵²⁾ au locataire ne peut pas s'expliquer par les règles générales du droit des obligations. La conception du contrat de louage y est différente et se justifie par la protection due à l'entreprise. Certains auteurs avaient soutenu que le locataire a un droit réel, ce qui est vrai par rapport à la législation du bail commercial. En effet, le propriétaire de l'immeuble qui

52 - Dahir relatif aux baux d'immeubles ou de locaux loués à usage commercial, industriel ou artisanal ; B.O. du 10 juin 1955, p. 826.

accepte par contrat une installation industrielle ou commerciale dans son immeuble, donne à cet immeuble une certaine affectation au profit d'un tiers. Dès lors, il ne lui est pas permis de détruire cette affectation sans motifs valables. Il y a donc un conflit de deux droits et le droit de la propriété immobilière cède devant le droit de l'exploitant.

236 - Valeur économique de la règle. - Il est certain que la stabilité du fonds assure la conservation de la clientèle. Elle épargne en outre au locataire le coût d'un investissement immobilier en lui permettant de consacrer ses forces financières à la création et à la promotion de son fonds de commerce. C'est un mode d'encouragement des investissements commerciaux, mais c'est aussi une source de désinvestissement immobilier⁽⁵³⁾. En effet l'atteinte portée au droit du propriétaire de l'immeuble est l'une des causes qui peut contribuer à freiner la construction immobilière.

Section 1

Identification du bail commercial

237 - Notion. - La notion de bail commercial au sens de la théorie des actes de commerce ne coïncide pas avec la notion de bail commercial au sens du dahir de 1955. Si le bail conclu en vue d'une exploitation commerciale est un contrat commercial, cette condition ne suffit pas à rendre applicable le statut des baux commerciaux ; il faut encore qu'un fonds de commerce existe. En effet les dispositions du dahir de 1955 s'appliquent " aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds de commerce est exploité... "⁽⁵⁴⁾. Ainsi, " ne bénéficie pas de la propriété commerciale le locataire qui n'a ni créé, ni acquis ni transporté dans les lieux un fonds de commerce et qui s'est borné à mettre en activité une

53 - Y. CHARTIER, Rigidité et flexibilité dans le droit des baux commerciaux, Mél. Derrupé, p. 71.

54 - Art. 1^{er} du dahir du 24 mai 1955.

installation industrielle ou commerciale indissolublement liée aux immeubles dont le bailleur est exclusivement propriétaire ", tel est le cas d'un bain maure dont les salles et la chaufferie ont été fournies au locataire par le bailleur⁽⁵⁵⁾.

238 - Les frontières du statut protecteur. - Afin de repérer les frontières du statut protecteur, il est possible d'identifier le bail commercial du dahir de 1955 des autres locations qui font l'objet de conventions voisines. C'est d'abord la nature du bail qui permet de le distinguer de ces conventions ; c'est ensuite l'objet de la location.

239 - Exclusion par rapport à la nature de la convention. - Parmi ces conventions, on peut distinguer celles de longue durée, conférant ainsi une protection étendue qui ôte tout intérêt à l'application du statut des baux commerciaux. Il s'agit notamment des *baux emphytéotiques* (Art. 3), c'est à dire aux baux conclus pour une durée supérieure à dix-huit ans et pouvant atteindre quatre-vingt-dix-neuf ans. Mais les dispositions du dahir s'appliquent aux baux passés par les emphytéotes, sous réserve que la durée du 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.

Une autre exclusion du statut concerne le *crédit-bail immobilier* (Art. 434 C.com.). Le crédit-bail immobilier peut se définir comme une opération de crédit, une opération financière qui juridiquement se décompose en un contrat de location assorti d'une promesse unilatérale de vente. En effet, dans ce cas le crédit-bail est une forme d'investissement immobilier et l'esprit du dahir de 1955 est d'éviter justement le coût d'un tel investissement.

L'exclusion concerne également certaines conventions de courte durée. Par baux de courte durée, il faut entendre les baux d'une durée de moins de deux ans. En effet, la période

55 - Rabat, 3 dec. 1956 ; R.M.D. 1957, p. 70.

d'occupation est trop courte pour qu'une clientèle se développe et la protection du locataire commerçant se justifie donc moins. Le point de départ du délai est fourni par la date d'entrée effective dans les lieux et non par celle de la convention, qui peut être établie antérieurement⁽⁵⁶⁾. En effet, la durée d'un bail écrit ou verbal n'est pas une condition de la naissance d'un droit à renouvellement. L'article 5 exige une certaine durée de jouissance du fonds : "*deux années en vertu d'un ou plusieurs baux écrits successifs et quatre années en vertu d'un ou de plusieurs baux verbaux successifs, ou de baux écrits ou verbaux successifs*". Cette nécessité d'une jouissance continue exclut donc de l'application du dahir les locations saisonnières.

240 - Exclusion par rapport à l'objet de la convention. - Le dahir ne s'applique qu'au baux d'immeubles ou de locaux ; le mot immeuble s'entend d'un immeuble bâti. Ainsi, il ne régit pas les locations de terrains nus, par exemple un terrain loué sans aménagement à un entrepreneur de camping. Au contraire, il s'applique si le preneur a édifié une construction à usage industriel, commercial ou artisanal, avec le consentement exprès du propriétaire. Concernant la nature et la solidité de ces constructions, il a été jugé que le dahir exige la présence de constructions en "dur", stables et solides⁽⁵⁷⁾. Le dahir ne joue pas non plus pour les locaux accessoires, locaux à usage d'entrepôt ou de garage puisque la clientèle n'y est pas reçue. Il en va toutefois différemment selon l'article 1^{er} al.1 si ces locaux "*sont indispensables à l'exploitation du fonds*". La notion est assez incertaine mais elle est interprétée restrictivement par les tribunaux. Il a été jugé qu'une location consentie à une société commerciale pour loger son personnel est, par sa nature une location commerciale, mais n'est pas considérée comme indispensable à l'exploitation du

56 - Rabat, 17 nov. 1959, G.T.M. 25 juin 1960, p. 8. La durée d'exploitation se compte, à rebours, depuis la date d'expiration du bail et non par le congé.

57 - Rabat 13 fév 1956 ; R.M.D. 1^{er} mars 1951, p. 121.

fonds, ce qui l'exclut de la protection de ce dahir⁽⁵⁸⁾. Enfin les immeubles ou locaux constitués en habous ne sont pas régis par le dahir de 1955 à l'exception de ceux qui sont entrés dans les patrimoines habous après la publication de ce texte (Art. 4 al. 2).

Section 2

La propriété commerciale

241 - Conditions d'attribution. - On rappellera que le bail ouvrant droit à la propriété commerciale est le bail d'exploitation d'un fonds de commerce. Ainsi des emplacements ou stands complètement intégrés dans un centre commercial n'ont pas de clientèle autonome, ce qui interdit de reconnaître dans ce cas l'existence d'un fonds. La condition d'existence d'un fonds a été écartée par le législateur au profit de diverses catégories qu'il souhaitait favoriser. Il en est ainsi pour les baux d'immeubles ou locaux occupés par tous les établissements d'enseignement, privés ou publics ; aux collectivités publiques ou aux établissements publics pour les services exploités en régie, soit au moment de la location, soit ultérieurement avec le consentement du propriétaire ; à certaines catégories d'artistes (Art. 2).

A la condition de l'existence d'un fonds, s'ajoute celle de son *exploitation effective* pendant les deux années précédant l'expiration du bail. C'est d'une véritable exploitation dont il s'agit. L'art. 1^{er} n'étend l'application du dahir qu'aux baux d'immeubles ou locaux dans lesquels un fonds de commerce "*est*" exploité : sans exploitation du fonds, il n'y a pas de clientèle, et sans clientèle il n'y a pas de fonds. Ainsi, l'attribution d'une propriété commerciale ne saurait s'induire du simple maintien d'une inscription au registre du commerce, sauf en cas de motifs légitimes tel

58 - Rabat 11 nov. 1955 ; GTM 10 mars 1956, p. 34 ; Casablanca, 30 oct. 1958 ; G.T.M. 10 déc. 1958 p. 113.

que l'arrêt d'exploitation dû à l'exécution de travaux de modernisation.

242 - Modalités d'attribution. - La propriété commerciale repose sur le droit au renouvellement du bail. Mais ce renouvellement ne s'opère pas de plein droit. Une demande est nécessaire et il faut que l'une des parties prenne l'initiative de provoquer l'expiration du contrat.

L'initiative peut venir du propriétaire de l'immeuble qui, six mois avant la date d'expiration du bail, signifie au locataire qu'il lui donne congé et donc qu'il n'entend pas renouveler le contrat. Ce congé doit être donné soit, dans les formes prévus par les articles 55, 56 et 57 du CPC (Art 37, 38 et 39 actuels) soit, par lettre recommandée avec accusé de réception. Le congé doit préciser les motifs pour lesquels il est donné, et pour permettre d'opposer au locataire la forclusion prévue par l'article 27, il doit reproduire les termes de cet article. Ainsi il doit indiquer, outre les motifs, que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, doit, à peine de forclusion, saisir le tribunal de première instance avant l'expiration d'un délai de trente jours⁽⁵⁹⁾. Dans son congé, le propriétaire peut également proposer le renouvellement du bail en exigeant une révision du loyer.

L'initiative peut aussi émaner du locataire qui demande lui-même le renouvellement du bail, soit dans les six mois avant l'expiration du contrat, soit à tout moment après l'expiration du contrat (Art. 7). Ce cas de figure se présente si le propriétaire n'a pas donné congé. Le locataire peut y avoir intérêt s'il désire céder son fonds de commerce. La demande faite au bailleur doit lui être signifiée dans les formes prévues pour le congé avec l'indication du délai de forclusion de trois mois prévu par l'article 8, pour permettre au

59 - Le congé doit obligatoirement mentionner ces indications. A défaut, le bailleur ne pourra pas opposer au locataire la forclusion de l'article 27 ; Voir Rabat 15 avr. 1960 ; G.T.M. 10 nov. 1960, p. 101.

locataire de l'opposer en cas de silence du bailleur pendant ce délai, silence qui vaut acceptation du principe de renouvellement (Art. 8).

Si aucune partie ne se manifeste pour provoquer l'expiration du contrat, soit le bailleur par le congé, soit le locataire par la demande de renouvellement du bail, le bail se poursuit au delà du terme pour une durée indéterminée. C'est ce qui résulte de l'article 7, qui renvoie à l'article 6 du dahir. Mais dans ce cas, il n'y a pas de reconduction tacite, sauf si elle est stipulée dans le contrat. En effet, l'article 6 écarte expressément l'application de l'article 688 du D.O.C. Donc au bail à *durée déterminée* se substitue un bail nouveau à *durée indéterminée*⁽⁶⁰⁾. Dans ces conditions, le contrat de bail peut cesser à tout moment par le congé que délivre le bailleur au locataire six mois à l'avance dans les formes prévues par l'article 6. Evidemment, le locataire ne peut prendre l'initiative d'une demande de renouvellement du bail qui ne se conçoit que dans le cas d'un bail à durée déterminée⁽⁶¹⁾.

243 - Le décor est donc en place. Le propriétaire, conscient du risque financier qu'il assume en refusant le renouvellement accepte la demande formulée par le locataire. Mais il faudra s'accorder sur les termes du nouveau bail et spécialement sur le loyer. Le congé peut aussi être assorti d'une offre de renouveler le bail à de nouvelles conditions, le propriétaire doit alors indiquer le nouveau loyer qu'il propose. Une autre issue est celle du refus de renouvellement; le propriétaire du local persiste et signe. Une dispute va donc s'engager sur l'obligation de verser l'indemnité d'éviction.

60 - Voir Casablanca, 3. déc. 1959 ; T.G.M. 10 janv. 1960 p. 4.

61 - Voir Casablanca, 30 janv. 1964, G.T.M. 10 mars 1964, p. 27.

§ 1 - Acceptation du renouvellement

244 - Maintien des clauses et conditions de l'ancien bail. - Dans les trois mois de la signification de la demande de renouvellement du locataire, le bailleur doit dans les mêmes formes (Voy. supra n° 242), faire connaître au locataire son refus et les causes de ce refus. A défaut, il est censé avoir accepté le principe du renouvellement aux clauses et conditions du bail précédent.

245 - Désaccord sur les conditions du nouveau bail.
- Le bailleur peut accepter le principe du renouvellement mais poser des conditions que le locataire n'accepte pas. Faute d'accord entre les parties sur le prix, la durée ou les conditions accessoires du bail, le locataire doit porter sa contestation devant le président du tribunal de la situation de l'immeuble dans les trente jours à compter de la réception de la réponse du propriétaire (Art 27). Le président ou le juge qui le remplace a pour mission de concilier les parties. Il statue par ordonnance motivée qui peut être frappée d'appel dans le délai de quinze jours après sa notification. (Art. 30).

Pendant la durée de l'instance, le locataire paie les loyers au prix ancien, ou un prix provisionnel fixé par le juge saisi, sauf compte à faire après fixation définitive (Art. 31). La décision rendue oblige les parties à passer un nouveau bail aux conditions fixées judiciairement dans le délai de trente jours qui suit la signification de la décision, à moins que le locataire ne renonce au renouvellement ou que le bailleur n'oppose au renouvellement un refus. Si ce désaccord n'a pas été notifié à la partie adverse dans les formes prévues (n° 242) et dans le délai de trente jours indiqué ci-dessus, la décision vaut bail (Art; 31 al. 4).

La durée du nouveau bail est égale à celle prévue dans le contrat expiré sans pouvoir être supérieure à cinq années, sauf toutefois accord des parties pour une durée plus longue (Art 9 al. 1). Dans le cas d'un bail à durée indéterminée, la durée du nouveau bail ne peut être supérieure à trois années.

Le nouveau bail prend effet à compter de l'expiration du bail précédent ou le premier jour du mois de la date à laquelle un congé aurait été valablement notifié (Art 9 al.3).

246 - Fixation judiciaire du nouveau loyer. - Lorsque le désaccord porte sur la fixation du loyer renouvelé, l'Art. 24 dispose que le montant du loyer renouvelé doit correspondre à la valeur locative équitable. Dans son évaluation, le juge est donc libre et n'a à tenir compte d'aucun plafond. La valeur équitable étant une notion floue a amené la jurisprudence à donner quelques directives pour sa fixation. Ainsi, selon un arrêt de Rabat du 1^{er} mars 1963⁽⁶²⁾, la valeur locative équitable selon l'Art.24 "*doit être évaluée au niveau exact du service rendu au locataire, en considération du commerce prévu au bail et de son exercice dans les conditions économiques du moment, mais fixés de manière, dans tous les cas, à permettre au propriétaire la conservation de l'immeuble et à lui assurer une rentabilité du capital investi ou de la valeur vénale, selon que l'immeuble est neuf ou non*". L'arrêt ajoute que pour déterminer la valeur locative équitable, le service rendu prévaudra en période de prospérité économique et les notions de préservation de l'immeuble et de rentabilité du capital immobilier prévaudront en période de crise économique. Ainsi, on tiendra compte tantôt des facteurs locaux de commercialité : expansion commerciale du quartier, création d'une zone piétonnière ou création d'un parc de stationnement ; tantôt du coût de la construction... Dans un arrêt du 7 février 1955⁽⁶³⁾, la même Cour avait opté pour un critère plus objectif pour la fixation du loyer consistant à tenir compte de la valeur locative réelle établie d'après le prix du terrain et la valeur de la construction.

247 - " Pas de porte ". - Une autre difficulté résulte de l'évaluation du loyer révisé. Elle procède de la distinction entre le loyer initial et une somme souvent exigée par le

62 - G.T.M. 25 mai 1963, p. 56.

63 - R.M.D. 1^{er} nov. 1957, p. 418 Note J.M. PANSIER

bailleur et qualifiée dans la pratique de " pas de porte ". Le pas de porte se définit comme " une somme versée une fois pour toutes au bailleur à l'entrée en jouissance du preneur"⁽⁶⁴⁾. Cette somme, dont le versement n'est pas prohibé en matière de bail commercial, est parfois analysée comme un supplément de loyer ou un loyer payé d'avance⁽⁶⁵⁾, ce faisant, lors de la révision du loyer, il y aura lieu d'intégrer le *pas de porte* dans la base de départ du loyer à réviser. En fait, l'exacte qualification du "pas de porte " dépend de la volonté des parties, volonté apparente ou révélée par les termes employés. La jurisprudence ne prend pas en considération ces versements forfaitaires pour déterminer la valeur locative équitable⁽⁶⁶⁾.

Mais quelles que soient les modalités de fixation judiciaire du loyer, la décision rendue oblige en principe les parties. En effet, elles ont un *délai d'option* de trente jours (Art. 31 al. 2) pour renoncer au renouvellement, soit que le bailleur préfère payer l'indemnité d'éviction afin de reprendre son local, soit que le locataire préfère perdre son droit à la propriété commerciale plutôt que d'assumer les obligations qui résulteraient du contrat.

§ 2 - Le refus de renouvellement

248 - Les formes du refus. - Le propriétaire peut toujours refuser le renouvellement du bail (Art. 8). Son refus peut être contenu dans le congé qu'il délivre au locataire ou dans la réponse négative qu'il donne à la demande de renouvellement présentée par ce dernier ou encore dans la rétractation qu'il lui adresse pour revenir sur son acceptation de renouvellement.

64 - Cf. F.GIBORD, Juris-classeur fonds de commerce, fasc. 1400, n°20

65 - Rabat 1er mars 1963 , G.T.M. 25 mai 1963 p. 56.

66 - Ibid.

L'acte de refus doit préciser les motifs pour lesquels il est donné. L'absence de motif n'est pas, comme en droit français, une cause de nullité du congé. La seule sanction qui frappe le bailleur est l'impossibilité pour celui-ci d'opposer à son locataire la forclusion de l'article 27. Selon un arrêt de Casablanca⁽⁶⁷⁾, le congé non motivé "*demeure valable comme exprimant la volonté du propriétaire de mettre fin à la location*". A notre sens, si le bailleur donne les motifs de son refus, c'est uniquement pour échapper au paiement de l'indemnité. En effet, le dahir de 1955 prévoit le *droit de reprise* pour le propriétaire qui justifie de l'un des cas énumérés (Art 8 à 17). Ce droit ne consiste pas seulement à reprendre les lieux loués, mais aussi à ne pas être tenu d'indemniser le locataire parce que la loi juge que, dans certains cas, le renouvellement du bail n'est pas dû. Le droit de propriété commerciale n'est en définitive que le droit du locataire d'être indemnisé au cas où le refus de renouvellement du bail n'est pas justifié par un cas de reprise.

249 - Procédure. - Le locataire qui conteste les motifs du refus de renouvellement ou réclame le paiement d'une indemnité d'éviction doit saisir le *président du tribunal de première instance du lieu de l'immeuble* statuant en référé, dans le délai de trente jours à compter de la réception du congé ou du refus de renouvellement adressé par le propriétaire dans les formes prévues à l'article 8 (Art. 27). Le président du tribunal est saisi en vue d'ordonner les mesures d'expertise nécessaires. Cette mesure très pratique permet d'accélérer la solution des procédures en fixation d'indemnité.

250 - Refus avec indemnité d'éviction. - C'est l'hypothèse où le commerçant a rempli les conditions donnant droit au renouvellement du bail commercial. Le refus du propriétaire l'autorise à exiger le versement d'une indemnité d'éviction. Ainsi le droit de propriété commercial n'est en

67 - du 8 mars 1965, G.T.M. 25 avril 1965 p. 44.

définitive que le droit du locataire d'être indemnisé au cas où le refus de renouvellement du bail n'est pas justifié par un cas de reprise. Cette indemnité est " égale au préjudice causé par le non-renouvellement " (Art. 10). L'indemnité devra être fixée en tenant compte de tous les éléments de perte que le locataire aura à subir et de gain dont il sera privé. Les éléments de ce préjudice sont très divers et peuvent se chiffrer à de grosses sommes : frais de réinstallation, pas de porte payé pour l'entrée dans le nouveau local, diminution de la valeur du fonds à cause de l'évaporation de la clientèle, perte d'une licence d'exploitation... C'est pourquoi le législateur a décidé que l'indemnité *serait au moins égale à la valeur du fonds*. Mais il est évident que l'on ne peut prendre en considération la valeur du fonds que si le défaut de renouvellement emporte disparition du fonds (de la clientèle); ce sera le cas lorsque l'élément de ralliement de la clientèle est le droit au bail. En revanche, si l'éviction ne provoque pas la perte du fonds, la valeur de celui-ci n'entre pas dans le calcul de l'indemnité. C'est le cas par exemple où le fonds est transféré à une faible distance⁽⁶⁸⁾. La loi prévoit une telle appréciation " *lorsque le bailleur fait la preuve que le préjudice est moindre* " (Art. 10 al.3).

251 - Règlement de l'indemnité. - Il est important de signaler que le locataire ne peut être obligé de quitter les lieux tant qu'il n'a pas reçu l'indemnité d'éviction. Mais le propriétaire a le droit de reprendre les locaux en versant une indemnité provisionnelle qui sera fixée par le président du tribunal de première instance. Cette indemnité sera imputée sur le montant de celle qui sera définitivement fixée par le juge saisi. Si cette dernière somme est inférieure au montant avancé, le locataire sera tenu de la différence envers le propriétaire, ou de rembourser le tout dans le cas où l'octroi de l'indemnité d'éviction est refusée par le tribunal (Art. 21).

68 - Rabat, 13 février 1956, G.T.M. 10 juillet 1956, p. 100.

252 - Refus sans indemnité. - L'éviction légitime évacue l'indemnisation. Les causes de légitimité sont au nombre de quatre.

Première cause : l'existence d'un *motif grave et légitime*. Ce premier cas de refus sans indemnité (Art. 11-1°) est l'application d'un principe de droit commun. Le propriétaire aurait pu demander la résolution du bail et s'il ne le fait pas il peut aussi refuser de renouveler le bail. La loi laisse au tribunal le soin d'apprécier ce motif. Ont été retenus comme motifs légitimes du refus sans indemnité des disputes violentes entre les intéressés⁽⁶⁹⁾, défaut d'exploitation du fonds⁽⁷⁰⁾, cession ou sous-location irrégulière⁽⁷¹⁾, inexécution de travaux d'entretien⁽⁷²⁾, transformation des lieux sans autorisation du bailleur⁽⁷³⁾. Dans ce dernier cas, une stipulation contractuelle imposant au locataire l'exploitation d'un commerce déterminé est nécessaire pour justifier le motif légitime du refus⁽⁷⁴⁾.

Deuxième cause d'éviction légitime : *l'insalubrité* de l'immeuble nécessitant qu'il soit démoli totalement ou partiellement ou s'il est établi qu'il ne peut être occupé sans danger *à raison de son état* (Art 11-2°). Notons que le bailleur n'est pas tenu de reconstruire l'immeuble, mais s'il le fait, son ex-locataire jouit d'un droit de priorité pour le bail des locaux reconstruits (Art.11-2° al.2), mais il doit l'avoir réclamé en quittant les lieux ou au plus tard dans les trois mois suivants.

69 - Cass. Civ. 3 février 1958, J.C.P. 1958.2.10586 ; Cass. Civ. 3, 11 juillet 1977, Rev. Loyers, 1977,521 (coups portés au propriétaire).

70 - Cass. Civ. 27 mars 1979 D. 1979, Inf. rap. 428.

71 - Cass. Civ. 20 Décembre 1976, Rev. Loyers 1977 291.

72 - Cass. Civ. 25 avril 1990, Loyers et copr. 1990, n° 312.0

73 - Cass. Civ. 18 janvier 1989, Loyers et copr. 1989, n° 234 ; 24 oct. 1990, Bull. Civ. III., n° 197.

74 - Voir dans Rabat, 13 févr. 1956, G.T.M. 1^{er} mars 1957 p. 118 : la possibilité de modifier la nature de l'activité commerciale ne nécessite pas le consentement du bailleur, sauf dans le cas où une clause imposerait une exploitation déterminée.

Le propriétaire doit alors proposer un nouveau bail au locataire. Celui-ci a un délai de trois mois pour l'accepter ou pour saisir les tribunaux en vue de la fixation des conditions (Art. 13). Mais la loi ici oblige le bailleur à respecter le droit de priorité du locataire lorsqu'il loue les nouveaux locaux, mais non lorsqu'il les occupe lui-même ; ce qui permet au propriétaire de bénéficier de la clientèle du locataire sans payer d'indemnité. Il conviendrait donc d'assimiler les deux situations.

La troisième cause concerne la reprise pour *reconstruire* (Art. 12) ou *surélever l'immeuble* (Art.15). La reconstruction ne nécessite pas que l'immeuble soit en mauvais état. Le propriétaire est libre de décider de reconstruire et d'améliorer ses bâtiments. Mais le bailleur ne peut se soustraire dans ce cas au paiement d'une indemnité calculée sur le préjudice subi par le locataire, qui ne peut toutefois être supérieure à trois années de loyer. Si le propriétaire se propose seulement de surélever l'immeuble et si les travaux nécessitent l'occupation des locaux loués, il peut différer pendant deux années au maximum le renouvellement du bail. Dans ce cas également le locataire a droit à une indemnité calculée sur le préjudice subi, mais qui ne peut être supérieure à deux années de loyer.

La quatrième source d'éviction légitime concerne la reprise en vue de *l'habitation personnelle* (Art. 16). Mais c'est un cas qui exige des conditions difficiles à remplir. Le bénéficiaire de la reprise (le bailleur lui-même, son conjoint, ses descendants ou ascendants et ceux de son conjoint) ne doit pas disposer d'une habitation correspondant à ses besoins normaux, que ces besoins correspondent à une utilisation normale du local et le local doit pouvoir être adapté, par simple travaux d'aménagement, à un usage d'habitation. La reprise partielle est admise, mais à la condition que la jouissance des locaux d'habitation n'apporte aucun trouble à l'exploitation du fonds. Le bénéficiaire doit occuper personnellement les lieux dans les six mois à dater

du départ du locataire évincé et pendant une durée minimum de cinq ans, faute de quoi le locataire évincé a droit à une indemnité d'éviction calculée sur le préjudice subi. Si l'immeuble a été acquis à titre onéreux, l'acquisition doit remonter au moins à trois ans avant l'exercice du droit de reprise. Lorsque les conditions de la reprise sont réunies, le bailleur doit verser au locataire ou à son ayant droit une indemnité égale au dommage subi mais dont le montant ne peut excéder cinq ans de loyer.

Section 3

Le loyer commercial

253 - Fixation initiale du loyer. - Au moment de la conclusion du bail les parties ne subissent aucune contrainte en ce qui concerne le loyer. Elles en fixent le montant en toute liberté. Ici la loi de l'offre et de la demande joue pleinement. Fréquemment le bailleur exige, lors de la conclusion du bail, le versement d'un " pas de porte ", c'est à dire une somme globale que paye le locataire en entrant dans les lieux. C'est la contrepartie du démembrement infligé à la propriété du bailleur à raison des droits conférés au locataire. Le " pas de porte ", rappelons-le n'est pas prohibé en matière de bail à usage commercial. Il peut aussi être considéré comme un supplément de loyer (Voy. supra 247). Si les parties l'on ainsi qualifié, le juge devrait en tenir compte dans la fixation du loyer révisé. En revanche, il n'a pas à le prendre en considération pour le calcul de l'indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement du bail. L'indemnité est évaluée par rapport à tous les éléments du préjudice " existant à la date de l'expiration du bail "⁽⁷⁵⁾.

254 - Révision du loyer. - Pendant l'exécution du bail commercial qui est appelé à durer, le loyer doit faire l'objet d'une révision pour tenir compte de l'érosion monétaire. Cette

révision peut être conventionnelle, mais le principe est celui de la révision légale.

255 - Révision légale. - Elle est décrite à l'article 2 du dahir du 5 janvier 1953⁽⁷⁶⁾. Elle ne peut intervenir que tous les trois ans, d'où son appellation de révision triennale. Sauf accord des parties, c'est au président du tribunal de première instance qu'il revient de fixer le loyer révisé. Sa liberté est toutefois limitée par la loi : l'article 2 du dahir de 1953 soumet la révision à une " modification des conditions économiques " ayant " entraîné une variation de plus du quart de la valeur locative. Pour le calcul de cette variation, plusieurs critères sont prévus par le dahir de 1955 (Art 24), qui servent aussi à fixer la " valeur locative équitable " :

- Les caractéristiques du local : superficie, équipement des locaux, état, largeur des vitrines;
- La surface totale réelle des locaux annexes éventuellement affectés à l'habitation de l'exploitant ou de ses préposés;
- Les facteurs locaux de commercialité : il s'agit principalement de l'attrait de l'emplacement du local pour la clientèle (la ville, le quartier, création d'une zone piétonnière, expansion commerciale du quartier). Il s'agit également de la nature de l'exploitation et des commodités pour l'entreprendre (parking à proximité...);
- Les obligations respectives des parties : charges d'entretien des locaux par le locataire.

Ce sont des éléments de faits desquels naîtra le nouveau loyer (Voy infra n° 246), à la condition que ces éléments se traduisent par des modifications qui justifient une variation de plus du quart de la valeur locative, selon l'article 3 du dahir de 1953.

76 - Dahir relatif à la révision périodique des prix de la location des locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, B.O. du 23 janvier 1953 p. 104.

256 - Révision conventionnelle. - Les parties peuvent, par une clause dans le contrat de bail, prévoir une révision du loyer commercial. Le loyer peut dans ce cas être accroché à un indice, tel que le coût de la construction. Selon une jurisprudence⁽⁷⁷⁾, la clause ne saurait prendre en considération la valeur vénale du fonds ou le chiffre d'affaires "*car le bailleur, n'étant ni l'associé ni le commanditaire du preneur, ne peut être ni bénéficiaire, ni la victime des bonnes ou mauvaises affaires que peut faire le locataire*". Une jurisprudence similaire a été rendue en France sur le fondement de l'article 35 du décret de 1953 (article 36 du dahir de 1955) : " Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit de renouvellement et aux dispositions des articles 25 et 26 ". Mais la Cour de cassation a rejeté ce moyen sur le fondement de la liberté contractuelle : " le prix d'un bail commercial peut être fixé librement lors de sa conclusion et le calcul du loyer en fonction du chiffre d'affaires du locataire constitue un mode de détermination du loyer qui n'entre pas dans la prévision de l'Art. 35 " (Cass. Civ. 3, 2 oct. 1984, Bull. civ. II, n° 155).

77 - Rabat 7 fév. 1955 ; R.M.D. 1^{er} nov. 1957 p. 418.

CHAPITRE 3

LA PROPRIETE INDUSTRIELLE

257 - Nature de la propriété industrielle. - La propriété industrielle fait partie d'un ensemble plus vaste nommé *propriété intellectuelle*, composé des droits de propriété industrielle, des droits d'auteur et du savoir-faire (ou know-how), qui résultent tous d'une activité intellectuelle. Ces droits consistent dans des monopoles d'exploitation, grâce auxquels le commerçant attire et retient la clientèle. A ce titre, ils constituent des éléments du fonds de commerce, mais ils peuvent en être détachés et avoir une valeur indépendante.

Le caractère incorporel de ces propriétés a cette conséquence qu'elles ne peuvent être protégées comme les propriétés corporelles par les actions en possession ou en revendication issues du droit civil. Il a donc fallu créer une action spécifique, *en contrefaçon*, pour permettre aux détenteurs de ces propriétés d'assurer la protection du monopole qu'elles leur confèrent.

La propriété industrielle comprend principalement les brevets d'invention, les dessins et modèles, les marques de fabrique, de commerce et de service. Une distinction classique oppose les créations industrielles (invention brevetables, dessins et modèles) aux signes distinctifs (marque de fabrique, nom commercial, enseigne, appellation d'origine). Tous les droits de propriété industrielle ont une nature juridique identique : ce sont des droits de propriété incorporelle qui donnent à leur titulaire un monopole d'exploitation⁽⁷⁸⁾.

78 - A. CHAVANNE et H.-J. BURST, Droit de la propriété industrielle, Dalloz 1993, 3^e éd., n° 2.

Nous consacrerons quelques développements aux principaux de ces droits.

Section 1

Le brevet d'invention

258 - Réglementation. - Le brevet d'invention a été réglementé pendant longtemps au Maroc par un dahir du 23 juin 1916 et du 4 octobre 1938, ce dernier s'appliquant à la zone de Tanger⁽⁷⁹⁾. Vieillies et démodées, ces lois ont été remplacées par la loi n° 17/97⁽⁸⁰⁾. La partie législative de la réglementation du brevet d'invention se trouve aujourd'hui dans le titre II (Art. 16 à 89).

Le brevet d'invention est un titre de propriété qui a pour objet de protéger l'invention découverte par l'inventeur. Cette protection, accordée par les pouvoirs publics, n'a qu'un caractère national : un brevet déposé au Maroc n'empêche pas la fabrication et la commercialisation du produit breveté dans un Etat étranger, à moins d'obtenir un brevet également dans cet Etat. Mais cette protection serait trop onéreuse puisqu'il faudrait déposer et faire breveter l'invention dans de nombreux Etats contre lesquels on veut la protéger. Plusieurs conventions internationales ont précisément pour objet de remédier à cette situation. Le texte fondamental en la matière est la convention d'union de Paris du 20 mars 1883, qui a été révisée à plusieurs reprises, en dernier lieu à Stockholm en 1967. Cette convention a été perfectionnée par un traité de coopération en matière de brevet (P.C.T.) signé à Washington le 19 juin 1970⁽⁸¹⁾.

79 - Respectivement publiées dans B.O. 10 juillet 1916 p. 690 et B.O. 25 novembre 1938 p. 510

80 - Loi relative à la protection de la propriété industrielle, BO n° 4778 du 16/03/2000 (version française), BO du 9/03/2000 (version arabe).

81 - Le Maroc a déposé sa candidature le 8 juillet 1999 et est membre depuis le 8 octobre 1999.

La protection de l'invention au profit de son titulaire est de vingt ans. C'est la contrepartie accordée à ce dernier en échange de la divulgation de celle-ci au public. La société a en effet un grand intérêt à ce que les innovations technologiques soient divulguées afin de permettre le progrès technique qui suppose précisément l'information des tiers. Autrement dit, l'acceptation par l'auteur de donner une description complète de son invention est compensée par l'octroi à son profit d'un droit exclusif de fabrication et de commercialisation de l'invention.

Les droits acquis antérieurement à la date d'entrée en application de la nouvelle loi sont maintenus pour la durée de protection restant à courir.

§ 1 - Conditions de brevetabilité

259 - Inventions brevetables. - Est brevetable l'invention *nouvelle* ; la condition de nouveauté fait défaut si l'invention est déjà accessible au public avant le dépôt de la demande de brevet au Maroc. L'invention doit être en second lieu le fruit d'une *activité inventive* ; tel est le cas si pour un professionnel elle ne résulte pas d'une manière évidente de l'état de la technique ; dès lors qu'un homme de métier peut à l'aide de ses connaissances aboutir au même résultat, la découverte n'est pas brevetable⁽⁸²⁾. En outre, l'invention doit être *susceptible d'application industrielle* (Art 22). Ainsi, faute d'utilisation immédiate et concrète, la découverte d'une loi physique ou chimique n'est pas brevetable. En effet, le brevet est un monopole d'exploitation, une invention qui, pour être brevetable, doit d'abord avoir une utilisation économique immédiate. L'expression " application industrielle " doit être prise dans son sens large qui correspond non seulement à une production réalisée à l'aide de technique mécanique, mais aussi qui englobe toute activité de l'homme pour façonner et utiliser la matière. Il

82 - Voir par exemple, Cass. Com. 10 nov. 1982, Bull. Civ. IV 1982, p. 290.

suffit que l'objet de l'invention " *puisse être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture* " (Art. 28). Enfin, l'invention ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs (Art. 24).

260 - Exclusions. - Les découvertes relevant du seul domaine de l'esprit ne sont pas brevetables. Un certain nombre de découvertes sont donc exclues : 1°) *les théories scientifiques et les méthodes mathématiques*. Nul ne peut en effet s'approprier une loi scientifique ; il s'agit de découvertes d'intérêt général dont la confiscation par un seul entraverait la progression de la connaissance et la diffusion du progrès scientifique. 2°) *Les créations esthétiques* qui sont exclusivement ornementales ; 3°) *Les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur* ; 4°) *Les présentations d'informations*. Notons que cette exclusion concerne ces éléments tels qu'énumérés par l'article 23, mais " *considérés en tant que tels* ". Ainsi une réalisation concrète découlant par exemple d'une théorie scientifique ou une méthode mathématique serait brevetable. Si les programmes d'ordinateurs ou logiciels ne sont pas brevetables, est certainement brevetable le procédé mis en œuvre par un programme original dès lors que la demande de brevet porte sur le procédé, et non sur le programme.

L'exclusion concerne en second lieu les inventions non susceptibles d'application industrielle tels que *les méthodes de traitements chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal* (Art. 25). Mais cette exclusion concerne seulement les méthodes, et non pas les médicaments qui peuvent être employés pour la mise en œuvre de ces méthodes.

261 - Perfectionnement du brevet. - La loi prévoit qu'un inventeur peut compléter son brevet par un

perfectionnement ou une addition pendant toute la durée du brevet et obtenir un *certificat d'addition* qui produira les mêmes effet que le brevet principal (Art 29). La délivrance de ce certificat obéit aux mêmes formes et conditions que celles du brevet principal.

§ 2 - Délivrance du brevet

262 - La demande. - La demande de brevet est déposée normalement par l'inventeur, mais elle peut l'être aussi par un ayant cause c'est à dire un tiers à qui l'inventeur a cédé le droit de demander le brevet. La demande peut émaner d'une personne physique comme d'une personne morale, de nationalité marocaine ou bien de nationalité étrangère. Les étrangers sont admis à former une telle demande s'ils ont leur domicile ou un établissement au Maroc ou bien s'ils bénéficient de la Convention d'Union de Paris.

La demande est déposée à l'Office Marocain de la Propriété Industrielle et Commerciale (O.M.P.I.C). Elle consiste dans un dossier qui réunit notamment les pièces suivantes : a) une description précise de l'invention, suffisante pour qu'un homme de métier puisse l'exécuter, indiquant ce qu'elle apporte de nouveau à l'état actuel de la technique dans le secteur, le résultat à obtenir, les possibilités d'application industrielle ; elle peut être complétée par des dessins ; b) les " revendications ", c'est à dire les éléments précis de l'invention dont la protection est demandée. La rédaction de ces revendications est essentielle puisqu'elle fixe les prétentions de l'inventeur et définit le cadre d'une éventuelle action en contrefaçon ; c) un abrégé du contenu technique de l'invention (Art. 34 à 36).

263 - Examen et publication de la demande. - l'OMPIC est chargé du contrôle de la demande de brevet. Ce contrôle comporte trois aspects. L'Office procède d'abord à un *contrôle formel*. Il rejette la demande si : 1° les formes prescrites (description, revendication) n'ont pas été

respectées ; 2° les revendications ne se fondent pas sur la description ; 3° l'insuffisance de la description.

Le contrôle formel s'accompagne d'un examen des conditions de brevetabilité de l'invention. Est rejetée toute demande dont l'objet ne peut manifestement être considéré comme une invention susceptible d'application industrielle (Art 22) ou constitue une invention manifestement non brevetable (Art.23). D'une manière générale, la demande fait l'objet d'un rejet lorsque l'invention échappe au domaine de la brevetabilité conformément à l'article 41.

La loi ajoute un contrôle *limité à la nouveauté de l'invention*. Ce contrôle consiste à établir, au vu d'une recherche effectuée sur le plan national par la division compétente de l'Office, les antériorités susceptibles d'affecter la validité du brevet. Cette recherche s'effectue par rapport aux brevets déposés au niveau du Maroc. Une véritable recherche de nouveauté doit être établie sur le plan international. Il s'agit là d'un contrôle strict des conditions de brevetabilité que l'OMPIC peut décider en adressant la demande du déposant à l'administration chargée de la recherche internationale. Il met ainsi à la disposition du déposant les services d'information offerts par l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI) à Genève. Cette recherche sur le plan international a pour but de renforcer le crédit du brevet. Notons que les services offerts par l'OMPI de Genève sont destinés aux pays en voie de développement et sont gratuits. Ils se distinguent de la recherche de *type international* dans le cadre du PCT (Patent Cooperation Treaty) (Voy. infra n° 266 et s.).

Si la demande n'est pas rejetée, les services de la défense nationale peuvent prendre connaissance de la demande avant que son contenu soit divulgué (Art. 42).

La demande de brevet est rendue publique à l'expiration d'un délai de dix-huit mois, à compter du dépôt de la demande (Art. 44) ou de la date de priorité, si une priorité a

été revendiquée, c'est à dire à compter de la date de dépôt d'une demande antérieure distincte de celle du demandeur actuel. En effet, quiconque peut se prévaloir de la priorité d'un dépôt antérieur effectué dans l'un des pays de l'Union (Art. 7, 8 et 9) (Voy.infra n° 265). La délivrance du brevet est inscrite au *registre national des brevet* tenu par l'OMPIC. C'est un document public qui recueille tous les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet. Les informations publiées peuvent être communiquées à tout requérant. L'OMPIC assure également la publication, par la mention au *catalogue officiel des brevets d'invention délivrés*, de tous les actes transmettant, modifiant ou affectant les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet (Art. 89).

264 - Délivrance du titre. - Le brevet est délivré par l'OMPIC au nom du gouvernement, mais sans examen préalable et il n'offre aucune garantie au breveté et aux tiers quant à "*la réalité de l'invention, à la fidélité, à l'exactitude de la description ou du mérite de l'invention* " (Art 46). La validité du brevet peut donc être discutée en justice ; l'éventuelle nullité produit un effet absolu.

265 - Protection internationale du brevet. - Deux conventions internationales présentent un intérêt essentiel pour l'application du droit marocain des brevets : La Convention de Paris de 1883 et le traité de Washington de 1970, auxquels le Maroc est partie.

La Convention de Paris.- Deux principes découlent de cette convention : l'article 4, dont les dispositions sont introduites par notre loi n° 17/97, consacre le droit de priorité: lorsque dans l'un des Etats de l'Union, un brevet a été demandé par un unioniste, sa publication ne fait pas obstacle à la délivrance du même brevet dans un autre Etat de l'Union. L'unioniste dispose d'un délai de douze mois, calculé à partir du dépôt de la demande initiale, pour déposer ce brevet dans les autres pays de l'Union sans que puisse lui

être opposée la divulgation ou l'antériorité intervenue pendant le délai de priorité. Cette règle est très protectrice des intérêt des inventeurs. L'article 2 de la Convention de Paris, dont les dispositions sont reprises par l'article 4 de notre loi n° 17/97, pose, quant à lui, la règle de l'assimilation de l'unioniste au national : tout unioniste bénéficie par conséquent, dans chacun des pays membres de la convention, des mêmes droits de brevet que les nationaux.

Le Patent Cooperation Treaty.- Ce traité de coopération en matière de brevet, plus souvent désigné par le sigle PCT, organise une procédure internationale unique de dépôt et d'examen des brevets, de façon à centraliser les demandes pour éviter les doubles emplois et à permettre aux Etats en voie de développement de traiter facilement les demandes de brevet. Le PCT permet donc un examen unique de la brevetabilité. Mais la souveraineté des Etats reste entière quant à la délivrance des brevets⁽⁸³⁾.

La demande de brevet fait l'objet d'un traitement sur le plan international avant la délivrance du brevet par l'office récepteur pour les demandes PCT, qui est l'OMPI pour le Maroc. Cette procédure protectrice consiste en premier lieu dans le dépôt d'une demande de type international qui sera soumise à une recherche internationale de nouveauté. Ensuite, si le déposant le souhaite, un examen préliminaire international est institué à sa demande par une administration de son choix, chargée de l'examen international. Une fois qu'il aura obtenu le rapport de recherche et d'examen, il y aura ouverture de la phase nationale auprès des pays désignés dans la demande de recherche du déposant. Notons, à cet égard, que le choix par le déposant de l'office national dépendra des renseignements

83 - Notons que d'après l'article 15 du traité de coopération (PCT) l'utilisation de cette voie de recherche exige que le législateur national de l'Etat contractant prévoie celle-ci en la permettant. Mais cette recherche n'est pas gratuite. De plus, le Maroc bénéficie déjà des services d'information de l'OMPI de Genève.

qui figureront dans le rapport de recherche et d'examen. Ainsi, il ne déposera pas, par exemple, en France si le rapport de recherche stipule l'existence d'un brevet pertinent déposé à l'office français.

266 - Procédure dans le cadre du PCT. - Dans le cadre de cette protection, le titulaire a le choix, au moment du dépôt de sa demande de protection nationale, de faire en même temps une demande de dépôt de type international, soit de retarder le traitement national de l'invention à une date ultérieure en faisant directement un dépôt international sans dépôt national. Dans ce dernier cas, il s'assure d'abord de la valeur du brevet avant de déposer au niveau national. Dans tous les cas, la demande du déposant est considérée, dès le départ, comme un dépôt international et l'invention donne lieu à une recherche de nouveauté auprès de l'administration chargée de la recherche internationale. Le dépôt de la demande doit être fait avant l'expiration de 12 mois à compter de la date de dépôt de la demande nationale. Cette condition de délai a pour effet de faire bénéficier le titulaire de la priorité sur tous les brevets déposés sur le plan international avant le 12^{ème} mois de la date du dépôt national. Certes, il est possible de déposer sa demande internationale sans tenir compte des délais de 12 mois, mais dans ce cas, le titulaire ne pourra pas bénéficier du droit de priorité.

267 - Dans tous les cas, la demande de protection internationale est transmise par l'OMPI, qui est l'office récepteur pour le Maroc, avec les pièces exigées lors du dépôt, au bureau international de l'OMPI à Genève et également à l'administration chargée de la recherche internationale. Quatre administrations ont été désignées par le Maroc pour effectuer la recherche dans le cadre du PCT : l'office européen des brevets, l'office suédois, autrichien ou russe. Parmi ces administrations le déposant a la liberté de choix. L'invention donne alors lieu à une recherche de nouveauté dont les résultats sont consignés dans un rapport de recherche.

268 - Rapport de recherche. - Le rapport de recherche est établi sur la base des revendications déposées par le demandeur. La recherche de nouveauté est ainsi établie sur le plan international. Le rapport est notifié au demandeur (vers le seizième mois à compter de la date du dépôt national) qui doit répondre aux antériorités citées, soit en modifiant ses revendications, soit en retirant son dépôt des pays dans lesquels l'invention est similaire. Le demandeur dispose alors d'un délai d'un mois pour modifier ses revendications ou présenter des observations à l'appui des revendications qu'il maintient. Le rapport de recherche est alors rendu public par le Bureau international de Genève au terme d'un délai de dix-huit mois. L'ouverture de la phase nationale intervient au début du vingtième mois et la demande fait l'objet d'une délivrance d'un brevet national, dans chaque pays désigné, selon la procédure nationale. En d'autres termes, le titulaire du brevet aura bénéficié d'un délai de vingt mois, pendant lequel il a disposé d'une priorité internationale, qui lui a permis de rectifier ses revendications et de choisir en même temps les pays dans lesquels sa demande de brevet sera déposée.

269 - Examen de l'invention. - Le déposant peut encore étendre le délai de protection de son invention en soumettant celle-ci à un examen international, dit examen préliminaire de brevetabilité. Dans ce cas, l'ouverture de la phase nationale est différée de dix mois, c'est à dire, que pendant ce délai, le déposant bénéficie d'une priorité supplémentaire sur le plan international, en attendant l'examen de son invention, qui lui révélera cette fois si son brevet répond à tous les critères. Le rapport d'examen international est établi sur la base des dernières revendications déposées. En s'assurant de la solidité de son brevet sur le plan international, le déposant sera mieux avisé des pays où le dépôt est possible, avant l'ouverture de la phase nationale qui intervient le trentième mois au lieu du vingtième à compter de la date de dépôt national.

Le P.C.T. permet ainsi de bénéficier d' une recherche et d'un examen de la brevetabilité, qui ne conditionnent pas cependant la délivrance du brevet par les offices nationaux. En effet, chaque office national, notamment l'OMPIC en ce qui concerne le Maroc, applique les dispositions de sa propre législation. Notons que la délivrance des brevets ne se fait que sur le plan national car il n'existe pas de brevet international. Donc il ne faut pas confondre la recherche et l'examen sur le plan international avec la délivrance du titre.

§ 3 - Effets du brevet

270 - Monopole d'exploitation. - A compter du jour du dépôt de la demande, le brevet procure au titulaire et à ses ayants droits un droit exclusif d'exploitation de vingt ans (Art 51). C'est par son opposabilité absolue que ce droit constitue une propriété. Sa protection est assurée par l'action en contrefaçon (Voy. Infra n° 267). L'étendue de la protection est déterminée par les revendications que le juge peut interpréter au moyen de la description des dessins (Art. 52).

271 - Bénéficiaire du monopole. - La loi accorde ce monopole non pas au premier inventeur, mais au premier déposant (Art. 16 al. 2). Ceci lorsque plusieurs inventeurs ont réalisé la même invention, indépendamment l'un de l'autre. Lorsque l'invention est le résultat d'une collaboration de plusieurs inventeurs, il y a lieu de faire jouer le régime de la copropriété. Chacun des inventeurs peut alors soit exploiter lui-même soit concéder une licence d'exploitation à un tiers (sauf à indemniser les autres copropriétaires qui n'exploitent pas ou ne concèdent pas) soit encore céder sa quote-part (Art 77 et s.).

272 - Un régime spécial est prévu dans le cas d'inventions des salariés (Art. 18). Ce régime procède d'une distinction entre les inventions de services et les autres inventions. Les inventions de services sont définies comme celles que fait le salarié dans l'exécution, soit d'un contrat de travail

comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées. Elles appartiennent à l'employeur. Une rémunération supplémentaire doit être prévue par les conventions collectives et les contrats individuels de travail au bénéfice de l'inventeur.

Toutes les autres inventions appartiennent au salarié. Pourtant si cette invention est faite " soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou des moyens spécifiques à l'entreprise... ", l'employeur a le droit de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié. Ce dernier doit en obtenir un juste prix qui, à défaut d'accord des parties, est fixé par le tribunal.

273 - L'exploitation du brevet. - Pendant la période de protection, le titulaire du monopole peut exploiter lui-même son invention ; il peut aussi céder ses droits à un tiers ou les apporter en société. Il peut également concéder une ou plusieurs *licences d'exploitation* contre paiement de redevances. Il peut aussi donner le brevet en nantissement. Tous ces contrats portant sur les titres de propriété industrielle doivent être rédigés par écrit ; ils doivent en outre être mentionnés au registre national des brevets sous peine d'inopposabilité aux tiers (Art. 58).

274 - Une licence obligatoire sanctionne le *défaut d'exploitation* du brevet (Art. 60). Si le propriétaire du brevet n'a pas commencé à exploiter, ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter, dans les trois ans de la délivrance du brevet ou les quatre ans de la date de dépôt, ou si encore l'exploitation a été abandonnée depuis plus de trois ans, toute personne peut demander la délivrance d'une licence obligatoire de ce brevet. C'est au tribunal de déterminer les conditions de cette licence (durée, montant des royalties...) qui, en tout état de cause, ne peut pas avoir un caractère exclusif (Art. 62).

275 - Un régime de licence d'office au bénéfice de l'Etat existe en cas d'exploitation insuffisante ou anormale de médicaments ou de tout autre brevet lorsque cette carence porte gravement préjudice au développement économique ou à l'intérêt public (Art. 67). Les inventions concernant la défense nationale obéissent aussi à un régime de ce type (Art. 75).

276 - La contrefaçon du brevet. - Toute atteinte portée aux droits du propriétaire ou du titulaire du brevet constitue un fait de contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur (Art. 201) : la contrefaçon consiste notamment à fabriquer, utiliser, offrir, importer ou détenir un produit breveté sans l'accord de son propriétaire.

277 - Sanctions civiles. - Sur le plan civil les actes de fabrication et d'importation engagent la responsabilité des contrefacteurs indépendamment de leur bonne ou mauvaise foi. Les faits délictueux ne sont toutefois punissables que s'ils ont été commis en connaissance de cause lorsque leurs auteurs se bornent à utiliser, détenir ou commercialiser des produits contrefaits par autrui.

L'action en contrefaçon peut être exercée par le titulaire du brevet mais aussi par le titulaire d'une licence exclusive, lorsqu'après mise en demeure le titulaire du brevet n'a pas lui-même agi en justice (Art. 210). Elle se prescrit par trois ans à compter des faits de contrefaçon. Lorsque la contrefaçon est constituée, le tribunal condamne le contrefacteur à indemniser le titulaire du brevet. Mais cette sanction est insuffisante compte tenu de la durée moyenne des procès en contrefaçon. C'est pourquoi la loi a introduit une procédure d'interdiction provisoire qui permet d'obtenir, avant toute décision au fond, l'arrêt de l'activité litigieuse. Cette procédure relève de la compétence du président du tribunal statuant en référé. Le président du tribunal peut également subordonner la poursuite des actes de contrefaçon à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du breveté (Art 203).

278 - Interdiction provisoire des actes argués de contrefaçon. - L'Art. 203 permet l'interdiction provisoire des actes répréhensibles à certaines conditions. Lorsqu'un tribunal est saisi d'une action en contrefaçon sur le fondement d'un brevet, le président, saisi et statuant en la forme des référés, peut interdire à titre provisoire sous astreinte la poursuite des actes argués de contrefaçon, dès lors qu'ils entraîneraient un préjudice difficilement réparable et que l'action au fond lui apparaît sérieuse. La demande d'interdiction n'est admise que si l'action en contrefaçon a été engagée dans un délai maximum d'un mois à compter du jour où le breveté a eu connaissance des faits sur lesquels elle est fondée. Le président peut subordonner l'interdiction à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du préjudice subi par le défendeur si l'action en contrefaçon est ultérieurement jugée non fondée.

279 - Sanctions pénales. - Sur le plan pénal, ceux qui portent atteinte " sciemment " aux droits découlant du brevet encourent un emprisonnement de deux à six mois et une amende de 50 000 à 500 000 DH ; les peines sont doublées en cas de récidive (Art. 213). Les peines sont portées à un emprisonnement de six mois à deux ans et à une amende de 100 000 à 500 000 DH ou à l'une de ces deux peines seulement si le contrefacteur est un salarié ayant travaillé dans les ateliers ou dans l'établissement du breveté (Art. 215).

280 - Déchéance des droits du titulaire du brevet. - Il est important de noter que chaque année des taxes doivent être payés à l'OMPIC ; leur montant est faible mais le défaut de paiement entraîne la déchéance des droits attachés au titre. Toutefois en raison de la gravité de cette sanction, la loi accorde un délai supplémentaire de 6 mois. Par ailleurs, le breveté qui n'a pas payé à l'échéance du délai supplémentaire peut être *restauré* dans ses droits s'il justifie d'une excuse légitime (Art. 82). La décision de restauration est prise par l'OMPIC.

Section 2

Les dessins et modèles

281 - Protection des dessins et modèles. - Les articles 104 à 132 de la loi relative à la propriété industrielle protègent les *formes nouvelles*, telles que dessins de tissus, modèles de sièges ou de carrosseries, modèles de chapeaux, formes de bouteilles, moulages.... Comme pour le brevet d'invention, la loi confère un monopole d'exploitation au créateur. Mais à la différence du brevet d'invention, la création a pour objet l'agrément et non l'utilité. C'est pourquoi le créateur d'un dessin ou d'un modèle peut également invoquer en sa faveur la législation relative à la protection de la propriété littéraire et artistique, ce qui était déjà admis en vertu du principe de " l'unité de l'art ", ce qui est confirmé par la loi (Art 123). L'auteur est donc en droit de cumuler ces deux protections. En revanche si les créations sont indissociables d'une invention brevetable, c'est alors la réglementation sur les brevets d'invention qui est seule applicable (Art. 108).

282 - Dessins et modèles protégés. - Le dessin est une combinaison de lignes ou de couleurs qui présente une configuration distincte et reconnaissable. Le modèle est une combinaison de formes associée ou non à des lignes et couleurs. La protection légale suppose l'existence d'une oeuvre nouvelle et originale, impliquant un effort de création et portant l'empreinte de son auteur. La combinaison d'éléments connus peut être protégée si elle aboutit à un dessin ou à un modèle nouveau, ayant une *physionomie propre*.

283 - Condition de la protection. - Pour bénéficier du régime spécifique de protection, le dessin ou modèle doit être déposé à l'OM.P.I. A peine d'irrecevabilité le dépôt comporte l'identification du déposant et la reproduction du ou des dessins ou des modèles concernés ; il est rejeté s'il apparaît à l'examen qu'il n'est pas présenté selon les modalités

prescrites ou que sa publication est susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes moeurs (Art. 118).

Ce dépôt n'a pas la même portée qu'en matière de brevets d'invention ; il est déclaratif, et non pas attributif de droit. La propriété d'un dessin ou d'un modèle appartient en effet à celui qui l'a créé ou à ses ayants droits ; mais le premier déposant est présumé, jusqu'à preuve contraire, en être le créateur (Art. 106). Le dépôt détermine donc une date de création qui ne peut être contestée, sauf pour un tiers à démontrer que le même dessin ou le même modèle avait été créé antérieurement.

284 - Etendue de la protection. - La protection découlant du dépôt a une durée minima de cinq ans. A la demande du déposant, elle peut faire l'objet de deux prorogations successives qui donnent lieu aux mêmes conditions et formalités que le premier dépôt (Art. 122) : après une première période de protection de cinq ans, le bénéficiaire peut en effet demander deux nouvelles périodes pour une durée identique. La durée totale de la protection est donc de quinze années à partir de la date du dépôt initial (Art. 129).

Pendant ce délai, la loi assure la protection des dessins et modèles en ouvrant au déposant une *action en contrefaçon*, sur le plan civil et pénal, contre celui qui utilise indûment ses créations (Art. 219 à 221). En effet, la contrefaçon de dessins ou modèles constitue une faute civile et un délit pénal.

Mais l'absence de dépôt ne prive pas le créateur du droit de se prévaloir de la protection que lui accorde la loi au titre du droit d'auteur.

285 - Exploitation des dessins et modèles. - Le déposant peut bien entendu exploiter lui-même le dessin ou le modèle déposé, il peut également céder les droits qui en résultent ou concéder sur eux une licence d'exploitation. Pour être opposables aux tiers, ces actes doivent être inscrits au

"registre national des dessins et modèles industriels " tenu par l'organisme chargé de la propriété industrielle (OMPI) (Art. 126).

Section 3 **Marques de fabrique,** **de commerce et de service**

§ 1 - Protection de la marque

286 - Généralités. - La marque est un signe susceptible de représentation graphique qui permet de distinguer et d'identifier les produits ou les services d'une entreprise et d'attirer la clientèle. Les produits fabriqués par un industriel ont une marque de fabrique ; ceux diffusés par un commerçant, grossiste, grande surface ou détaillant sont des marques de commerce ; les prestations de service fournies par un hôtelier, un transporteur, un teinturier, etc..sont des marques de service. L'apposition d'une marque prend une importance croissante dans la vie moderne en raison de la diffusion des produits et de la réclame par la presse et la télévision.

Les` marques peuvent revêtir des formes très variées. Elles peuvent consister en dénominations de toutes sortes : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonyme, lettres, chiffres ou sigles. Elles peuvent aussi consister en signes figuratifs : dessins, étiquettes, cachets, logos, images de synthèse... mais aussi combinaisons ou nuances de couleurs (Art. 133). Un titre de journal peut constituer également une marque.

287 - Conditions de validité de la marque. - Les signes énumérés par l'Art.133 peuvent être utilisés comme marque s'ils ont un caractère distinctif (Art. 134). L'Art. 134 et s. complètent de façon négative la définition du caractère distinctif en éliminant trois catégories de signes qui sont dépourvus de ce caractère. Ne peuvent être utilisés comme marques que les signes *licites, originaux et disponibles*.

a) *L'illicéité de la marque*. Elle peut avoir deux sources différentes. Le signe choisi peut en premier lieu être contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Il est par exemple interdit de choisir comme marque un signe qui reproduit l'effigie de Sa Majesté le Roi, ou celle d'un membre de la Famille Royale ou de choisir comme marque des armoiries, drapeaux, emblèmes (anneaux olympiques ou croix rouges). Le signe ne doit pas en second lieu être frauduleux ou déceptif, c'est à dire de nature à tromper la clientèle⁽⁸⁴⁾. La marque est donc nulle lorsqu'elle induit en erreur le public sur la nature, les qualités substantielles, la composition, l'espèce ou l'origine du produit ou du service (Art. 134).

b) *Originalité de la marque*. Elle est nécessaire. En effet, une marque ne peut individualiser un produit que lorsqu'elle diffère suffisamment de l'appellation des autres produits. L'originalité de la marque disparaît lorsque le signe utilisé est générique ou descriptif (Art. 134) : *générique*, il constitue l'appellation habituelle du produit ou du service (a). L'application de cette dernière exclusion risque de poser problème pour les marques constituées d'une formule en langue étrangère, exemple : Peppermint pour l'alcool de menthe. L'application est également délicate dans le cas de marques de service tendant presque naturellement à renseigner le public sur les prestations qu'elles désignent, exemple : Chic pour des articles de mode⁽⁸⁵⁾; *descriptif*, il ne fait qu'énoncer la qualité essentielle du produit (b), exemple: " menthe " d'une région déterminée du Maroc ne peut constituer une marque. Dans les deux cas, l'appellation ne distingue pas le produit des autres et il serait inconcevable de

84 - Voir Pour des montres qui n'étaient pas suisses, Tbl. G.I. 10 janv. 1962 : Rev. Trim. Dr. Com. 1963 p. 311, obs. ROUBIER et CHAVANNE - Mokalux pour un café de second choix, Paris, 22 avril 1968 : Rev. Trim. Dr. Com. 1968, p. 1036 obs. CHAVANNE

85 - Selon Paris, 23 Juin 1981 : D. 1982, 434, Marque Camping Gaz n'est pas un signe générique. Selon Paris 28 Juin 1982 ; Rev. Trim.dr.com. 1982,239, obs. CHAVANNE et AZEMA, la marque " Masculin " est générique.

protéger des signes qui priveraient les concurrents de la possibilité d'informer le consommateur des qualités de leurs produits.

L'Art 134 (c) écarte également *les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle*. Une couleur ou une forme peut constituer une marque valable pour un produit dès lors qu'elle n'est pas inhérente au produit, exemple : Cordon rouge pour une marque de champagne.

c) *Disponibilité de la marque*. La marque est disponible lorsqu'elle n'est pas antérieurement utilisée sur le territoire national pour désigner un produit identique. La nouveauté s'apprécie ici de manière relative ; il ne s'agit pas en effet comme pour les brevets d'invention ou les dessins et modèles d'évaluer les mérites d'une création, il s'agit de mesurer les risques de confusion. Par conséquent deux marques identiques peuvent parfaitement exister sur le territoire national, dès lors qu'elles identifient deux produits différents, exemple : Mont-Blanc pour des stylos et des desserts.

Une exception à cette règle est cependant consentie en faveur des marques notoires (Art.137), c'est à dire, connues d'un large public. Ainsi, l'emploi d'une marque de haute renommée ou d'une marque notoire pour des produits ou services qui ne sont pas similaires à ceux qu'elle couvre, engage la responsabilité civile de son auteur s'il est de nature à causer un préjudice au propriétaire ou constitue une exploitation injustifiée de la notoriété⁽⁸⁶⁾. La notoriété s'apprécie soit par rapport à l'ancienneté de la marque, soit par rapport à l'importance de la diffusion des produits ou des services qui la soutiennent. Le titulaire d'une marque notoire est protégé même en l'absence d'enregistrement. Le titulaire

86 - Cass. Com. 18 janv. 1994, R.D.C., 1994,265, obs. CHAVANNE.

d'une marque notoire peut réclamer l'annulation d'une marque susceptible de créer une confusion avec la sienne pendant cinq ans à compter de la date de l'enregistrement de cette dernière, à moins que le déposant n'ait effectué le dépôt de bonne foi (Art. 162). Mais compte tenu de la notoriété de la marque, on peut se demander si le déposant sera admis à se prétendre de la bonne foi.

288 - L'interdiction d'adopter comme marque *un signe portant atteinte à des droits antérieurs* est étendue à d'autres cas prévus par l'Art. 137. Cette interdiction concerne, notamment, une marque antérieurement enregistrée, une dénomination ou raison sociale, une appellation d'origine protégée, des droits d'auteurs, des droits résultant d'un dessin ou modèle protégé, des droits de la personnalité d'un tiers (son nom patronymique ou son pseudonyme ou son image), et la liste n'est pas limitative.

289 - Acquisition de la marque. - La marque s'acquiert par l'enregistrement (Art.140). Cet enregistrement donne lieu à la délivrance d'un titre de propriété industrielle appelé "*certificat d'enregistrement de marque de fabrique, de commerce ou de service*" (Art. 143 Al.2). L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable (Art. 152). Si le renouvellement de l'enregistrement ne comporte ni modification du signe, ni extension de la liste des produits ou des services, il n'est pas soumis à l'examen administratif préalable destiné à vérifier que la marque satisfait aux conditions de fonds prescrite par les articles 144 et 145. Une nouvelle période de dix ans court à compter de l'expiration de la précédente (Art.152 Al.4).

Par exception, la marque notoire est protégée en l'absence d'enregistrement. L'Art. 142 prévoit le cas particulier où un enregistrement est demandé, " soit en fraude aux droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle ". Il en est ainsi si une personne, sur le point

de déposer une marque, est devancée par un concurrent qui dépose cette marque avant elle. La personne lésée peut exercer une action en revendication qui lui permet d'être substituée au déposant de la marque contestée. L'action en revendication se prescrit par trois ans à compter de la date de l'enregistrement de la marque, à moins que le déposant soit de mauvaise foi (Art.142 Al.2). Dans ce dernier cas, la prescription de quinze ans paraît applicable.

290 - Marques collectives. - Le législateur distingue la *marque collective proprement dite* et les *marques de certification*.

La *marque collective* proprement dite est celle qui appartient à plusieurs entreprises et qui peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement (Art. 166 Al.1). Elle se rapproche de la marque individuelle car elle est destinée à identifier l'origine d'un produit ou d'un service ; elle en diffère parcequ'elle désigne des produits ou des services provenant de plusieurs entreprises. Elle est soumise à toutes les dispositions de la loi qui sont applicables aux marques individuelles : validité, enregistrement, protection.

La *marque collective de certification* est destinée à garantir qu'un produit ou un service présente, notamment quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement (Art. 166 Al.2). Elle a pour caractéristique de ne pouvoir être déposée que par une personne morale qui n'est ni fabricant, ni importateur, ni vendeur des produits ou services concernés (Art. 171). Le dépôt doit comprendre un règlement déterminant les conditions auxquelles est subordonné l'usage de la marque. Cet usage est ouvert à toutes les personnes, distinctes du titulaire, qui fournissent des produits ou services répondant aux conditions imposées par le règlement (Art. 172). La marque collective de certification ne peut faire l'objet ni de cession, ni de gage, ni d'aucune mesure d'exécution forcée ;

toutefois, au cas de dissolution de la personne morale qui en est titulaire, elle peut être transmise à une autre personne morale si cette dernière se charge du contrôle effectif de l'emploi de la marque (Art.173). L'enregistrement peut être annulé sur requête du ministère public ou à la demande de tout intéressé, lorsque la marque ne répond plus à l'une des prescriptions spéciales des articles 166 et s. : ainsi si un règlement n'a pas été déposé. Si une marque de certification est frappée de nullité ou de déchéance, elle ne peut être ni déposée ni utilisée à un titre quelconque pendant un délai de dix ans (Art.174).

§ 2 - Droits et obligations du titulaire

291 - Droit de propriété. - L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur la marque (Art.153) pour dix ans indéfiniment renouvelable (Voy. Infra n° 289). Ce droit est protégé par une action en contrefaçon (Voy. Supra n° 294 et s.). Mais la protection ne peut être réclamée que si un concurrent use du signe déposé pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux qui ont été désignés dans la demande d'enregistrement.

292 - Exploitation de la marque. - Elle donne au déposant le droit d'utiliser sa marque et l'obligation de l'exploiter. En effet, il peut être déchu de ses droits (Voy.n° 294) L'exploitation peut être réalisée par l'exploitant lui-même ; elle peut aussi résulter de la cession de la propriété de la marque (vente, apport en société...) ou de son usage (licence de marque). Les contrats seront, comme en matière de brevet, écrits et publiés au registre national des marques de l'OMPIC (Art. 156 et 157).

293 - Déchéance des droits. - Est déchu des droits attachés à la marque " *le propriétaire qui, sans juste motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services couverts par l'enregistrement pendant une période ininterrompue de cinq ans* " (Art.163). Est assimilée à une

exploitation sérieuse : a) l'usage fait avec le consentement du propriétaire (par un licencié par exemple), b) l'usage de la marque sous une forme modifiée qui n'en altère pas le caractère distinctif, c) l'apposition de la marque sur des produits ou leur conditionnement, exclusivement en vue de l'exportation. L'usage sérieux de la marque, commencé ou repris après la période de cinq ans, fait obstacle à la déchéance, mais il en est autrement si l'exploitation a été entreprise dans un délai de trois mois après que le propriétaire ait eu connaissance de l'éventualité de la demande de déchéance.

L'Art.164 prévoit un autre type de déchéance, qui résulte des directives de l'Union Européenne (et ne concernant pas le Maroc) : le propriétaire encourt la déchéance d'une marque devenue de son fait a) la désignation usuelle dans le commerce du produit ou du service ; b) propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service. Mais dans ce cas il n'y a déchéance que si la marque est devenue générique ou déceptive *du fait du propriétaire* : il en est ainsi du propriétaire qui n'a pas réagi contre l'utilisation généralisée de sa marque et de l'avoir acceptée implicitement par son attitude passive.

294 - Action en contrefaçon. - La contrefaçon est la reproduction servile de la marque d'autrui : elle est civilement et pénalement réprimée.

295 - Sanctions civiles. - L'atteinte portée au droit de propriété sur la marque, dans les conditions décrites par les Art. 154 et 155, engage la responsabilité civile de son auteur⁽⁸⁷⁾. La loi distingue deux catégories d'actes interdits, sauf autorisation du propriétaire. Dans les cas les plus

87 - Voy. NUSSENBAUM, Evaluation du préjudice de marque, J.C.P. 1993, éd. E. 1,303 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence, R.D.C. 1994,455.

graves, l'atteinte au droit du propriétaire résulte de la seule matérialité des faits : a) reproduction, usage ou apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que "formule, façon, système, méthode ", usage d'une marque reproduite, pour des produits ou *services identiques* à ceux couverts par l'enregistrement. Dans d'autres cas, la poursuite suppose que les actes des concurrents créent un *risque de confusion* dans l'esprit du public : a) reproduction, usage ou apposition d'une marque, usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux couverts par l'enregistrement ; b) imitation d'une marque et usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement. Dans tous les cas, la bonne foi des contrevenants est indifférente.

L'action civile en contrefaçon est normalement engagée par le propriétaire de la marque, mais elle peut l'être par le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation, sauf stipulation contraire du contrat, si, après mise en demeure, le titulaire n'agit pas. En outre, tout licencié est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par une autre partie, afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre (Art. 202).

296 - Interdiction provisoire des actes argués de contrefaçon. - L'art. 203 étend au domaine des marques la mesure d'interdiction provisoire empruntée au droit des brevets (Voy. infra n° 278). Cette mesure est renforcée par la faculté offerte au propriétaire d'une marque ou d'un droit exclusif d'exploitation, de faire saisir à l'importation, en vertu d'une décision judiciaire, des marchandises présentées en douane sous une marque constituant une contrefaçon (Art.206). Notons que cette saisie peut être effectuée à la requête du ministère public.

297 - Sanctions pénales. - Le législateur a renforcé la protection de la marque en sanctionnant de peines correctionnelles l'atteinte aux droits du propriétaire (Art. 225

et s.). Il s'agit notamment de l'emprisonnement, l'amende, la destruction des objets contrefaits..

Il pose le principe d'un délit unique de contrefaçon dans toutes les interdictions énoncées par l'Art. 154 : reproduction, imitation, utilisation, apposition, suppression ou modification d'une marque en violation des droits conférés par son enregistrement. Il frappe des mêmes peines la détention sans motif légitime et en connaissance de cause, la vente, la mise en vente, la fourniture ou l'offre de fourniture faite sciemment d'un produit ou d'un service autre que celui demandé sous une marque enregistrée. Les peines édictées par les articles 225 à 228 sont applicables en matière de marques collectives ou de marques collectives de certification (Art. 229).

298 - Transmission des droits. - Les droits attachés à la marque peuvent être transmis en totalité ou en partie. Le transfert est partiel lorsqu'il porte seulement sur certains attributs de la propriété (usufruit), ou sur un produit à l'exclusion d'autres produits désignés dans l'enregistrement.

Sans céder son droit de propriété, le titulaire de la marque peut céder à un tiers le droit de l'exploiter sous forme de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive. La licence est dite non exclusive lorsque le titulaire garde le droit de conférer d'autres licences pour les mêmes produits ou services ; elle peut résulter d'un règlement d'usage ou s'insérer dans un contrat-cadre, de franchise, par exemple. La licence est exclusive lorsque le titulaire de la marque s'engage à ne pas conférer d'autres licences. Le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut, comme le propriétaire lui-même, engager l'action civile en contrefaçon ou déclencher la procédure de saisie telle qu'elle est prévue par l'Art.159 ou enfin, demander l'interdiction provisoire des actes argués de contrefaçon ou la retenue en douane (Voy. infra n° 296).

D'après la formule très générale de l'Art. 157, toute transmission ou modification des droits attachés à une marque enregistrée, doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au Registre national des marques, tenu par l'OMPIC. L'article 157 s'applique aux transmissions entre vifs ou à cause de mort, concessions de licence, constitutions de gage, renonciations à ce dernier, saisie, mainlevée de saisie, jugement prononçant la nullité ou la déchéance d'une marque.

TITRE IV

L'ENTREPRISE COMMERCIALE

299 - Il n'y a pas, en droit marocain, de statut de l'entreprise commerciale parce qu'il n'y a pas de statut de l'entreprise. Cependant, des analyses doctrinales ont contribué à développer la notion juridique d'entreprise, mais la nature juridique de l'entreprise, telle qu'elle résulte de ces analyses, reste vague. En effet, certains juristes la conçoivent avant tout comme une unité économique⁽⁸⁸⁾ et d'autres comme une organisation humaine⁽⁸⁹⁾. Une troisième thèse, qui est la synthèse⁽⁹⁰⁾, est l'union intime des deux : la composante économique rassemblant des éléments matériels et la composante sociale comportant des éléments humains nécessaires à la mise en œuvre des premiers éléments. Cette thèse recueille l'adhésion de la plus grande partie de la doctrine⁽⁹¹⁾. L'entreprise est donc une notion économique plus que juridique. En effet, pour les économistes, l'entreprise est présentée comme une organisation où se combinent divers facteurs, humains et matériels, en vue de produire et de vendre sur un marché des biens ou des services en réalisant du profit.

88 - Voy. M. PEDAMON - Droit commercial, Dalloz 1994 n° 386, Les thèses en présence.

89 - Voy. MM. HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET dans leur traité de droit commercial - 2^e éd°, t.1, vol. 1, Dalloz 1980, ° 208 et s.

90 - " L'entreprise et le droit ", préface G. MARTY, LGDJ, 1957, n° 225 et s., 392 et s.

91 - N. CATALA, " l'entreprise " in Traité de droit du travail, Dalloz 1980, p.3 et s. ; J. PAILLUSSEAU, "le big bang du droit des affaires à la fin d XX^e siècle" J.C.P. 1988.I.3330.

200

Mais une telle activité de l'entreprise ne peut se dérouler dans un univers juridique vide. L'activité de l'entreprise doit respecter certaines règles du jeu qui tendent, soit à en limiter la liberté, soit à prévenir les difficultés financières qu'elle peut rencontrer au cours de sa vie sociale et qu'elle ne peut surmonter par elle-même.

CHAPITRE I

L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE

300 - L'activité de l'entreprise se déroule dans un univers de liberté. En effet, notre époque ne renie pas la liberté du commerce et de l'industrie, mais ce principe reçoit aujourd'hui de notables exceptions : Les unes sont justifiées par les impératifs du droit de la concurrence, les autres par les nécessités de la protection du consommateur.

Section I

Réglementation de la concurrence

301 - Le principe de la libre concurrence. - Le principe de la libre concurrence trouve son origine dans le principe de liberté du commerce et de l'industrie, c'est à dire, la liberté de s'établir dans une profession de son choix qui a valeur constitutionnelle (Voy. Supra, n° 118). Il doit permettre aux entreprises d'exercer leur activité dans un système de compétition également ouverte à chacun. Ce principe implique la liberté de concurrencer autrui " sans être défavorisé par rapport à lui "⁽⁹²⁾. Or cette libre concurrence est menacée à la fois dans son existence et dans son expression. Nombre de procédés utilisés par les entreprises visent en effet à restreindre la concurrence, de façon à se réserver une certaine part du marché. Le législateur s'est donc soucié d'assurer un meilleur fonctionnement de la libre concurrence. Mais la libre concurrence ne justifie pas la concurrence déloyale, telle l'imitation des produits du concurrent ou le débauchage de son personnel⁽⁹³⁾.

92 - J. AZEMA, Le droit français de la concurrence, PUF, Thémis, 1989, p. 27.

93 - Le droit réagit en usant de la disposition à tout faire du D.O.C., l'article 77.

Ainsi, et en d'autres termes, si la concurrence n'est pas condamnable en elle-même puisqu'elle s'inscrit dans la logique du principe de liberté du commerce et de l'industrie, elle devient au contraire nuisible lorsqu'elle s'exprime par des procédés anormaux et tend à créer un monopole au profit de certaines entreprises : l'existence même de la concurrence est alors menacée. Dans d'autres hypothèses, c'est la loyauté de la concurrence qu'il convient de préserver contre des pratiques contraires aux usages du commerce.

Sous -Section 1

Menaces sur la libre concurrence

302 - Ces menaces résultent de certaines pratiques qui portent atteinte aux mécanismes de la concurrence et aux intérêts privés des concurrents. Tout ces dangers sont appréhendés par la loi n° 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁽⁹⁴⁾.

§ 1 - Les atteintes aux mécanismes de la concurrence

303 - Ces atteintes consistent dans des pratiques anticoncurrentielles (entente, position dominante) et dans des opérations de concentration d'entreprises qui ont pour caractéristique commune d'affecter le fonctionnement du marché.

Les pratiques anticoncurrentielles peuvent avoir aussi des effets bénéfiques. C'est la raison pour laquelle la réglementation de la concurrence s'articule autour d'un principe d'interdiction et d'exception à ce principe. Elle opère une distinction entre les bonnes et les mauvaises ententes, entre les activités répréhensibles et celles qui peuvent être justifiées. Mais cette distinction est assez délicate car il peut

94 - Dahir n° 1.00.225 du 5 juin 2000 portant promulgation de la loi 06/99 - BO n° 4810 du 6 juillet 2000.

arriver qu'à l'intérieur d'une même entente ou d'une même position dominante... soient mêlés des aspects négatifs (hausse artificielle des prix...) avec des aspects positifs (expansion du secteur professionnel...). De ce constat procède le contrôle des concentrations. C'est pourquoi des procédures sont appelées à être appliquées en la matière qui font intervenir le Conseil de la concurrence, organe exerçant un pouvoir de contrôle. Mais l'intervention du Conseil de la concurrence n'a pas partout la même portée.

Il convient donc de déterminer tout d'abord les différentes atteintes prohibées avant d'examiner l'intervention du Conseil de la concurrence.

A - LES DIFFERENTES ATTEINTES

a) Les ententes

304 - Le principe. - Tout accord de nature à entraver le jeu du marché est susceptible d'emporter la condamnation des intéressés. Ce principe est posé dans l'article 6 de la loi, qui dispose : *" Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites, notamment lorsqu'elles tendent à :*

- " 1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- " 2. Faire obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
- " 3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
- " 4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ".*

Mais l'entente empêchant le libre jeu de la concurrence a parfois des effets favorables, par exemple au regard de la

qualité des produits, du maintien de l'emploi, conséquences qu'il ne serait pas raisonnable de ruiner en prohibant ladite entente. Il y a ainsi des faits justificatifs qui l'emportent et qui interdisent la répression, d'où l'utilité de distinguer les ententes illicites des ententes justifiées.

1°) LES ENTENTES ILLICITES

305 - Forme de l'entente. - L'article 6 est particulièrement large : actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions. L'entente résulte d'un accord de volontés. Mais l'accord conclu entre sociétés d'un même groupe n'est pas une entente, car le groupe doit être considéré, au regard du droit de la concurrence, comme une seule entreprise. En effet, une filiale ne dispose d'aucune autonomie de décision à l'égard de la société mère, son actionnaire majoritaire. Par contre, l'accord de volonté, que l'on considère un accord illicite, est celui qui résulte d'un groupement d'entreprises de nature contractuel (association, syndicat, société créée de fait ou en participation⁽⁹⁵⁾, GIE⁽⁹⁶⁾) visant à limiter la concurrence. Les formes des ententes sont donc très variées : contrat, convention, protocole d'accord et aussi les décisions d'un syndicat professionnel, d'un ordre professionnel ou d'un groupement d'intérêt économique constitué par plusieurs concurrents.

L'entente existe même lorsque l'accord est tacite ; c'est le sens de la formule " actions concertées " de l'article 6. Il s'agit de pratiques suivies par des entreprises qui alignent leurs décisions les unes sur les autres. L'entente résultera ici d'un parallélisme du comportement.

La règle joue sans restriction. Elle joue pour les entreprises privées, qu'elles revêtent la forme d'une société ou qu'elles soient exploitées en nom propre, c'est à dire par

95 - Voir Com. 1 janv. 1995 : RJDA, n° 596.

96 - Voir décision du conseil de surveillance en France : JCP 88, éd. E, 17966.

des personnes physiques. La règle joue également pour les entreprises publiques. En effet, il ne faut pas que les groupes et organismes divers qui appartiennent à ce secteur s'abritent derrière l'intérêt général, a fortiori derrière les prérogatives de puissance publique de l'Etat pour se soustraire aux obligations qui pèsent sur les autres opérateurs de la vie économique. L'article 1^{er} de la loi affirme à cet égard que les règles définies par celle-ci s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services. Elles s'appliquent ainsi aux personnes publiques mais dans la mesure seulement où ces dernières " *interviennent dans les activités visées comme opérateurs économiques et non dans l'exercice de puissance publique ou de mission de service public* ".

306 - Objet et effet de l'entente.- Ce n'est pas la forme d'une entente qui confère à celle-ci son caractère illicite, mais son objet ou son effet. L'Art. 6 de la loi 6/99 vise à la fois l'objet et l'effet, il suffit que l'un ou l'autre soit illicite pour que l'entente le soit. Au sens large, l'entente doit avoir pour but et pour effet de fausser la concurrence lorsqu'elle est le fait d'une entreprise dominante. Le but de l'accord de volontés peut être explicite ou implicite. Quant à l'effet, il s'agit des incidences de l'accord de volontés, qui peuvent être même virtuelles puisque l'article 6 emploie les termes "*peuvent avoir pour effet* ". Plus précisément, il distingue quatre hypothèses qu'il convient d'apprécier concrètement :

307 - Ententes interdisant à la concurrence l'accès au marché. - Le boycottage économique constitue l'une des expressions de ces ententes : les entreprises d'un secteur déterminé décident, après concertation, de ne pas contracter avec certains partenaires, ou de ne pas acheter certains produits⁽⁹⁷⁾. La pratique du " *déférencement* " est une forme de mise à l'index⁽⁹⁸⁾. C'est le cas d'un groupement ou d'une

97 - Com. 13 mars 1963 ; D. 1964,97 note PLAISANT.

98 - Voir DELBARRE et LAVABRE, Centrales d'achats et de services : référencement et déréférencement : D. 1985, chron. 165.

centrale d'achat qui décide de retirer un fournisseur de la liste des entreprises qu'il conseille à ses adhérents. Le "défèrement" est critiquable lorsqu'il n'est pas justifié par des critères objectifs liés au prix ou à la qualité des produits. Il pourra même être considéré comme abusif (Voy. infra n° 315).

La pratique des accords de répartition ou de quota relève également de cette interdiction : la clause de quota tend à limiter la production des participants à l'entente pour répartir entre eux les débouchés et sanctionne parfois d'amendes les dépassements de production.

Sont condamnées aussi les remises cartellisées, par lesquelles certains fournisseurs accordent des remises à ceux de leurs clients qui passent commandes aux seules entreprises constituées en entente. La remise consentie par une entreprise seule n'est pas critiquable au regard du droit de la concurrence.

308 - Entente par accord sur les prix. - L'entente est illicite si elle a pour objet ou peut avoir pour effet de "*faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse*". Les ententes en matière de prix se rencontrent surtout dans les secteurs des biens fongibles et des produits substituables où la compétition par les prix représente le mode normal d'exercice de la concurrence. C'est précisément cette compétition qu'elles tendent à restreindre, voire à supprimer. Ces ententes peuvent consister dans la pratique de barèmes professionnels collectifs diffusés par des groupements professionnels à l'intention de leur adhérents. Un exemple d'entente sur les prix relevé par la commission de la concurrence en France a consisté dans un accord entre certains distributeurs et plusieurs fabricants pour éviter que les prix ne soient cassés par des distributeurs concurrents⁽⁹⁹⁾.

99 - Affaire Darty, Commission de la concurrence, 27 sept. 1979, RTD com. 1980, p. 395.

La hausse des prix présente un intérêt certain pour les entreprises ; la baisse des prix tend à éliminer la concurrence des entreprises qui ne peuvent suivre le mouvement de baisse, pour disposer ensuite d'une plus grande liberté en matière de prix (dumping).

309 - Ententes limitant la production ou entravant le progrès technique. - L'entente est illicite si elle a pour objet ou peut avoir pour effet de " *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investisseurs ou le progrès technique* ". Pour illustrer le cas de limitation de la production, on citera le fait pour des fabricants de se concerter pour retarder la mise sur le marché d'un produit déjà commercialisable et moins coûteux, ou pour assurer la survie artificielle d'un produit périmé. Dans le cas d'ententes qui entravent le progrès technique, on peut citer certains agissements consistant dans le fait de retarder volontairement l'emploi de certaines techniques éprouvées, s'il est de nature à justifier une baisse des prix.

310 - Ententes ayant pour objet la répartition des marchés. - L'entente est illicite si elle a pour objet ou peut avoir pour effet de " *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ". L'idée de base consiste, pour éviter toute concurrence entre deux ou plusieurs entreprises, à reconnaître à celles-ci un " droit " sur leur propre clientèle et à s'interdire de braconner sur le terrain des membres de l'entente.

Une bonne illustration résulte de la pratique consistant dans la répartition des offres dans les marchés publics. Les entreprises candidates à l'adjudication se concertent pour se répartir les marchés. L'entreprise désignée fixe son prix d'offre et les autres entreprises déposent un prix supérieur de manière à ce que la première soit choisie à l'issue de la procédure d'adjudication. Ces soumissions concertées de marchés publics procèdent à la fois des accords de prix et des accords de répartition des marchés. Mais elles ont pour effet

de tromper les administrations et collectivités locales qui recourent à la concurrence pour l'exécution de travaux ou différentes fournitures et les privent de ce fait du libre choix de leurs partenaires. Ces pratiques peuvent aboutir à l'établissement d'un " tour de rôle " dont les professionnels demeurent les seuls maîtres.

Une autre illustration de cette entente résulte aussi des quotas de fabrication qui consistent à affecter à chacun des membres de l'entente, en fonction de ses performances antérieures ou de ses capacités productives, un certain contingent de la production globale à réaliser. Ces ententes peuvent s'accompagner de l'interdiction de tout dépassement sous peine de sanctions financières ou économiques.

2°) LES ENTENTES JUSTIFIÉES

311 - L'article 8 de la loi énonce trois faits justificatifs : Le premier résulte de l'existence d'un texte législatif ; le second d'une contribution de l'entente au progrès économique ; le troisième tient compte de la taille de l'entente. Ces faits justificatifs, sans enlever à l'entente son caractère illicite en ce qu'elle fausse le libre jeu de la concurrence, affranchissent les parties à l'entente des conséquences généralement attachées à une entente illicite. L'entente, bien qu'empêchant ou restreignant le jeu de la concurrence, n'est pas sanctionnée. Les trois faits justificatifs seront successivement étudiées ci-après :

312 - *Permission légale.* - La justification de l'entente peut résulter d'une loi ou d'un règlement. Ce cas évoque le fait justificatif tiré de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime que connaissent les pénalistes⁽¹⁰⁰⁾. D'après les dispositions de la loi sur la concurrence, c'est un cas justificatif qui doit être interprété avec la même rigueur qu'en droit pénal. Ainsi, d'une part, l'entente en cause doit

résulter d'une loi ou d'un règlement : la condition est remplie si le texte institue l'entente ; d'autre part, en dehors d'un texte légal ou réglementaire, il n'y a pas de fait justificatif. Ainsi, par exemple, les encouragements d'une administration ou d'une collectivité locale ne constituent pas un fait justificatif. Enfin, ne peut justifier une entente le fait que celle-ci résulte de l'exercice d'un droit reconnu par la loi. Il en est ainsi de l'existence du droit de brevet ou de marque et du droit exclusif d'exploitation qui en résulte. Ces derniers droits sont incontestablement licites, mais leur exercice, lorsque qu'ils ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, tombe sous le coup du droit des ententes comme abusif⁽¹⁰¹⁾.

313 - Contribution au progrès économique. - Les effets bénéfiques de l'entente légitiment celle-ci. Toutefois les exigences posées par le texte sont strictes. En effet, trois conditions cumulatives sont nécessaires à l'exemption de l'entente : elle doit avoir "*pour effet de contribuer au progrès économique* ", par exemple par l'accroissement de la productivité ; il faut encore qu'elle permette aux utilisateurs de recevoir "*une partie équitable du profit qui en résulte* ". Il est enfin exigé que l'entente ne donne pas "*aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ".

314 - Exemption d'une catégorie d'entreprises. - L'incertitude dans laquelle peuvent se trouver les parties à l'entente qui tombent sous le coup de l'exemption de l'article 8 a amené le législateur à définir par avance des catégories d'ententes affectant le libre jeu de la concurrence mais pouvant être légitimées. La justification résulte de "*certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des petites ou moyennes entreprises ou la commercialisation par les agriculteurs de leurs produits* ".

101 - Voir J.M. MOUSSERON, L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention : mélange Cabrillac, p. 345.

Ces ententes peuvent être reconnues comme satisfaisant aux conditions du paragraphe 2 du premier alinéa de l'article 8, après avis du Conseil de concurrence.

b) Les abus de domination

315 - Conditions de la prohibition légale. - La concurrence est menacée si l'un des intervenants sur un marché est en mesure de dicter sa loi ; sa puissance l'affranchit des contraintes de la concurrence. Mais cette position ne constitue qu'une menace à la libre concurrence et n'élimine pas forcément la concurrence. Autrement dit, la position dominante d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises est licite tant qu'elle ne constitue pas un abus. En effet, l'article 7 le précise par ces termes : "*est prohibée...l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci*". Ainsi la condamnation suppose que soient identifiées la position dominante et l'exploitation abusive de cette position.

316 - Nécessité d'un marché de référence. - La position est dominante par rapport à un marché qui se définit comme le lieu où se confondent l'offre et la demande de produits ou de services susceptibles de répondre à un même besoin. La domination exercée se déduit normalement de la part de marché détenue par l'entreprise. Le marché de référence se caractérise par la zone géographique qu'il recouvre et la clientèle desservie. Cependant, il est tenu compte dans cette définition des produits et services substituables.

Exemple : une entreprise représente 40 % du marché des farines de viande. Pour apprécier si elle a une position dominante, il faut nécessairement définir le marché en cause: ce n'est pas seulement celui des farines de viande, car plusieurs produits sont substituables à celui-ci, exemple les farines de poisson, le marché à prendre en considération est

donc celui qui englobe les produits réputés substituables (Art.10 Al.2), à savoir le marché des protéines ; or sur ce marché la part de l'entreprise en question est loin d'être aussi importante que sur celui des farines de viande.

317 - Notion de domination. - La domination de marché peut résulter d'une situation de monopole. Ainsi de la part prépondérante que détient sur le marché l'entreprise concernée. Mais ce critère quantitatif n'est pas le seul et la position dominante peut résulter, qualitativement, de l'avance technologique dont dispose l'entreprise ou de la notoriété de ses marques. La domination de marché peut aussi se révéler à la suite de l'implantation de l'entreprise concernée sur plusieurs marchés ; une telle implantation est " en effet susceptible de lui conférer des avantages d'ordre à la fois financier et stratégique qui doivent être pris en considération pour apprécier sa situation face à celle de ses concurrents ne disposant pas des mêmes atouts "⁽¹⁰²⁾.

318 - Notion d'exploitation abusive. - Selon l'art. 7 al. 2, les abus peuvent consister en " refus de vente, en vente liée ou en conditions de vente discriminatoires⁽¹⁰³⁾ ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ". Ainsi sont abusives les clauses d'exclusivité, de non concurrence ou de quota provenant d'entreprises dominantes.

319 - Justifications. - Ces agissements, en principe prohibés, peuvent cependant être justifiés. Les faits justificatifs sont les mêmes qu'en matière d'entente (Voy. Supra 311 et s.), sauf pour le cas résultant des catégories d'entreprises (n° 314).

102 - Voir M. PEDAMON, Précis de droit commercial, Dalloz 1994, p. 435

- 103 - Voir P. PIGASSOU, Refus de vente et pratiques discriminatoires, GP 1987, II, Doctr., p. 544.

c) Concentrations d'entreprises

320 - Le contrôle des concentrations. - Certaines atteintes à la concurrence, notamment celles résultant de l'exploitation abusive d'une position dominante, peuvent être évitées par l'intervention de l'administration en amont, c'est à dire au moment où la position dominante se constitue. Mais le législateur a prévu également cette intervention *a priori* en définissant les opérations de concentration soumises à contrôle et les modalités de ce contrôle.

321 - Notion de concentration. - Selon l'article 11, elle englobe deux sortes d'actes : d'abord "*tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise..*". Ainsi toute opération qui affecte la structure des entreprises : fusion de deux entreprises, prise de participation, voire filiales communes ou contrats de gérance-libre (Voy. Infra n° 185 et s.). Elle englobe ensuite tout acte "*qui a pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs entreprises une influence dominante*". Dans ce dernier cas, la loi permet d'atteindre toute forme d'intégration contractuelle ; la perte d'autonomie de décision d'une entreprise sera l'indice d'une opération de concentration.

322 - Le seuil de contrôle. - L'intervention de l'administration ne concerne pas toutes les opérations de concentration, car toutes ne menacent pas la concurrence. L'article 11 définit donc un seuil au-delà duquel l'opération de concentration peut faire l'objet de contrôle. Ce seuil est atteint lorsque les entreprises concernées réalisent ensemble plus de 40 % du chiffre d'affaires du marché considéré.

323 - L'objet du contrôle. - Le contrôle a pour objet de rechercher d'abord si l'opération de concentration projetée, ou réalisée, est "*de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position*

dominante " (Art. 10 al.1), puis, en cas de réponse positive, si cette opération " apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence " (Art. 42 al.2). L'évaluation de cette contribution tient compte de " la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ".

324 - Les incidences du contrôle. - Le Conseil de concurrence ne donne qu'un avis, la décision appartenant au Premier ministre. Ce dernier apprécie souverainement si la concentration peut être réalisée, fût-ce au prix de certains aménagements, ou si au contraire les entreprises en cause doivent se voir interdire de réaliser la concentration envisagée. Le non-respect de la décision du Premier ministre peut déclencher les poursuites (Art.46) qui donneront lieu à une sanction pécuniaire prévue par l'article 70 (Voy infra n° 332). Cette sanction est de nature à encourager les parties à soumettre leur projet de concentration, au préalable, au Premier ministre, à charge pour ce dernier, s'il le juge utile, de consulter le Conseil de concurrence (Art. 10 al.1). Le silence gardé par le Premier ministre pendant deux mois *"vaut décision tacite d'acceptation du projet de concentration"*.

B - LE CONSEIL DE CONCURRENCE

325 - Intervention du Conseil de concurrence. - Cette instance de contrôle n'est pas une instance de décision. En effet, le Conseil de concurrence ne dispose d'aucun pouvoir de décision, le dernier mot revenant au Premier ministre. Le Conseil de concurrence n'est pas non plus une institution juridictionnelle, mais un organe consultatif.

326 - Les membres du Conseil. - Cette instance comprend, outre le président, douze membres nommés par décret pour cinq ans : six membres représentant l'administration, trois personnalités choisies en raison de leur compétence en matière juridique, économique ou en

matière de concurrence et de consommation et trois personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de production, de distribution et de services. Par ailleurs, le Président est nommé par le Premier ministre et les autres membres sur proposition de l'administration et des organismes concernés. Le mandat de ces derniers est renouvelable une fois (Art. 18 et 19).

327 - L'organisation du Conseil. - Le président exerce ses fonctions à plein temps. Il est assisté de collaborateurs : un rapporteur général et des rapporteurs permanents (Art. 21). Le président du Conseil désigne un rapporteur pour l'examen de chaque affaire (Art. 28). C'est un rapporteur occasionnel et non permanent qui est désigné par le Président pour instruire le dossier à la manière d'un juge d'instruction (Art. 30).

328 - Attributions du Conseil. - La mission du conseil de concurrence n'est que consultative. La consultation du conseil est facultative dans certains cas et obligatoire dans d'autres.

Consultation facultative : Le Conseil peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de lois relatives à la concurrence et par le gouvernement pour toute question concernant la concurrence. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des chambres de commerce et d'industrie, d'agriculture, d'artisanat et des pêches maritimes, ainsi que des organisations professionnelles et syndicales ou des associations de consommateurs. Il peut enfin être consulté par les juridictions sur les pratiques anti-concurrentielles (ententes, abus) relevées dans les affaires dont elles sont saisies (Art. 15).

A cet égard, il convient de noter que le sens de l'alinéa 4 de l'Art. 15, concernant les juridictions, ne vise pas à donner à celles-ci le pouvoir de juger des pratiques anti-

concurrentiels. En effet, ces juridictions compétentes ne le sont que dans leur domaine (commercial ou administratif) pour juger des affaires (par exemple, de concurrence déloyale ou d'annulation d'une décision) qui concernent des pratiques anti-concurrentielles relevant de la loi sur la concurrence et nécessitant un avis du Conseil de concurrence. Ces juridictions ne sont donc pas compétentes pour apprécier le marché, et de ce fait, pour juger d'un abus de domination par exemple.

Consultation obligatoire : Elle est définie par l'article 16 :
" *Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de texte législatif ou réglementaire instituant un régime nouveau ou modifiant un régime en vigueur ayant pour effet :*

- 1 - *de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;*
- 2 - *d'établir des monopoles ou d'autres droits exclusifs ou spéciaux sur le territoire du Maroc ou dans une partie substantielle de celui-ci ;*
- 3 - *d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente ;*
- 4 - *de fausser la concurrence par l'octroi d'aides de l'Etat ou des collectivités locales "*.

REMARQUE : La composition de ce Conseil appelle quelques observations :

D'abord il convient de signaler que, contrairement à tous les droits nationaux (Egypte, Tunisie, Algérie, France....), les magistrats ne sont pas compris dans cette énumération. Notons que la loi française a opté pour ces derniers aux lieu et place des représentants de l'administration. De plus, les spécialistes visés plus haut sont nommés, d'après la loi française, après une sorte de cooptation sur une liste de huit noms établie par le groupe des magistrats. A cet égard notre texte, en prévoyant des personnalités qui seraient choisies en raison de leur compétence en matière juridique et

économique, ne semble pas viser les magistrats mais plutôt les experts. Cela dit, rien n'empêchera le Conseil de la concurrence de se "juridictionnaliser" progressivement car cette juridictionnalisation est dans la nature des choses⁽¹⁰⁴⁾.

Ensuite, les rédacteurs de notre texte auraient dû prévoir, dans la composition du Conseil, un commissaire du gouvernement qui serait chargé d'exprimer devant le Conseil les intérêts de l'Etat et remplirait ainsi les fonctions d'une sorte de ministère public.

Enfin, il faut bien reconnaître que cette loi est indiscutablement bienvenue car elle marque le progrès du droit marocain. On peut cependant se demander si elle sera suffisante : en l'état actuel du texte, seul le président occupe un emploi à plein temps sur les douze membres du Conseil. Ainsi comment ces derniers pourront-ils avoir la connaissance approfondie nécessaire pour fonder leur décision sans s'y consacrer à plein temps ?

Ces diverses propositions se traduiraient par un recul des pouvoirs de l'administration et visent à sauvegarder les droits de la défense et la liberté individuelle des chefs d'entreprise. Mais ces préoccupations se retrouvent déjà dans les règles de procédure et dans les sanctions.

a) Procédure

329 - La saisine et l'instruction. - Le Conseil de la concurrence est saisi par le Premier ministre ou les organismes visés supra (n° 328) (Art. 24). Il ne détient aucun pouvoir d'auto-saisine tel qu'il a été prévu par la loi française d'inspiration. L'exclusion de ce pouvoir par notre législateur ne se justifie pas. En effet, le Conseil n'est pas appelé seulement à prendre des avis, mais également à faire des

104 - Sur la nature juridique du Conseil, R. DRAGO, Le Conseil de la concurrence, J.C.P. 1987.I.3300.

recommandations. Pour cela, il conviendrait qu'il puisse s'auto-saisir.

Les conditions d'enquête et d'instruction des affaires sont définies par les articles 29 à 31. La procédure est principalement écrite et tire son inspiration de celle suivie en matière de contentieux administratif.

Pendant l'instruction, Le Premier ministre peut ordonner, sur recommandation du Conseil, des mesures conservatoires, *" si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie du pays, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou aux entreprises lésées "* (Art. 32).

REMARQUE : Il est étonnant que le pouvoir de prendre des mesures conservatoires dans ce cas soit enlevé au président des juridictions de droit commun chargé du référé (procédure d'urgence) et attribué au Premier ministre, alors que l'article 21 du Code de procédure civile accordant ce pouvoir aux présidents des tribunaux et Cours d'appel est d'ordre public.

330 - Décision. - Le Conseil de la concurrence, en matière d'entente ou d'exploitation abusive de position dominante, peut, lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'Art. 67 (Voy. infra n° 333), recommander au Premier ministre de saisir le procureur du Roi aux fins de poursuites (Art.26). Il peut aussi, soit déclarer la saisine irrecevable, s'il estime que les fait invoqués n'entrent pas dans le champ de la compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants, soit décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre après que l'auteur de la saisine ait été mis en mesure de consulter le dossier et de faire valoir ses observations (Art. 27).

C'est sur recommandation du Conseil que le Premier ministre peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières (Art. 36).

Le Premier ministre peut en outre ordonner que les décisions prises soient publiées dans un journal d'annonces légales (intégralement ou par extraits) (Art 41).

b) Sanctions

331 - Sanction civile. - En vertu de l'article 9 est nul de plein droit tout engagement ou convention se rapportant à une pratique prohibée par les articles 6 et 7. Ainsi, dans la mesure où la convention constitutive de l'entente sera nulle et de nul effet, aucune des parties à cette entente ne sera recevable à agir en responsabilité contractuelle contre ceux qui violeraient l'entente.

Sur le fondement de l'article 9, les juridictions commerciales ou civiles peuvent être saisis d'une action en nullité contre les actes juridiques ou les clauses de ces actes qui sont constitutifs d'une entente illicite ou d'un abus de domination ou en sont la conséquence. Lorsque le Conseil de la concurrence a déjà eu à connaître des pratiques qui font l'objet du litige, la juridiction saisie prend connaissance évidemment de sa décision ; sinon elle peut solliciter son avis (Art. 38 al. 2). Mais elle n'est pas liée par les appréciations du Conseil ; elle peut même se passer de son intervention si elle s'estime suffisamment informée. En effet, la consultation du Conseil est dans ce cas facultative (Voy. *Infra* n° 328).

Une autre forme de contentieux civil résulte de l'action en dommages-intérêts qui peut être jointe à l'action en nullité ou être exercée séparément (Art. 9 al.2). Une telle action permet à toute personne victime d'une pratique anticoncurrentielle de demander réparation du préjudice qui lui a été causé ; exemple, le fait pour un industriel d'être lésé par une mesure de boycottage prise par un groupe de concurrents. La victime peut ainsi s'affranchir de la compétence du Conseil de concurrence en s'adressant au tribunal (civil ou commercial) qui sera amené éventuellement à solliciter l'avis du Conseil de concurrence.

332 - Sanction administrative. - Le Premier ministre peut, par décision motivée, et sur recommandation du Conseil de concurrence, enjoindre aux parties à l'entente " de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles " (Art.36). Il peut également saisir le procureur du Roi à l'effet de faire infliger au contrevenant une sanction pécuniaire. Le montant maximum de la sanction est, "*pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au Maroc au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, l'amende est de 200 000 à 2 000 000 de dirhams*" (Art.70).

Cette sanction peut se prolonger par la publication intégrale de la décision prise aux frais des contrevenants (Art.41).

333 - Participation frauduleuse à des pratiques anticoncurrentielles. - L'article 67 institue un délit consistant dans la participation frauduleuse à des ententes illicites ou à des abus de domination. Il frappe d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 10 000 à 500 000 dirhams (ou l'une de ces deux peines seulement) "*toute personne physique qui, frauduleusement ou en connaissance de cause, aura pris une part personnelle dans la conception, l'organisation, la mise en œuvre ou le contrôle*" de pratiques anticoncurrentielles.

§ 2 - Atteintes aux intérêts privés des concurrents

334 - Pratiques restrictives de concurrence. - Ce sont des pratiques anticoncurrentielles individuelles qui se manifestent principalement dans les activités de distribution. Le législateur intervient alors pour interdire et sanctionner les procédés commerciaux anormaux qui mettent en péril la liberté du commerce et de l'industrie. Les règles édictées sont destinées à accroître "*la transparence verticale*" dans les relations interprofessionnelles. Ce sont les contours

de cette obligation de transparence que l'on va d'abord examiner avant de traiter des différents procédés interdits et sanctionnés par le législateur.

A - L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE

335 - Les contours de l'obligation. - Ils se situent à un double niveau. L'obligation pèse d'abord sur les fournisseurs et prestataires de services (banque, assurance, location, transport) avant la conclusion du contrat. Ces derniers doivent en effet communiquer leurs barèmes et conditions de vente aux professionnels qui leur en font la demande : c'est la transparence en amont du contrat. Elle pèse ensuite sur les parties au contrat et consiste dans la facturation des produits livrés ou prestations de services fournies : c'est la transparence en aval du contrat.

a) Transparence en amont du contrat

336 - L'établissement préalable de barèmes de prix et de conditions générales de vente. - "*Tout producteur, prestataire de services, importateur ou grossiste est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle qui en fait la demande, son barème de prix et ses conditions de vente*" (Art. 52 Al. 1). L'obligation de communication n'exige pas que l'auteur de la demande ait l'intention de se procurer les produits ou les services concernés. Sa seule qualité "d'acheteur" ou de "demandeur de prestation de services" à titre professionnel fonde l'obligation de communication, même s'il cherche seulement à se renseigner.

Les barèmes et conditions générales visés doivent comprendre tout d'abord les modalités de règlement que le fournisseur de produit ou le prestataire de services propose à ses clients : délais de paiement, montant de l'escompte pour paiement anticipé... Il doivent comprendre en outre le cas

échéant, les rabais et ristournes, c'est à dire les réductions de prix immédiates ou différées qu'il est prêt à consentir à ses clients.

L'inobservation des prescriptions de l'article 52 est sanctionnée pénalement : une amende de 5000 à 100 000 dirhams (Art. 71).

b) Transparence en aval du contrat

337 - La facturation. - Cette forme de transparence est imposée par l'article 51 : "*Tout achat de biens ou produits ou toute prestation de services entre professionnels doit faire l'objet d'une facturation*". Le vendeur ou le prestataire de services a l'obligation de délivrer une facture ou un document en tenant lieu et l'acheteur est tenu de la réclamer.

Le contenu de la facture est précisé par le texte. Outre les mentions concernant le registre de commerce, l'identification fiscale et l'article à l'impôt de patentes, la facture doit contenir aussi : nom et adresse des parties, date du contrat, quantité et dénomination des produits vendus et des services rendus ainsi que leur prix unitaire hors T.V.A. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire pendant cinq ans à compter de la date d'établissement de la facture. Ce délai ne nous semble pas être approprié, dans la mesure où celui qui est fixé pour la conservation des documents comptables est de dix ans. La facture doit mentionner également le cas échéant, "*les réductions accordées et leur montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation de services, quelle que soit leur date de règlement*" (Art 51 al. 5). Cette dernière exigence a pour but de mieux cerner la définition du prix d'achat.

L'inobservation des règles de facturation est également punissable d'une amende de 5000 à 100 000 dirhams (Art.71).

B - INTERDICTIONS DES PRATIQUES RESTRICTIVES

338 - Les formes. - Elles peuvent prendre trois formes distinctes : l'exclusion (par le refus de vente), la discrimination (par l'exercice de pratiques discriminatoires), l'incitation (par la fixation de prix illicites),

a) Le refus de vente

339 - Conditions de la prohibition. - L'interdiction s'applique non seulement aux ventes mais aussi aux prestations de services dès lors que ce refus est opposé par un professionnel à un autre professionnel. Selon l'article 54-2 la notion englobe le fait par "*tout producteur, importateur, grossiste ou prestataire de services de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de services, pour une activité professionnelle, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal et qu'elles sont faites de bonne foi*".

Concrètement, cette forme de discrimination consiste pour des fournisseurs à ne pas honorer, sous prétextes divers, les commandes de biens ou de services passées par certains distributeurs. Les intéressés se trouvent ainsi éliminés du marché des produits en cause, à la différence des commerçants qui, eux, sont régulièrement approvisionnés.

Mais le refus de vente ou de services n'est que l'expression de la liberté contractuelle qui implique le droit de ne pas contracter. Dès lors, le principe de l'interdiction est maintenu mais subordonné à des conditions souples assorties d'ailleurs d'exceptions.

340 - Application. - La jurisprudence en France considère que le refus de vente est condamnable dès lors qu'il n'est pas satisfait aux demandes dans des conditions conformes aux usages commerciaux. Aussi, et dans la mesure où le vendeur dispose en stocks des produits ou services, le

refus de livrer sous son conditionnement habituel⁽¹⁰⁵⁾ ou sous la marque normalement apposée⁽¹⁰⁶⁾, l'existence de conditions de paiement inhabituelles constituent un refus de vente prohibé. La demande peut porter sur un produit ou sur la prestation d'un service. Ainsi a été condamné le garagiste qui refusait de renouveler le contrat de location d'un emplacement de garage à l'un de ses clients⁽¹⁰⁷⁾. Mais certaines demandes peuvent se heurter à des principes supérieurs : le principe de liberté de la presse peut justifier le refus opposé à une demande d'insertion d'articles dans un journal⁽¹⁰⁸⁾.

341 - Les exceptions légales. - L'article 54-2 prévoit deux exceptions au principe de l'interdiction qui justifient le refus de vente. Il s'agit des demandes qui présentent un *caractère anormal* ou qui sont faites de *mauvaise foi*.

1°) Le caractère anormal de la demande permet au vendeur d'opposer le refus de vente en toute impunité. Ce caractère peut être déduit de la disproportion entre les quantités commandées et les besoins de l'acquéreur ou l'importance des livraisons habituelles du fournisseur. L'exception a été retenue dans une espèce où la commande était excessive à une époque de raréfaction de la marchandise⁽¹⁰⁹⁾.

Le caractère anormal de la demande peut également résulter de la qualification insuffisante de l'intéressé ou de l'inadaptation de ses établissements pour diffuser sur le marché, dans des conditions satisfaisantes, les produits qu'il

105 - Crim. 22 déc 1969 : D. 1970, 108 note GUYENOT.

106 - Crim. 13 Juill. 1961 : D, 1961, 525 rapp. COSTA.

107 - Paris 12 oct. 1966. JCP 67.II.14936, note GUERIN ; Crim 8 nov. 1967 ; JCP 68.II, 15353.

108 - Com. 15 oct. 1993 : Bull. civ. IV n° 349.

109 - Crim 6 janv. 1981 : Bull.crim. n° 2 p. 3.

cherche à acquérir⁽¹¹⁰⁾. Certains appareils techniques requièrent en effet de la part des revendeurs des aptitudes et des connaissances spéciales pour conseiller utilement la clientèle et lui assurer un service après-vente de qualité. Le caractère anormal de la demande lié aux aptitudes de l'acquéreur se présente en particulier dans le domaine de la commercialisation des produits de luxe. Les exigences du vendeur et le refus de vente qu'il oppose au demandeur sont alors légitimes, dans la mesure où elles sont exigées de tous les revendeurs et n'offrent aucun caractère discriminatoire ⁽¹¹¹⁾.

Cette jurisprudence a incité les fabricants des produits en question à organiser des réseaux de vente par le système de la distribution sélective. La sélection des distributeurs permet précisément au fournisseur de choisir ses détaillants en fonction de critères de compétence. Contrairement au contrat de concession commerciale, la distribution sélective n'implique aucun engagement d'exclusivité de la part de l'un ou l'autre des contractants. La Cour de cassation en France a décidé que les contrats de distribution sélective légitiment la pratique du refus de vente⁽¹¹²⁾. La Chambre criminelle a donné dans sa décision du 3 novembre 1982 une définition de la distribution sélective qui fixe les limites de sa jurisprudence: " Attendu qu'un contrat de distribution sélective est celui par lequel d'une part, le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiées, et par lequel, d'autre part, le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents "⁽¹¹³⁾.

110 - Crim. 11 mai 1987, Cah. Dr. Entr. 1987/4 p. 19 ; D. ACHACH, L'évolution du cadre juridique de la distribution sélective à travers le cas "Christine Laure" Rev. Con. Et consomm. 1988/41 p. 25.

111 - Crim. 22 oct. 1964 : JCP 65, II, 14160, Note HEMARD

112 - Voir. Crim 3 nov. 1982, Lanvin : Gaz. Pal. 1982. 2. 658 obs. MARCHI - Comp. Com. 4 janv. 1985, Guerlain : Gaz. Pal. 1985, 2, 676 obs. MARCHI.

113 - Rapp. Crim., 13 juin 1984 : R.T.D.Com. 1985, 556, obs. J. HEMARD.

Ce contrat, a-t-elle ajouté, peut avoir pour effet de rendre indisponible les marchandises et de justifier le refus opposé à l'acquéreur si du moins les obligations réciproques que s'imposent les contractants tendent à assurer un meilleur service au consommateur et n'ont pas pour objet ou pour effet de limiter la liberté du revendeur dans la fixation de ses prix.

2°) La mauvaise foi du demandeur légitime également le refus de vente. Elle peut revêtir diverses formes. Ainsi le dénigrement du produit ou la publicité mensongère ^(112 bis), la revente du produit dans des conditions anormales ^(113bis) manifestent incontestablement la mauvaise foi du demandeur. La mauvaise foi se manifeste également par une pratique abusive propre à légitimer un refus tel le cas d'un intermédiaire qui s'est révélé être un mauvais payeur dans le passé ⁽¹¹⁴⁾.

b) Les pratiques discriminatoires

342 - Les pratiques incriminées. - Elles consistent à traiter de manière inégale des clients ou fournisseurs pourtant placés dans des situations comparables. L'article 54-1 interdit à tout producteur, importateur, grossiste ou prestataires de services " *de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence* ".

Les pratiques discriminatoires semblent s'appliquer aux seuls contrats de vente. L'obligation pour un producteur de délivrer, pour les activités professionnelles, une facture et d'y

112 bis - Voir Riom 1^{er} mars 1982 : RTDCom. 1983, 267 ; Paris 23 avr. 1990 : D.1990, IR 14.

113 bis - Paris 4 nov. 1964 : D ; 1965, 247 : revente en vrac de produits de renom.

114 - Com. 9 mai 1990, Bull. civ. IV, n° 144, p. 96.

indiquer le prix réel, compte tenu des rabais, ristournes et remises dont le montant est " chiffrable lors de la vente " (Art. 51 Al.5) permet à l'acquéreur de vérifier l'absence de mesures discriminatoires. L'article 52, qui impose au vendeur de communiquer son barème de prix au revendeur qui en fait la demande, participe de la même préoccupation.

343 - Application. - La discrimination interdite au sens de la loi (Art. 54-1) exige la réunion de trois éléments constitutifs :

- d'abord un traitement différentiel appliqué à des partenaires économiques, par exemple un rabais de prix substantiel accordé à l'un des clients mais refusé aux autres;
- ensuite, l'absence de contreparties réelles qui justifieraient cette différence de traitement. Le rabais ne saurait trouver sa justification dans l'importance des quantités commandées ;
- enfin, un avantage ou un désavantage créé, pour ce client, dans la concurrence ; c'est-à-dire une amélioration ou une aggravation de sa capacité compétitive. Ici, ne seront pas prises en considération les incidences de la discrimination litigieuse sur le marché en général, mais ses incidences sur la situation personnelle de l'intéressé. Ainsi, le distributeur par exemple doit pouvoir s'approvisionner dans les mêmes conditions, ni meilleures ni pires, que celles de ses concurrents. Il s'agit de sauvegarder " l'égalité dans la concurrence " entre les divers agents économiques.

Ainsi conçue, l'interdiction a une portée très large : elle vise les discriminations de prix en hausse ou en baisse ; les discriminations dans les conditions de vente (délais d'exécution des commandes, modalités de livraison, conditions de règlement...) ; elle frappe ceux qui les pratiquent, c'est à dire les fournisseurs, et ceux qui les

obtiennent, c'est-à-dire les distributeurs ou les destinataires de services.

c) Les pratiques de prix illicites

344 - Les prix imposés. - La manipulation du prix est un élément important, et bénéfique, de la concurrence. Au-delà de certaines limites cependant, elle risque d'aboutir à des résultats nocifs pour les concurrents comme pour la clientèle. Le législateur intervient alors par voie d'interdiction. Elle consiste dans *" le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de services ou à une marge commerciale "* (Art. 53).

L'interdiction a une portée générale : elle joue à l'égard de tous produits, biens ou services diffusés sur le marché ; elle s'applique à toute personne qui prétend déterminer pour le compte de revendeurs ou de prestataires de services les prix minima ou les marges minimales qu'ils doivent pratiquer envers leur clientèle ; elle vise enfin tous les modes d'imposition de tels prix ou de telles marges, qu'ils soient directs : par voie de tarifs ou de barèmes ; ou qu'ils soient indirects : par voie de relèvement discriminatoire de prix aux dépens d'un commerçant vendant trop bon marché ou d'attribution d'un caractère conditionnel à toutes les ristournes qu'il peut espérer⁽¹¹⁵⁾.

Les sanctions concernant les trois pratiques restrictives qui viennent d'être étudiées sont les mêmes que celles qui s'appliquent en matière de communication des barèmes et conditions de vente et de facturation : une amende de 5000 à 100 000 dirhams (Art.71 al.2).

115 - Crim. 5 nov. 1990, D. 1991. IR.10.

Sous-Section 2

La loyauté de la concurrence

345 - Principes généraux.- L'article 84 du D.O.C. sanctionne directement les actes de concurrence déloyale. En France, c'est la jurisprudence qui a construit ce droit à partir des textes du droit civil⁽¹¹⁶⁾. Il s'agit de comportements qui ne sauraient en aucun cas participer d'une concurrence honnête et licite. Comme le souligne la doctrine⁽¹¹⁷⁾, ce sont des actes contraires à une certaine déontologie commerciale.

Le doyen ROUBIER a distingué la concurrence déloyale et la concurrence interdite, c'est à dire, celle qui est prohibée par la loi ou le contrat. Celle qui s'exerce en violation de la loi, c'est à dire d'une interdiction formulée expressément par un texte (interdiction des ventes avec primes, publicité mensongère...) donne lieu à poursuites pénales. Celle qui est faite au mépris d'une stipulation conventionnelle (clause de non concurrence ou d'exclusivité) constitue une faute contractuelle. La concurrence déloyale se distingue donc de l'une et de l'autre parce qu'elle ne contrevient ni à un texte précis ni à un contrat⁽¹¹⁸⁾. Elle diffère également des actions en contrefaçon des divers droits de propriété industrielle qui répriment l'atteinte portée au monopole d'exploitation d'un titulaire d'une marque ou d'un brevet (supra n° 276 et 294).

La contrefaçon est la violation d'un droit privatif, la concurrence déloyale est la violation d'un devoir. La première est sanctionnée par une action de type pénal qui ne requiert ni la mauvaise foi du contrefacteur ni le préjudice du titulaire du droit privatif ; la seconde est sanctionnée par une action de type civil qui suppose réunis les éléments constitutifs de la responsabilité.

116 - Com. 19 juill. 1976 : JCP 76, II, 18507 ; R.T.D. com. 1976, 728, Obs. CHAVANNE et AZEMA.

117 - J. AZEMA, Droit de la concurrence, n° 170 ; sous Paris 8 nov. 1984 : D. 1985, IR 201.

118 - Voir Roubier, "Le droit de la propriété industrielle" t. I, n° 70 et 104.

§ 1 - Conditions de l'action en concurrence déloyale

346 - Un acte déloyal. - Fonder la concurrence déloyale sur l'article 1382 du Code civil français ou 84 du D.O.C., conduit à exiger la réunion des conditions posées par ces textes : une faute, un préjudice, un lien de causalité⁽¹¹⁹⁾. Mais malgré cette clarté qui résulte de l'Art. 84 du D.O.C., une jurisprudence rendue dans ce domaine peut nous être d'une certaine utilité. Celle-ci a apporté quelques dérogations aux conditions exigées par les principes généraux de la responsabilité civile, tenant compte sans doute de la particularité du dommage concurrentiel.

La faute - Pendant longtemps les tribunaux ont exigé la preuve d'une faute intentionnelle ou de la mauvaise foi du commerçant. C'est en effet ce qu'inspiraient les termes "concurrence déloyale". Cette conception restrictive de la faute protégeait mal les commerçants, d'où son abandon⁽¹²⁰⁾. On aboutit en définitive, comme en matière de responsabilité délictuelle en général, à retenir une appréciation abstraite (*in abstracto*) de la faute commerciale. La faute consiste dans la violation des usages commerciaux, dans l'exercice abusif de la liberté du commerce. Le dénigrement ou l'imitation du concurrent, le débauchage massif de ses salariés ou le détournement malicieux de sa clientèle ne sont pas conformes aux usages du commerce, celui qui s'y adonne est fautif, car "cela ne se fait pas". Donc l'intention ne compte plus.

Le préjudice - Il est le plus souvent matériel. Il tient à la baisse du chiffre d'affaires, ce qui oblige à prendre en

119 - Com. 19 juil. 1976, RTD Com. 1976, 728, obs. CHAVANNE et AZMA ; Com. 29 nov. 1976 : Bull. civ. IV, n° 300 p. 250 : lien causal.

120 - Com. 18 avril 1958 : D. 1959, 87 note F. DERIDA ; Com. 19 juill. 1971 : D. 1971, 691 ; Com. 17 oct. 1984 : D. 1985, IR 383, obs. Y. SERRA ; Paris 11 fév. 1991 : D. 1992, SC 49, note Y. SERRA.

considération l'incidence du jeu normal de la concurrence. Il peut être constitué par une perte de clientèle, mais difficile à prouver et à chiffrer. C'est pourquoi la jurisprudence se satisfait parfois d'une simple possibilité de préjudice ⁽¹²¹⁾. Il existe cependant un arrêt qui exige la preuve d'un préjudice, mais il paraît isolé⁽¹²²⁾. Ce préjudice est de toute façon très difficile à évaluer lorsque les parties ne sont pas en position de concurrence. Le préjudice peut être moral : atteinte au prestige de l'entreprise dénigrée. Il est individuel ou collectif, l'ensemble des professionnels du secteur étant affectés.

La *causalité* - Compte tenu de la difficulté de démontrer le préjudice, la causalité est entendue largement. Mais la jurisprudence est très variable dans ce domaine. Tantôt la Cour de cassation met l'accent sur la nécessité de ce lien entre la faute et le dommage et contrôle son existence⁽¹²³⁾, tantôt elle s'accommode de constatations beaucoup plus floues faites par les juges du fond⁽¹²⁴⁾. D'une manière générale, les juges déduisent le lien de causalité de la gravité de la pratique disputée : il n'est pas concevable qu'un tel débauchage, brutal et massif, n'ait pas contribué au tassement des ventes...

347 - Une situation de concurrence. - L'action en concurrence déloyale suppose l'appartenance des protagonistes au monde des activités économiques. Sont réputées concurrentes les entreprises dont les clientèles sont similaires : c'est la *similitude de clientèle* et par suite le risque de confusion qui fait la concurrence. Mais la similitude ne veut pas dire identité. En outre, il n'est pas nécessaire que les deux activités se recoupent totalement ; la pratique

121 - Com. 16 fév. 1971 : Bull.civ. IV, n° 48p. 45

122 - Com. 19 Juill.1976 : D. 1976, IR 273 ; RTDCom. 1976, 728 obs CHAVANNNE et AZEMA - V. aussi Paris 24 fév.1977, JCP 78, II, 18957 note CHARTIER.

123 - Com. 4 juill. 1973, Bull. civ. IV n° 236 p. 213.

124 - Com. 16 oc. 1957, Bull. civ. III, n° 265, p. 225.

déloyale peut avoir pour cadre une activité principale pour l'un et seulement accessoire pour l'autre⁽¹²⁵⁾. Il y a également concurrence déloyale même lorsque les protagonistes sont à des échelons différents du circuit économique⁽¹²⁶⁾.

La similitude de clientèle est également géographique ; l'imitation par un hôtelier de Oualidia de l'enseigne d'un hôtel de Casablanca est dépourvue de conséquences, l'éloignement interdisant de considérer qu'il y ait similitude de clientèle. Il est cependant des concurrences dans lesquelles la dimension géographique n'est pas sans influence, ainsi du cas d'une marque ou d'une enseigne notoire. C'est ce qui a été jugé en France pour " Maxim's "⁽¹²⁷⁾. Cette solution met l'accent sur la *notoriété* alors que la marque notoire n'a pas de territoire, elle déborde même le cadre du produit. Ainsi, par exemple, le nom " Royal El Mansour " ne saurait être utilisé par un marchand de matelas, alors qu'il n'est pas en situation de concurrence avec l'hôtelier. Cela dit, le principe est le suivant : l'absence de situation de concurrence empêche de mettre en œuvre l'action en concurrence déloyale.

§ 2 - Les formes de concurrence déloyale

348 - Les formes de concurrence déloyale résultent de comportements fautifs qui dénotent une ingéniosité illimitée de la part de certains industriels. Ces comportements peuvent être classés dans l'une des deux rubriques suivantes : imitation du concurrent, ou, plus gravement, agression de ce dernier.

125 - Voy. Rouen 8 janv. 1930, Ann. Prop.ind. 1930,138. Par contre, une banque et une agence de renseignements commerciaux ont été reconnues concurrentes: Paris 31 déc. 1929, Ann. prop. ind. 1930, 218.

126 - Voy. Versailles 13° ch.,12 fév. 1990 : D. 1990, 264 : concurrence entre un fabricant de phosphates, fournissant de fabricants de lessives, et un fabricant de lessives sans phosphates.

127 - Aix-en-Provence 12 mai 1964, Gaz.Pal. 1964,2,405

A - IMITATION DU CONCURRENT

349 - L'imitation peut porter sur l'établissement lui-même. Elle résulte de l'utilisation d'un nom commercial⁽¹²⁸⁾ ou une enseigne prêtant à confusion avec celle d'un concurrent : l'imitation porte alors sur l'implantation commerciale elle-même⁽¹²⁹⁾.

Elle peut aussi concerner les prestations offertes. Dans ce cas, l'imitation porte sur le produit ou le service offert à la clientèle. L'action en concurrence déloyale ne joue alors qu'un rôle secondaire. Lorsqu'en effet l'imitation porte sur la marque, l'action en concurrence déloyale s'efface normalement devant l'action en contrefaçon de marque. C'est donc seulement lorsque la marque est nulle comme générique ou descriptive et insusceptible de ce fait d'être protégée par l'action en contrefaçon que peut être exercée l'action en concurrence déloyale⁽¹³⁰⁾. Il en va de même lorsque la marque s'accompagne de faits distincts : la confusion recherchée par la similitude de présentation ou d'emballage du produit, de la publicité⁽¹³¹⁾ peut être qualifiée de concurrence déloyale. Enfin, la jurisprudence admet que la reproduction servile d'un produit peut également être poursuivie par cette même action, et cela même si elle ne peut l'être au titre d'une action en contrefaçon de brevet, de dessin ou de modèle⁽¹³²⁾.

Au-delà des deux hypothèses qui viennent d'être exposées, la jurisprudence condamne parfois les agissements

128 - Com. 19 juill. 1971, précité.

129 - Com. 19 juill. 1976, précité.

130 - Com. 25 janv. 1977 : Ann. prop. ind. 1977, 63 note MATHÉLY ; Lyon 27 mai 1975 : JCP 75, IV, 318.

131 - Com. 24 mai 1976 : Bull. civ. IV n° 172, p. 197 : présentation du produit ; Paris, 22 avril 1969 : D. 1970, 214, note MOUSSERON : " blancheur comparée " de lessives.

132 - Com. 14 juin 1976 : D. 1976, IR 258 : modèle ; Voy. DURANDE, Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale D. 1984, chron. 187 J. SCHMIDT, La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence : R.T.D.Com. 1994, 455.

simplement parasites par lesquels un commerçant cherche à profiter de la renommée acquise par une entreprise qui exerce une activité différente de la sienne : il n'y a pas alors concurrence entre ces entreprises mais il n'en demeure pas moins que la déloyauté consiste dans le rattachement indu à la réputation d'un tiers⁽¹³³⁾. Un auteur a justement fait observer⁽¹³⁴⁾ que cette évolution " accentue le caractère disciplinaire " de l'action en concurrence déloyale.

B - AGRESSION DU CONCURRENT

350 - Le dénigrement. - C'est une agression verbale qui peut prendre des formes variées : envoi de tracts ou prospectus à la clientèle, critique des produits ou de la personne du concurrent, de son crédit⁽¹³⁵⁾. Elle peut être explicite ou implicite. C'est dans cette dernière catégorie que l'on peut ranger les essais comparatifs réalisés et publiés par un commerçant : selon une jurisprudence constante⁽¹³⁶⁾ et approuvée par la doctrine, la publication de tels tests est constitutive de dénigrements, et donc de concurrence déloyale, sauf lorsque la publicité se borne à comparer les prix de produits identiques vendus dans des conditions comparables et contribue ainsi à assurer la transparence du marché⁽¹³⁷⁾.

351 - La désorganisation de l'entreprise ou du marché. - Il est plusieurs manières de désorganiser le

133 - Paris, 8 déc. 1962 : D. 1963, 406 note DESBOIS

134 - J. AZEMA, précité n° 163.

135 - Paris 7 juill. 1954 : D. 1954, 668 : atteinte au crédit ; Paris 14 fév. 1958 : JCP 58, II, 10535 : critique des produits ; Com. 5 oct. 1976 : D. 1977, IR 5 : remplacement de produits ; Paris 4 nov. 1976 : D. 1977, 405, note VUITTON : produits qualifiés d'invendables ; Com. 15 juill. 1970 : D. 1971, 112 ; JCP 70, II, 16559 : affichage et critiques des prix.

136 - Com. 13 juill. 1973 : D. 1973, 587 : combinaisons de moto ; Paris 20 janv. 1976 : RTD Com. 1977, 319 obs. CHAVANNE et AZEMA ; A PIVANO, Publicité comparative et protection des consommateurs : D. 1974, chron. 249.

137 - Voy. Com. 22 juill. 1986 : D. 1988, somm. 293 GAVALDA et LUCAS DE LEYSSAC

fonctionnement d'une entreprise rivale : subventionner les salariés grévistes de l'entreprise concurrente⁽¹³⁸⁾, pratiquer le " dumping "⁽¹³⁹⁾, vendre en supermarché des produits vendus à travers un réseau de distribution sélective⁽¹⁴⁰⁾... toutes constitutives de concurrence déloyale. En revanche, il a été jugé que le fait pour un supermarché de procéder à la distribution gratuite de 5000 baguettes de pain ne constituait pas un acte de concurrence déloyale, en raison de son caractère unique, seule la répétition de cet acte étant de nature à provoquer la désorganisation du marché local du pain⁽¹⁴¹⁾.

352 - Débauchage de salariés. - C'est le débauchage de personnel qui, par sa difficulté, retient le plus souvent l'attention des tribunaux et des commentateurs : il faut ici poser en principe qu'un salarié a toute liberté de quitter son employeur, sous réserve de respecter le préavis d'usage⁽¹⁴²⁾. Pourtant, le départ du salarié peut parfois acquérir un caractère déloyal. Lorsqu'une clause de non-concurrence a été stipulée, la responsabilité contractuelle du salarié est engagée ; le nouvel employeur, de son côté, se rend coupable de concurrence déloyale s'il connaissait l'existence de la clause⁽¹⁴³⁾. Le caractère déloyal de la démission peut également résulter des circonstances qui l'accompagnent : divulgation de secrets⁽¹⁴⁴⁾, caractère massif du débauchage au point de porter atteinte au potentiel humain de l'entreprise concurrente⁽¹⁴⁵⁾.

138 - Cass.civ. 9 avril. 1921 D.P. 1924,I,98

139 - Paris 16 fév. 1978, GP 18 juin 1978, somm. P. 13 ; Paris 16 janv. 1980, D. 1981, 564, note P. GODE.

140 - Paris 5 mars 1987, JCP 87 éd. E. 14931.

141 - Riom, 3° ch. 6 juin 1990, JCP 90, éd. E. I. 20228.

142 - Paris, 5 ars 1987 : D. 1987, IR, 82.

143 - Com. 23 oct. 1984 : JCP 84, IV, 3.

144 - Soc. 12 mars 1959 : Bull. civ. IV, n° 375 P. 307.

145 - Cas. Com 27 nov. 1972, Bull. civ. IV p. 281 ; 16 fév. 1976, D. 1976 Inf. rap. P. 126 ; 4 janv. 1979, D. 1979, Inf. rap. p 172 ; 9 mai 1981, Bull. civ. IV, p 95.

353 - Détournement de clientèle. - Concurrencer c'est tenter d'attirer, donc de détourner, les clients de son concurrent. Cependant toute concurrence n'est pas déloyale et le détournement n'est répréhensible que si certains moyens ou procédés sont employés : masquer les enseignes d'un concurrent⁽¹⁴⁶⁾ ; avertir systématiquement les clients de son employeur que l'on va créer une entreprise concurrente⁽¹⁴⁷⁾ ; utiliser le fichier de son ancien employeur⁽¹⁴⁸⁾.

Section 2

La Protection des consommateurs

354 - Position du problème. - Pour la première fois, l'introduction de la notion de consommateur est envisagée dans le projet de loi sur la protection des consommateurs. Le Dahir portant Code des Obligations et Contrats (D.O.C.) ne connaît que le cocontractant. Le rapport contractuel y est présenté comme égalitaire, chaque partie contribuant à dessiner le contrat dont les clauses sont le fruit d'un large consensus. Mais cette relation que saisit le D.O.C. est exclusivement juridique et non économique. C'est vers cette dernière vision que s'oriente le projet de loi.

L'objectif n'est pas de faire triompher les intérêts d'une catégorie sociale sur ceux d'une autre, mais de rétablir l'égalité contractuelle dans l'exercice d'une fonction économique, qui est la fonction de consommation. Ce qui est proposé, en définitive, c'est de distinguer les contrats, non selon leur objet, mais selon leur but économique.

Sans doute le consommateur est un " contractant ", mais ce n'est pas un contractant comme les autres contractants, tels que le producteur, le distributeur, le grossiste, le détaillant, le prestataire de services. Ceux-ci sont des

146 - Cass. Com. 23 mars 1967 : D. 1967, somm.110.

147 - Cass. Com. 26 mai 1983, GP 1983, II, Pan.285.

148 - Comp. Cass. com. 19 mars 1975, JCP 75,IV, 154.

professionnels exerçant une activité commerciale, alors que le consommateur est un non-professionnel, c'est à dire une personne contractant pour la satisfaction de ses besoins personnels.

Le D.O.C. a prévu la protection du consommateur, dans le domaine de la vente, mais plus en sa qualité de contractant qu'en sa qualité d'utilisateur de produits et services. En effet, le D.O.C. protège l'acquéreur de chose, en mettant à la charge du vendeur deux obligations principales, à savoir l'obligation de délivrer une chose conforme à ce qui a été convenu et l'obligation d'en garantir les vices cachés (Art. 532). Mais cette protection bénéficie à tous les acheteurs quels qu'ils soient, revendeurs ou utilisateurs. Or seul l'utilisateur est consommateur, le revendeur est un commerçant, c'est à dire un professionnel.

D'où notre jurisprudence, en matière de vice caché, a distingué entre l'acheteur professionnel et l'acheteur profane. Le but de cette distinction a été principalement de corriger le déséquilibre que crée entre contractants la qualification professionnelle de l'un et l'incompétence technique de l'autre. Il faut cependant signaler que l'action de la jurisprudence n'a pas été étendue à d'autres domaines, notamment en matière de sécurité ou encore de l'obligation de renseignements, c'est à dire l'obligation d'informer le non professionnel sur les conditions d'utilisation de la chose vendue, lorsque celle-ci est un produit dangereux ou tout simplement nouveau. Sans doute parce que la relation contractuelle, telle qu'elle est organisée par le D.O.C., implique que les parties contribuent à dessiner le contrat par des clauses qui sont le fruit de leur volonté libre. Or l'obligation de sécurité, c'est à dire, celle consistant à informer, découverte depuis longtemps par la doctrine, trouve son fondement dans les textes : elle est sanctionnée d'abord sur le fondement de la garantie des vices cachés et sur la base de l'Art. 263 du D.O.C. qui sanctionne l'inexécution de toute obligation et le retard dans l'exécution.

Le terme "contractant" a été certainement un frein "juridique" pour la jurisprudence, terme que vise d'ailleurs le dahir du 5 octobre 1984, relatif à la répression des fraudes sur les marchandises, bien que ce dernier texte, toujours en vigueur, régit les produits et les services. La notion de consommateur est cependant introduite dans la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence, dont certaines dispositions de celle-ci ont prévu de protéger *l'information du consommateur* (Art.47 s.).

L'ensemble des dispositions visées par le dahir de 1984 et par d'autres textes qui seront signalés, ainsi que par le projet de loi sur le consommateur, se prête mal à la synthèse, tout au plus peut-on envisager de définir certaines mesures, qui sont fondamentales, et qui protègent implicitement la vérité, la liberté et la loyauté.

§ 1 - Protection de la vérité

355 - Répression de la publicité mensongère. - Cette répression est prévue par le dahir de 1984, que le projet de loi sur la protection du consommateur viendra compléter en introduisant la répression de *la publicité comparative* (Art.18).

356 - La publicité mensongère. - Elle consiste à convaincre par le mensonge. Le procédé est vieux comme le monde. La réaction sociale revêtant la forme d'une nullité pour dol ou d'une sanction pénale pour escroquerie a été jugée insuffisante, d'où le délit de publicité "trompeuse" institué par le texte de 1984. Quelques explications des éléments constitutifs de ce délit (Art 10) : par les mots "*allégations, indications, présentations*", ce n'est pas seulement le mensonge écrit ou oral qui est réprimé, mais également la simple présentation, sans paroles. Ainsi, par exemple, des sachets de potage illustrés de poissons qui n'entrent pas dans leur fabrication. Par les mots "*fausses ou de nature à induire en erreur*" : c'est à une appréciation

subjective que doivent se livrer les juges en prenant la place de l'acheteur moyen et en s'interrogeant sur le risque d'erreur, car ce risque seul justifie la condamnation. La liste est suffisamment longue pour que tous les arguments publicitaires possibles entrent dans le champ de l'Art 10.

Les tromperies portent également sur la nature, la qualité substantielle de la marchandise, la composition du produit. Le texte de 1984 réprime à la fois les tromperies et les falsifications qui correspondent à l'altération du produit vendu auquel, par exemple, sont rajoutées des substances, même naturelles, en vue de dissimuler sa médiocrité ou son origine réelle.

357 - La publicité comparative. - C'est celle qui vante un produit ou un service par rapport à un autre produit ou service comparable fabriqué ou distribué par un concurrent désigné ou identifiable. Cette publicité est déjà prévue par le D.O.C. (Art 84) et réprimée comme un acte de concurrence déloyale. Mais par cette répression le D.O.C. protège les commerçants entre eux, mais non le consommateur. Or le projet de loi, en introduisant la publicité comparative, la consacre au nom de l'information des consommateurs. Ainsi, par exemple, la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus dans les mêmes conditions par des commerçants différents, contribue à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence. Pour l'application de la sanction du D.O.C. entre commerçants, il suffira de distinguer entre la publicité licite et illicite.

§ 2 - Protection de la liberté

358 - Ventes avec primes. - Cette protection a pour but d'éviter une forme de tentation qui affecte le choix du consommateur, attiré par une prime ou un cadeau. La règle est prévue par la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence (Art. 50). Qu'est-ce qu'une prime ? Pour ce texte, c'est un produit, un bien ou un service différent de celui

faisant l'objet de la prestation principale, offert à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services. Le texte prévoit des exceptions à l'interdiction : d'abord le cadeau non directement lié à une vente, ensuite les prestations de services après vente ou les facilités de stationnement et enfin, les échantillons et objets de service de faible valeur (al. 3 de l'Art. 30 du projet de loi).

359 - Tentation par la publicité. - La publicité est prise en compte lorsqu'elle est faite *pour séduire*. Le projet de loi prévoit donc des limites de l'effet nocif de certaines séductions publicitaires. Tel le cas, notamment, en matière de publicité en faveur du tabac et pour les boissons alcooliques. Pour le premier, un dahir du 26 juin 1995 a promulgué la loi adoptée par le parlement en 1991 sur l'interdiction de fumer et de faire de la publicité et de la propagande en faveur du tabac dans certains lieux. Quant aux boissons alcooliques, c'est un arrêté viziriel du 10 septembre 1940, tendant à combattre l'alcoolisme, qui a interdit le support publicitaire de celles-ci sous quelque forme que ce soit. Ce texte n'a pas été abrogé à ce jour.

§ 3 - Protection de la loyauté

360 - Discipline des démarches à domicile. - Ce procédé de vente, pratiqué par les commerçants, peut être qualifié d'agressif ou d'abusif. Il résulte notamment des méthodes pratiquées en matière de *ventes à distance, du démarchage*, de certaines pratiques commerciales illicites, tel que le *refus de vendre* et du jeu de certaines *clauses* dans le contrat qui affectent l'équilibre des prestations entre les parties, de sorte qu'elles sont considérées comme *abusives*.

361 - La vente à distance. - Cette vente comporte une multitude de modalités pour susciter l'intérêt du consommateur et la technique en a augmenté la diversité (téléphone, télévision ou ordinateur). Tel est le cas du procédé de *télé-achat* pratiqué au Maroc par l'indication du numéro

de téléphone du revendeur. Lors d'une émission télévisée, des produits sont présentés et vantés au téléspectateur qui peut faire son choix par petit écran interposé et passer commande. Le consommateur disposera ici d'un délai à compter de la livraison de sa commande pour retourner le produit pour échange ou remboursement, sans pénalité. La protection ici vise à préserver la réflexion du consommateur, c'est à dire le consentement du contractant. Ce délai de réflexion va certainement remettre en cause les règles concernant tant la formation que l'exécution des contrats.

Il faut cependant reconnaître que dans la plupart des contrats, il n'y a pas véritablement un débat pré-contractuel. Les termes de la convention sont unilatéralement et préalablement établis par l'une des parties et n'appellent qu'une adhésion pure et simple de l'autre, ce qui crée un déséquilibre entre celui qui propose et celui qui n'a que l'alternative de signer ou de refuser l'offre. Aujourd'hui, la nouvelle conception des rapports contractuels tient compte des inégalités de fait. De plus, l'information loyale du cocontractant est insuffisante à garantir sa protection car les méthodes agressives de vente, utilisées par des professionnels formés avec des argumentaires et rémunérés en fonction du nombre de contrats souscrits, nécessitent que soit laissé au profane le temps nécessaire de réfléchir avant de donner son consentement définitif.

362 - Le démarchage à domicile.- Il a mauvaise presse auprès des ménagères, car il consiste dans la vente de produit apparemment avantageuse mais trop cher pour la qualité de cette vente, faite par des représentants du vendeur qui disparaissent ensuite sans laisser de traces. La protection envisagée par le projet de loi a pour but de moraliser de telles pratiques et de protéger le consommateur visité de trois manières : d'abord, la vente conclue doit donner lieu à un contrat, qui doit contenir certaines mentions à peine de nullité. Ensuite, le client bénéficie d'une *faculté de renonciation*. Cette faculté permet également au

consommateur de disposer d'un délai, dit de réflexion, qui lui permet de mûrir son consentement avant de l'exprimer. Ici, contrairement à la vente à distance, le temps de réflexion est envisagé antérieurement à la formation du contrat.

363 - Les clauses abusives. - Ce sont celles qui provoquent le déséquilibre des prestations des parties au contrat. Et comme c'est généralement le professionnel qui rédige la convention, la tendance est de s'aménager par les clauses du contrat une position excessivement avantageuse, que le consommateur est hors d'état de modifier du fait qu'il est en présence d'un contrat d'adhésion et qu'il ne peut même pas faire contrôler judiciairement, en raison du principe du consensualisme et de la théorie de l'autonomie de la volonté sur lesquels repose le contrat d'après le droit civil. Aussi, le projet de loi en cours d'élaboration entend mettre au point un mode original de surveillance et d'élimination des clauses abusives.

364 - Le refus de vente. - La répression du refus de vente consiste simplement à refuser la vente d'un produit ou la prestation d'un service sans que ce refus ne soit justifié par un motif légitime. Ce motif consisterait, par exemple, dans l'indisponibilité de la marchandise ou dans la réglementation en vigueur, exemple : la rupture d'une production ou l'interdiction temporaire de la vente d'une marchandise.

Pour l'application de l'ensemble de ces mesures, un arsenal pénal est mis en place pour assurer une protection efficace du consommateur et une prérogative importante est reconnue aux associations de consommateurs par la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence (Art. 99) : le droit d'agir en justice. L'association peut exercer tous les droits reconnus à la partie civile lorsque les faits sont constitutifs d'une infraction pénale. En outre, elle est titulaire d'actions qui lui sont propres dans l'intérêt collectif des consommateurs.

Comme on peut le constater, la protection du consommateur est de nature sociale. En effet, par le "remodelage" des contrats individuels, le droit va s'orienter vers une organisation des rapports de masse existant entre ces partenaires économiques. Ce qui aboutit forcément à une socialisation du droit des contrats, voire à un aménagement sous forme collective des rapports contractuels.

CHAPITRE II

LES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE

365 - Les difficultés de l'entreprise peuvent conduire au dépôt du bilan. Mais la situation de l'entreprise peut seulement être mauvaise sans être désespérée. La loi envisage donc des traitements dont l'efficacité dépend de la date de la prise de conscience de ces difficultés. D'une part, elle organise une procédure de prévention visant à permettre le règlement amiable de ces difficultés ; d'autre part, elle remplace l'ancienne procédure de faillite par une procédure privilégiant la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi.

Le tri entre ces deux procédures se fait en fonction d'un critère simple, celui de la cessation des paiements, c'est à dire l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Ainsi, lorsqu'une entreprise n'est pas en cessation des paiements, mais se trouve en difficulté, la loi prévoit un dispositif d'alerte tendant à appeler l'attention des dirigeants sociaux sur la nécessité pour eux de prendre des mesures en vue de redresser cette situation. Ces mesures ont pour but de prévenir les difficultés de l'entreprise (Section I). Lorsque l'entreprise est reconnue en cessation des paiements, la loi prévoit une procédure de traitement de ces difficultés. Elle entend la maintenir en vie si possible en organisant son redressement judiciaire (Section II). Lorsqu'aucune de ces deux solutions n'apparaît possible, il est procédé à la liquidation judiciaire de l'entreprise (Section III).

Section 1

La prévention

366 - La loi prévoit un dispositif d'alerte tendant à appeler l'attention des dirigeants sociaux en cas d'évolution

préoccupante de la situation financière de l'entreprise. La procédure d'alerte permet au président du tribunal de commerce d'ouvrir une autre procédure, celle du règlement amiable.

Sous-Section 1

Procédure d'alerte

367 - La procédure d'alerte se place en amont de la cessation des paiements. Ce moyen préventif est institué pour permettre aux dirigeants d'entreprise de déceler par eux-mêmes ou grâce à des interventions extérieures les menaces qui pourraient affecter ou qui assaillent déjà leur entreprise. La mise en œuvre de cette procédure incombe principalement au commissaire aux comptes, mais peut être le fait de tout associé (Art. 546).

368 - Alerte par le commissaire aux comptes ou par un associé. - C'est une mesure de prévention interne qui consiste de la part du commissaire aux comptes ou de l'associé à appeler l'attention des dirigeants sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation en les invitant à redresser la situation. La continuité de l'exploitation est une notion qui ne doit pas être prise uniquement dans le sens " comptable " car elle revêt un caractère économique, ce qui devra conduire le commissaire aux comptes à prendre en considération non seulement les informations qu'il pourra tirer de l'analyse des différents états financiers établis par la société, mais également tous autres événements pouvant avoir des conséquences importantes sur l'évolution de l'entreprise (perte de brevets ou de licences, perte de gros clients ou fournisseurs, départ des principaux animateurs, dirigeants ou cadres, troubles sociaux etc.).

La procédure comprend deux phases :

- 1°) Le commissaire au comptes ou l'associé, doit, dans le délai de 8 jours de la découverte des faits, adresser au chef

d'entreprise une lettre recommandée avec accusé de réception, par laquelle il l'invite à redresser la situation. Le chef d'entreprise doit indiquer les mesures qu'il envisage de prendre dans les 15 jours de la réception.

- 2°) Si en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, le chef d'entreprise doit faire délibérer la prochaine assemblée générale, qui doit statuer à ce sujet sur le rapport du commissaire aux comptes.

Faute d'une délibération de l'assemblée générale ou de décisions pour écarter les menaces pesant sur la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes ou le chef d'entreprise en informe le président du tribunal (Art. 547).

369 - Alerte dans le cas de G.I.E. - La procédure d'alerte ne peut être mise en œuvre que s'il existe un commissaire aux comptes. Or les G.I.E. ne sont tenus d'avoir un commissaire aux comptes que s'ils émettent des obligations (Art 39 de la loi sur les Groupements d'intérêt économique)⁽¹⁴⁹⁾. La procédure d'alerte est évidemment analogue à celle que nous venons d'exposer ci-dessus. La lettre recommandée est adressée par le commissaire aux comptes aux administrateurs du groupement.

370 - Alerte par le président du tribunal de commerce. - S'il constate que les comptes de la société font apparaître une situation économique et financière qui compromet la continuité de son exploitation, le président du tribunal de commerce convoque le chef d'entreprise afin que soit envisagées les mesures propres à redresser la situation (Art. 548)⁽¹⁵⁰⁾. Cette procédure peut être déclenchée à la suite de l'information adressée par le commissaire aux comptes, mais aussi à la suite des constatations faites par le tribunal sur les comptes.

149 - Dahir n° 1-99-16 du 5 février 1999 ; B.O. n° 4678 du 1^{er} avril 1999.

150 - Voy. DAIGRE, Le rôle de prévention du tribunal de commerce ; J.C.P. 1987 éd. E. 15066.

Le président du tribunal de commerce prend donc l'initiative d'une prévention qui consiste à favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté en suggérant à la société la conclusion d'un règlement amiable.

Sous-Section 2

Le règlement amiable

371 - La procédure de règlement amiable tend à permettre au débiteur de négocier avec ses principaux créanciers, sous les auspices d'un conciliateur nommé par le président du tribunal de commerce, pour assurer la mise en oeuvre des mesures de redressement appropriées à la situation de son entreprise.

372 : Saisine du président du tribunal. - Le représentant légal de la société en difficulté doit présenter au président du tribunal de commerce une demande par écrit de règlement amiable et exposer dans cette demande les difficultés financières qu'il rencontre ainsi que les mesures de redressement qu'il envisage, les délais de paiement ou les remises de dettes qu'il estime nécessaires pour ce redressement (Art 550).

Le président du tribunal de commerce peut à cet égard demander à un expert un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise. Il peut aussi obtenir communication par les commissaires aux comptes, les administrations, les organismes publics et les banques, des renseignements permettant de donner une information exacte de la situation de l'entreprise (Art.552). Ce droit de communication peut être exercé " *nonobstant toute disposition législative contraire* ", de sorte qu'aucune des personnes ou organismes énumérés ci-dessus ne peut opposer le secret professionnel à l'enquête du président. Cela implique aussi que le fisc sera appelé à déclarer sa créance qui entre en ligne de compte dans le cadre de cette procédure.

373 - Nomination du conciliateur. - S'il considère que les propositions des dirigeants sociaux sont de nature à favoriser le redressement de l'entreprise, le président du tribunal de commerce ouvre le règlement amiable et nomme un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois, délai qui peut être prorogé d'un mois à la demande de ce dernier (Art. 554).

374 - Conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers. - Le conciliateur a pour rôle de faire aboutir les principaux créanciers et le débiteur à la conclusion d'un accord (règlement amiable) qui prévoit par exemple des délais, des remises, voire des abandons de sûretés, un plan de restructuration. Le conciliateur est libre du choix des méthodes et des créanciers auxquels il s'adressera pour parvenir à un accord. Il dispose de tous les renseignements recueillis par le président du tribunal de commerce et des résultats de l'expertise (Art 554).

Il convient de noter qu'au Maroc les remises gracieuses ne sont admises qu'en matière d'amendes fiscales et des majorations de retard quelle que soit la nature de l'impôt (Art. 122 du nouveau code de recouvrement des créances publiques) ; autrement dit, le principal de l'impôt régulièrement dû ne peut faire l'objet de demande de remise ou modération de la part du débiteur, sauf dans deux cas :

- 1°) celui résultant des dispositions des articles 41 et 42 du dahir de 1935, devenus Art. 126 et 127 du Code de recouvrement des créances publiques, qui prévoient l'admission en non-valeurs de créances devenues irrécouvrables ;
- 2°) le cas prévu par l'Art. 76 du Décret Royal du 21 avril 1967, portant Règlement général de comptabilité publique, qui dispose que "*les remises gracieuses de dette, en principal ou en intérêt, sont prononcées par décret sur proposition du ministre des finances*".

Les principaux créanciers sont ceux dont la décision conditionne l'avenir de l'entreprise. Ces créanciers sont notamment le Trésor, les banques, les principaux fournisseurs. Le législateur a évité ainsi l'obstacle, souvent insurmontable, qui s'opposait au concordat, nécessitant pour être établi une double majorité en nombre et deux tiers en somme des créanciers ayant pris part au vote. Mais le règlement amiable comporte aussi un point faible : un seul créancier important peut l'anéantir en refusant d'adhérer à l'accord.

Si les créanciers parviennent à s'entendre avec le débiteur avec l'aide du conciliateur, leur accord produit ses effets en vertu de la seule force obligatoire du contrat. L'accord est homologué par le président du tribunal lorsqu'il est conclu avec tous les créanciers (Art. 556). Il est signé par les parties et le conciliateur et déposé au greffe (Art. 557). En dehors de l'autorité judiciaire, à qui l'accord et le rapport d'expertise peuvent être communiqués, l'accord ne peut être communiqué qu'aux parties et le rapport d'expertise qu'au débiteur (Art. 559).

375 - Effet du règlement amiable. - La conséquence essentielle de l'accord conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers est de suspendre, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur, en vue d'obtenir le paiement de leurs créances. Cette suspension des poursuites ne vaut que pour les créances qui font l'objet de l'accord. En outre, la loi suspend seulement les poursuites tendant au paiement d'une somme d'argent. Les autres actions peuvent être poursuivies : telles les actions en nullité ou en revendication⁽¹⁵¹⁾. Enfin, dans la mesure où les créanciers ont renoncé à agir pour permettre le redressement de l'entreprise, la loi prévoit la

151 - Comp. Pour une action fondée sur une clause de réserve de propriété dans le régime et la suspension provisoire des poursuites, tel qu'il est prévu par notre article 555 dans Aix, 10 mai 1983, G.P. 1983.2.620, Note DUBREUIL.

suspension des délais qui leur sont impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances visées par l'accord (Art. 558).

376 - Inexécution de l'accord. - Si la société débitrice n'exécute pas les engagements financiers qu'elle a pris dans le cadre du règlement amiable, le tribunal prononce la résolution de celui-ci (Art. 558 al.2). Les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances, déduction faite des sommes éventuellement perçues. Une sanction particulière est en outre prévue par l'article 563 : L'inexécution de l'accord par le débiteur entraîne l'ouverture d'office par le tribunal de la procédure de redressement judiciaire, procédure qui peut être ouverte aussi sur la demande du créancier ou sur requête du Ministère public. Il s'agit là d'une cause autonome d'ouverture du redressement judiciaire, théoriquement indépendante de l'état de cessation des paiements du débiteur.

Pour éviter ce résultat, le caractère contractuel du règlement amiable permet d'admettre, à notre avis, la conclusion d'un nouvel accord si le débiteur ne parvient pas à exécuter l'accord initial. L'absence du conciliateur ne s'oppose pas à cette solution juridique puisqu'il n'est pas partie à l'accord initial, bien qu'il le signe pour lui donner valeur de règlement amiable.

Section 2

Redressement judiciaire^(*)

377 - Idée générale. - Le redressement judiciaire a été institué par notre législateur pour maintenir si possible la continuité de l'exploitation de l'entreprise. En raison de la prédominance des considérations économiques et sociales sur les facteurs juridiques, une importance est attachée à la recherche d'une solution d'avenir plus qu'à l'apurement du passé.

(*) Avec l'aimable contribution de M. Hassan EL GUASSEM, Président du Tribunal de Commerce de Casablanca.

La procédure particulière consacrée par le nouveau code de commerce tend avant tout à sauver l'entreprise, en permettant à celle-ci la poursuite de son exploitation. A n'importe quelle étape de cette procédure, le débiteur n'est pas systématiquement dessaisi et sa gestion est soumise à un contrôle au contenu variable. Un ensemble de mesures concourt au maintien de *l'intégrité* de son patrimoine et différentes techniques sont décidées par le tribunal : soit la continuation de l'entreprise, le tribunal peut interdire dans ce cas l'aliénation de certains éléments d'actif sans son autorisation ; soit la cession, totale ou partielle de l'entreprise, il peut dans ce cas décider la transmission au cessionnaire de certains contrats nécessaires au maintien de l'activité, voire imposer aux cocontractants des délais de paiement.

Nous examinerons dans les deux sous-sections qui vont suivre les conditions d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire et le plan de redressement arrêté.

Sous-Section 1

Conditions d'ouverture de la procédure

§ 1 - Conditions de fond

378 - Principe. - Le redressement judiciaire s'applique à certains débiteurs. Il convient de vérifier lesquels. Le tribunal doit ensuite constater que le débiteur est dans l'une des situations prévues par la loi, soit en état de cessation des paiements, soit qu'il ait bénéficié d'un règlement amiable et n'a pas respecté ses engagements.

A - DETERMINATION DU DEBITEUR

379 - Qualité du débiteur. - L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire s'applique à tout commerçant, artisan et à toute société commerciale (Art. 560). L'assimilation de l'artisan au commerçant comporte, selon

nous, quelques réserves (Voy. infra n° 30 et s.). Notons que pour le commerçant, le défaut d'inscription au registre du commerce n'empêche pas celui-ci d'encourir le redressement judiciaire, sous prétexte qu'il fait le commerce sans être inscrit. Les tiers peuvent se prévaloir contre lui de sa qualité (Voy. infra n° 139 et s.). Quant aux sociétés commerciales, celles-ci sont le champ d'application principal du redressement judiciaire. Ce champ d'application est très étendu puisque la loi déclare commerciales par leur forme, quel que soit leur objet, toutes les sociétés⁽¹⁵²⁾.

380 - Cessation d'activité.- l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire est subordonnée à deux conditions. Il faut que la cessation des paiements soit antérieure à la cessation de l'activité du débiteur (Art. 564). La cessation de l'activité peut résulter, à notre sens, de la radiation du registre du commerce puisque le débiteur est considéré commerçant jusqu'à la date de sa radiation en vertu de la présomption de commercialité (Art. 58). Mais le défaut d'immatriculation n'empêche pas le commerçant d'être soumis aux obligations commerciales si sa qualité est établie et donc d'encourir le redressement judiciaire. C'est pourquoi l'ouverture de la procédure est organisée par le texte en fonction de la *cessation de l'activité*. Cette solution risque de soulever des difficultés parce que la notion de cessation de l'activité sera imprécise dans certains cas ; c'est une question de fait qu'il appartiendra aux tribunaux d'apprécier. Il faut ensuite que la procédure soit ouverte dans l'année de la cessation de l'activité. Autrement dit, le redressement judiciaire doit être demandé dans l'année qui suit cette dernière.

381 - Décès de l'exploitant.- Le redressement judiciaire peut être prononcé si le commerçant est décédé en état de

152 - Article 2 de la loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée (B.O. n° 4478 du 01/05/1997 ; Article 1^{er} de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes (B.O. n° 4422 du 17/10/1996).

cessation des paiements. La procédure est ouverte à son encontre dans l'année qui suit son décès (Art. 564).

382 - Société membre d'un groupe. - Lorsque plusieurs sociétés font partie d'un même groupe, le principe d'indépendance juridique des filiales, à l'égard de la société mère et dans les rapports des filiales entre elles, impose que des procédures distinctes soient ouvertes ⁽¹⁵³⁾.

383 - Groupement d'intérêt économique. - Les groupements d'intérêt économique créés par la loi 13/97 ⁽¹⁵⁴⁾, qu'ils soient civils ou commerciaux, sont soumis à un régime identique à celui des sociétés commerciales parce que les articles 4 et 44 de cette dernière loi empruntent les solutions applicables aux sociétés anonymes pour définir le commencement et la fin de la personnalité morale.

384 - Situation des associés. - Le jugement qui ouvre la procédure de redressement produit ses effets à l'égard des associés en nom collectif indéfiniment et solidairement responsables du passif social (Art. 565). La règle s'applique à tous les associés, qu'ils soient gérants ou non. Mais elle ne s'applique pas aux gérants qui n'ont pas la qualité d'associés et qui relèvent cependant du régime des dirigeants sociaux. Elle ne s'applique pas non plus aux membres du *groupement d'intérêt économique* parce que l'Article 565 ne vise que l'associé et la loi qui crée ce groupement se garde d'employer ce qualificatif pour désigner les membres du groupement d'intérêt économique.

B - CESSATION DES PAIEMENTS

385 - Caractère de la cessation des paiements. - L'entreprise ne peut être soumise au redressement judiciaire que si elle est dans l'impossibilité de faire face à son passif

153 - DAIGRE, Le redressement judiciaire des groupes de sociétés, P.A. 19 février 1988.

154 - Dahir n° 1-99.12 du 5 février 1999, B.O n° 4678 du 1^{er} avril 1999.

exigible avec son actif disponible. Cette définition est retenue par la Cour de cassation en France (18 juin 1980, Bull IV 212 et 23 novembre 1983, Bull IC. 276). L'article 560 de notre Code de commerce fait aussi référence au caractère exigible des dettes de l'entreprise et la répute dans ce cas en cessation des paiements. Il ne faut pas cependant que soit confondue la cessation avec l'insolvabilité. Une société peut être parfaitement solvable compte tenu de la valeur de ses éléments d'actif immobilisé et pourtant ne pas être en mesure, faute d'une trésorerie suffisante, de payer ses dettes à leur échéance. En effet, le passif échu est exigé et la société doit pouvoir y faire face par son actif disponible, c'est à dire l'actif réalisable immédiatement. Or c'est ce simple défaut de paiement qui est susceptible d'entraîner l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

L'appréciation de la situation désespérée du débiteur par les juges n'est donc pas nécessaire. Cependant la formule utilisée par la loi "*n'est pas en mesure de payer à l'échéance ses dettes exigibles*" ne paraît pas suffisante et ne rend pas la situation du débiteur irrémédiablement compromise car généralement il peut obtenir des crédits qui lui permettent de régler ses "*dettes exigibles*". Le tribunal doit donc apprécier la situation du débiteur le jour où il statue et non le jour de l'assignation.

386 - Nature des dettes. - La loi décide que la procédure peut être ouverte sur l'assignation d'un créancier "*quelle que soit la nature de sa créance*" (Art 563 Al.1). Ainsi, le défaut de paiement d'une dette quelconque, civile ou commerciale, permet le déclenchement du redressement judiciaire et la même solution doit être appliquée à la saisine d'office.

387 - Liquidité, exigibilité et certitude des dettes. - On ne peut déclarer un commerçant en état de cessation des paiements que s'il ne paie pas une dette liquide et exigible. Mais le créancier ne peut pas invoquer l'exigibilité de la dette du fait de la déconfiture du débiteur, puisqu'il s'agit

justement de savoir si le débiteur a cessé ses paiements (Voy. d'ailleurs infra n° 422). Il faut d'autre part que les dettes impayées ne soient pas contestées, dans leur existence ou dans leur montant. En effet, on ne peut refuser au débiteur le droit de discuter l'existence ou l'étendue de son obligation, mais cette contestation ne doit pas cependant être un moyen purement dilatoire.

388 - Preuve de la cessation des paiements. - C'est au créancier qui demande le redressement judiciaire à qui il incombe de prouver la cessation des paiements. La preuve de la créance impayée peut être faite par tous moyens s'il s'agit d'une créance commerciale et suivant les règles du D.O.C. s'il s'agit d'une créance civile. L'arrêt matériel des paiements peut être établi par tous moyens car il s'agit de questions de fait⁽¹⁵⁵⁾. En pratique, comme le défaut de paiement ne peut être relevé que pour des dettes certaines, liquides et exigibles, les preuves apportées sont toujours les mêmes : protêt des effets de commerce ; impossibilité de payer les dettes des emprunts obligataires ou autres ; disparition du commerçant et fermeture de ses magasins ; vente précipitée du fonds à un prix dérisoire ; aveu du débiteur qui demande à ses créanciers des délais de paiement et ne tient pas sa promesse...

§ 2 - Conditions de forme

A - COMPETENCE

389 - Compétence d'attribution. - Le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le commerçant a son principal établissement ou celui dans le ressort duquel la société a son siège social (Art. 566).

Par siège social, il faut entendre le siège réel, c'est à dire celui où se trouvent les organes de direction et les services

155 - Rennes, 22 fév. 977, D.S. 1978, I.R. 227 obs. VASSEUR.

administratifs⁽¹⁵⁶⁾. Or le tribunal de Marrakech⁽¹⁵⁷⁾ a retenu à tort sa compétence dans une espèce où la société avait son siège social à Rabat, au motif que cette société avait son activité principale à Marrakech : des hôtels. Il est évident que le tribunal de commerce de Marrakech n'a pas correctement appliqué la loi : L'Art. 566, en invoquant le "*principal établissement*", n'a visé que le commerçant personne physique. L'Art. 11 du dahir instituant les tribunaux de commerce, que les juges de Marrakech ont pris en considération, n'a pas modifié les dispositions de l'Art. 566, et confirme la compétence du tribunal du siège social quand il s'agit d'une société. De plus, "l'activité principale" invoquée par le tribunal ne signifie pas le "*principal établissement*" qui est le lieu où est établi le centre de décision du commerçant, distinct de son domicile.

Cela dit, la référence des textes au siège social, pour les sociétés commerciales, pose un problème dans le cas d'une filiale au Maroc, dont la société mère se trouve à l'étranger. La question est de savoir si le tribunal compétent peut être celui dans le ressort duquel se trouve la filiale alors que le siège social se trouve à l'étranger. Pour éviter cette discussion, le texte français a précisé que le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel la société "*a son siège social ou, si la société n'a pas son siège en France, celui dans le ressort duquel elle a son principal établissement*" ; le principal établissement pouvant s'appliquer à une filiale installée en France. Notre loi permet cependant d'attribuer la compétence au tribunal marocain, dans le cas d'une filiale, puisque la déclaration de cessation des paiements incombe aussi bien au dirigeant de droit qu'au dirigeant de fait (Voy. infra n° 391). En outre, la filiale est une

156 - Voy. une jurisprudence française : Com. 4 juin 1969 D.1970,37 ; Paris 26 janv. 1978, GP 1978, som. 393.

157 - Affaire PLM DOUNIA HOTELS S.A. jugement d'ouverture de la procédure du 7/04/1999 (dossier 1/98) et Jugement décidant un plan de continuation du 20/04/2000 (dossier n° 2/2000) (inédits).

personne morale distincte de celle de la société mère et dispose d'une autonomie indiscutable.

Le texte ajoute que "*le tribunal qui a ouvert la procédure de traitement est compétent pour toutes les actions qui s'y rattachent*". Il résulte de cette formule que le tribunal du siège de la personne morale est compétent pour prononcer le redressement judiciaire des associés, même si ceux-ci ou quelques-uns d'entre eux sont domiciliés dans un autre ressort.

390 - Information du tribunal. S'il l'estime utile, le tribunal peut entendre toute personne et requérir l'avis d'un expert (Art 567 al. 2). Cette enquête est facultative, mais elle présente de nombreux intérêts. En effet, elle permet d'apprécier si les conditions de fond du redressement judiciaire sont réunies, en particulier si le débiteur est réellement en état de cessation des paiements. Elle permet aussi au tribunal d'exercer en connaissance de cause l'option entre la continuation ou la cession de l'entreprise.

B - SAISINE DU TRIBUNAL

391 - Dans le cas où le redressement judiciaire sanctionne la cessation des paiements le tribunal est saisi, soit par le chef d'entreprise (Art 561), soit par le créancier (Art 563 al.1). Dans le cas où le débiteur avait bénéficié d'un règlement amiable et n'a pas respecté les engagements financiers conclus avec ses créanciers, le tribunal peut aussi se saisir d'office ou être saisi par le ministère public (Art.563 al.2).

1° Demande du débiteur. Le chef d'entreprise doit déclarer la cessation des paiements, de la société par écrit au greffe du tribunal dans le délai de quinze jours à compter de cette cessation (Art. 561). Cette déclaration incombe aux dirigeants de droit (président, administrateurs, membres du directoire, directeurs généraux, gérants) ou de fait, ainsi qu'aux représentants permanents des personnes morales dirigeantes. En effet,

ces diverses personnes (dirigeants de droit ou de fait) (Art. 702) s'exposent à la déchéance commerciale si elles ont omis de faire la déclaration dans le délai prescrit (Art. 714-4°). L'objectif est de parvenir à redresser à temps une entreprise et à éviter sa disparition.

2° Demande des créanciers. Tout créancier a le droit de demander le redressement judiciaire d'un commerçant qui a suspendu ses paiements (Art.563). L'action du créancier a un caractère particulier : elle tend à faire constater l'état du débiteur, et c'est cet état qui produit des conséquences légales. Le créancier n'a donc pas besoin d'un titre exécutoire. La qualité de la créance est indifférente dès lors que le créancier parvient à prouver l'état de cessation des paiements. Cet état est prouvé lorsque le créancier peut établir l'existence d'un passif exigible qui n'est pas payé. Notons que le créancier qui agit ne peut le faire que par voie d'assignation. Son action n'est enfermée dans aucun délai et peut donc être exercée tant que dure l'état de cessation des paiements.

3° Saisine d'office ou par le procureur du Roi. La saisine d'office ou à la demande du ministère public est prévue dans le cas notamment de l'inexécution des engagements financiers conclus dans le cadre de l'accord amiable (Art 263 al.2).

Mais le droit du tribunal d'ouvrir d'office une procédure de redressement judiciaire ne veut pas dire qu'il ne doit pas entendre ou au moins convoquer le débiteur avant de déclarer le règlement judiciaire. En effet, il s'agit d'assurer le droit de la défense et c'est pourquoi le législateur a posé en règle très générale que le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après *avoir entendu ou dûment appelé le débiteur en chambre du conseil* (Art 567). La déclaration d'office peut aussi intervenir par exemple dans le cas de désistement des créanciers qui avaient assigné le débiteur.

C - JUGEMENT

392 - Nature du jugement.- Le jugement qui ouvre le redressement judiciaire est déclaratif puisqu'il constate l'état du débiteur qui a cessé ses paiements. Mais dans la mesure où il restreint les pouvoirs du débiteur dans l'administration de son entreprise, il est aussi *constitutif* d'une situation nouvelle opposable à tous. Son autorité est absolue parce qu'une personne soumise à une procédure collective l'est nécessairement à l'égard de tous.

393 - Prononcé du jugement. Le tribunal statue, après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, dans les délais de quinze jours de la saisine (Art. 567). Il décide l'ouverture du redressement judiciaire s'il apparaît que la situation de l'entreprise n'est pas compromise (Art. 568). Le jugement fixe la date de la cessation des paiements ; à défaut, celle-ci est réputée avoir lieu à la date du jugement qui la constate (Art. 680).

La fixation de la date de cessation des paiements par le jugement n'est pas définitive et le tribunal peut rendre ultérieurement, à la demande du syndic, un ou plusieurs jugements la modifiant : soit pour reporter en arrière la date primitive, soit en fixant une date postérieure. Mais cette date ne peut pas être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure (Art. 680 al 1). Ce délai s'impose aussi bien pour la fixation faite par le jugement que pour les modifications ultérieures. La demande de modification doit être présentée au tribunal *avant l'expiration de quinze jours* qui suit le jugement arrêtant un plan de continuation ou de cession, et si la liquidation judiciaire a été prononcée, suivant le dépôt de l'état des créances (Art. 680 al. 4).

Le jugement qui ouvre la procédure est notifié au débiteur par les soins du greffier dans les huit jours de sa date (Art. 569 al. 3).

394 - Mise en place du personnel du redressement judiciaire. Le jugement doit en outre désigner les personnes qui seront chargées de surveiller, d'assister ou de représenter le débiteur. Le tribunal désigne un de ses membres, qui sera juge commissaire, et le syndic.

395 - Le juge commissaire. - C'est un juge du tribunal qui " *est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* " (Art. 638). Les attributions de ce juge sont plus étendues qu'elles ne l'étaient dans l'ancien régime de la faillite. Dans ce dernier régime, il ne décidait que sous le contrôle du tribunal. Le Code de commerce actuel ne le soumet plus à ce contrôle et, de plus, augmente de façon importante, sur certains points, ses pouvoirs dans le souci évident de simplification et de rapidité. Il a, notamment, le pouvoir d'ordonner ou d'autoriser un grand nombre d'actes qui dépassent la compétence du syndic ou du débiteur, ou d'en définir les modalités.

Le juge commissaire statue par ordonnance sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence (Art. 639). Les ordonnances du juge commissaire sont immédiatement déposées au greffe du tribunal. Elles font l'objet d'un recours devant la Cour d'appel (Art. 697) (Voy. infra n° 427, 4 et 5).

396 - Le syndic. - La fonction de syndic est exercée par le greffier, mais le texte donne le pouvoir au tribunal de nommer un tiers à la place du syndic (Art. 568 al 3). Il pourra ainsi nommer un administrateur de société hautement qualifié en attendant que soient formés les greffiers pour cette mission difficile qui est celle du syndic. Ce dernier joue en effet un rôle essentiel, car il est chargé d'établir un bilan financier, économique et social de l'entreprise et de proposer au juge commissaire un plan de redressement, dans la mesure où celle-ci peut encore être sauvée (Voy infra 399). L'Art. 644 permet au tribunal de le remplacer, à la demande

du juge commissaire, ou même d'office, c'est à dire sans cette demande. Le syndic peut aussi être remplacé par le tribunal sur réclamation du débiteur ou d'un des créanciers de l'entreprise. C'est une sorte de récusation qui permet aux intéressés de protéger leurs droits contre un syndic incompétent⁽¹⁵⁸⁾.

REMARQUE : La mission que le syndic est appelé à remplir est d'une telle importance qu'on ne peut pas concevoir l'absence actuelle d'une formation d'un *corps de greffiers* spécialisés dans ce domaine ; l'application concrète des textes relatifs au redressement judiciaire en dépend. Dans la pratique, le tiers généralement désigné par le tribunal est expert comptable. Or l'établissement d'un plan de redressement exige une connaissance du droit parce qu'il implique le respect d'une multitude de règles de fond et de procédure. Le syndic est certainement plus compétent que l'expert comptable car il ne s'agit pas seulement de faire fonctionner des comptes. En effet, en intervenant, le syndic peut être amené à répondre à une procédure déjà existante, concernant notamment le paiement de certaines créances, l'expulsion du débiteur du local où s'exerce l'exploitation, l'exécution de contrats en général. La décision est quelquefois délicate. Ainsi par exemple, pour sauver le fonds de commerce dans le cas d'une expulsion, il doit faire application de la loi sur les baux commerciaux en payant la dette exigible. Le syndic peut recourir à un emprunt d'une banque pour régler certaines dettes qui permettent de redresser l'entreprise. Cette opération exige le plus souvent de connaître les priorités légales (privileges et sûretés) pour

158 - Signalons que le texte de l'article 644 en langue arabe est obscur parce qu'il est mal rédigé : en résumé, il dit que le tribunal peut remplacer le syndic à la " demande du juge commissaire d'office " (contresens) ou sur réclamation du débiteur ou du créancier adressée au juge commissaire. Ainsi, le juge commissaire est le seul à provoquer le remplacement du syndic ; or ce n'est pas du tout l'esprit du texte de base (en français), auquel il conviendrait de se reporter, d'autant qu'aucune règle n'impose le recours aux textes en langue arabe.

négociier cet emprunt avec le banquier. La désignation d'un expert comptable n'est donc pas la solution.

397 - Publicité. - Elle est organisée par l'article 569. Il est en effet nécessaire de faire connaître aux tiers les restrictions qui affectent les pouvoirs du débiteur dans l'administration de son entreprise, mais ces restrictions varient. Ainsi, l'état de redressement judiciaire créé par la décision du tribunal est mentionné sans délai :

- sur le registre de commerce ;
- un avis de la décision est publié dans un journal d'annonces légales et au Bulletin officiel dans les huit jours de sa date ;
- cet avis est en outre affiché au tribunal dans un panneau réservé à cet effet.

398 - Exécution et voies de recours. - Dans la mesure où le jugement d'ouverture de la procédure prend effet à compter de sa date (Art. 569 al. 1), il faut admettre qu'il prend effet à la première heure du jour où il est rendu⁽¹⁵⁹⁾. Le jugement est exécutoire de plein droit (Art. 728), ce qui écarte l'effet suspensif qui est attaché, d'après le droit commun, à l'appel. L'effet exécutoire du jugement d'ouverture de la procédure se justifie par la nécessité de prendre d'urgence, dans l'intérêt des créanciers, des mesures qui empêchent le débiteur de compromettre ou de faire disparaître ce qui reste de son actif.

Les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure sont susceptibles d'appel et de pourvoi en cassation (Art. 730 et 731). Ces recours peuvent être exercés par le débiteur ou le créancier, ainsi que par le ministère public s'il agit comme partie principale, en vertu de l'Art. 6 du Code de procédure civile de 1974.

159- Tel que le décide la jurisprudence en France : Cass. Com. 12 nov. 1979, Bull. cass, 1979, 4, n° 284.

En vue d'accélérer les procédures, la loi énonce quelques règles originales concernant l'appel. Le délai d'appel est de dix jours à compter de la notification aux parties. Dès lors que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire est susceptible d'appel, l'opposition est fermée. Par contre, tout intéressé qui n'a pas été partie à l'instance peut faire tierce opposition au jugement.

La meilleure solution paraît consister à admettre, dans les hypothèses prévues par les articles 728 à 731, les voies de recours de droit commun, dans les conditions du droit commun.

Sous-Section 2

Plan de redressement

§ 1 -Préparation du plan

A - PROJET DE PLAN

399 - La proposition. - Le jugement de redressement judiciaire ouvre une période d'attente qui permet au syndic de dresser dans un rapport le bilan financier, économique et social de l'entreprise avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts. Ce bilan doit préciser l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Au vu de ce bilan, le syndic propose au juge commissaire un projet de plan de redressement tendant, soit à la continuation de l'entreprise, soit à sa cession (Art.579 al. 1). La durée limite assignée au syndic pour faire ces propositions est de quatre mois à compter de la date du jugement d'ouverture de la procédure. Ce délai est renouvelable une fois à la demande du syndic (Art. 579 al. 2). Au total, le syndic a donc huit mois pour proposer un plan de redressement au juge-commissaire.

a) Règles générales

400 - Contenu du projet de plan. - Le projet doit pouvoir déterminer *les perspectives de redressement*. C'est en

fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles qu'il pourra se prononcer. L'analyse financière de la situation doit révéler si l'entreprise est capable de financer correctement le maintien et le développement de ses éléments d'actif productif. L'analyse économique doit permettre d'apprécier la situation commerciale de l'entreprise : valeur de ses produits ou services sur le marché, situation de la concurrence, etc.

Le projet doit, en outre, définir les *modalités de règlement du passif* et les garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire pour en assurer l'exécution (Art.580). Les propositions présentées pour le règlement des dettes sont, au fur et à mesure de leur élaboration et sous la surveillance du juge commissaire, communiquées par le syndic (ou le débiteur) aux contrôleurs⁽¹⁶⁰⁾.

Enfin, le projet expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité. S'il prévoit des licenciements pour motif économique, il devra préciser les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé.

401 - Informations et consultations préparatoires. - Outre les mesures exceptionnelles pour l'information du tribunal (Art.567), le législateur organise une large circulation des renseignements pendant la phase d'élaboration du bilan financier, économique et social et du projet de plan (Art. 581). Le syndic reçoit des commissaires aux comptes et de l'administration tout document et toute information pour l'accomplissement de sa mission et de celle des experts. Il reçoit le rapport d'expertise qui a été établi pour le règlement amiable si la procédure de redressement succède à celle du règlement amiable. Il entend toute

160 - Les contrôleurs sont les représentants des créanciers auxquels ils rendent compte de leur mission : celle d'assister le syndic dans sa fonction et le juge commissaire dans sa mission.

personne susceptible de l'informer sur la situation et les perspectives de redressement de l'entreprise, les modalités de règlement du passif, et les conditions sociales de la poursuite de l'activité. Il rend compte de l'avancement de ses travaux au juge-commissaire (Art. 581 al. 2).

402 - Offre de reprise. - D'une certaine façon, l'entreprise défaillante est à vendre dès le déclenchement du redressement judiciaire. Le législateur donne ainsi la possibilité à des tiers à l'entreprise de faire des offres pour maintenir l'activité de l'entreprise. Ainsi l'Art. 582 prévoit cette intervention des tiers dès l'ouverture de la procédure. Les offres doivent être soumises au syndic immédiatement selon l'une des modalités susceptibles d'être envisagées par le plan : continuation de l'entreprise, cession ou liquidation judiciaire. Les offres sont annexées au rapport du syndic, qui en fait l'analyse.

L'Art. 582 al. 2 définit les conditions dans lesquelles les offres ainsi faites obligent leur auteur. L'offre ne peut être modifiée ou retirée après la date de dépôt du rapport du syndic. Mais cette interdiction ne doit pas empêcher une amélioration de l'offre primitive⁽¹⁶¹⁾. L'auteur de l'offre reste lié jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan, à condition que cette dernière intervienne dans le mois du dépôt du rapport. L'auteur ne demeure lié au delà que s'il y consent.

403 - Consultation des créanciers. - Les propositions pour le règlement des dettes comportent habituellement des délais et des remises. Elles sont communiquées aux contrôleurs par le syndic, sous la surveillance du juge commissaire (Art. 585 al. 1).

Le syndic communique ces propositions aux créanciers ayant déclaré leur créance et recueille l'accord de chacun,

161- Voy. Cass.com. 2 oct. 1990, D.S. 1990, I.R., 236, J.J.D.A., 1991, 64.

"individuellement ou collectivement" (Art. 585 al. 2). Le législateur a fait allusion à l'existence d'un intérêt collectif des créanciers pour permettre à ceux-ci de trouver le moyen de confronter leurs intentions, et d'arrêter une position commune. Les délais et les remises qui peuvent être acceptés par les créanciers n'ont de valeur que dans la perspective d'un plan de continuation de l'entreprise (Voy infra n° 438). En effet, l'Art. 585 n'impose la consultation des créanciers qu'en vue d'un plan continuation.

A la lettre recommandée adressée par le syndic aux créanciers sont joints : un état de la situation active et passive avec ventilation du passif privilégié et du passif chirographaire, le texte des propositions du syndic et du débiteur et l'indication des garanties offertes, l'avis des contrôleurs s'il en a été nommé ⁽¹⁶²⁾. Le défaut de réponse par écrit dans le délai de trente jours vaut acceptation par le destinataire des délais et remises proposés lorsque la consultation est individuelle. En cas de consultation collective, les créanciers se réunissent sous la présidence du syndic aux lieu, jour et heure fixés dans la lettre de convocation ; un avis est en outre inséré dans un journal d'annonces légales. La réunion doit avoir lieu entre le quinzième et le vingt et unième jour de l'envoi de la lettre. Les créanciers se présentent en personne ou se font représenter par un fondé de pouvoir muni d'une procuration spéciale. Le syndic fait un rapport sur l'état de redressement judiciaire (Art. 587). L'accord individuel de chaque créancier présent ou représenté est recueilli par écrit.

b) Règles spéciales concernant les personnes morales

404 - Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, la préparation du plan est liée à la reconstitution des capitaux

162- Le juge commissaire désigne un à trois contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande (Art. 645).

propres et à l'élimination de l'influence des dirigeants incompetents.

405 - Reconstitution du capital. - Lorsque le syndic envisage de proposer au tribunal un plan de continuation impliquant une modification du capital, il demande au conseil d'administration, au directoire ou aux gérants, selon le cas, de convoquer une assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés. Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs au quart du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer les capitaux propres à concurrence du montant proposé par le syndic qui ne peut être inférieur au quart du capital social (Art. 583 al.2).

L'hypothèse envisagée ici est celle de l'article 357 de la loi sur la société anonyme, mais la seule solution possible est l'augmentation du capital, susceptible de procurer à l'entreprise les capitaux frais dont elle a besoin.

L'assemblée peut également être appelée à décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan. Ainsi, un " coup d'accordéon " peut être proposé à l'assemblée. Si, dans la société anonyme, les anciens actionnaires ne veulent pas ou ne peuvent pas participer à l'augmentation du capital, il sont appelés à renoncer à leur droit préférentiel de souscription au profit des étrangers qui acceptent d'apporter les capitaux nécessaires. A défaut, la société est exposée à une cession ou à une liquidation.

406 - Elimination de l'influence des dirigeants. - Le tribunal peut prendre trois décisions préparatoires à l'adoption du plan. S'il estime que la survie de l'entreprise le requiert, le tribunal peut exiger le remplacement d'un ou plusieurs dirigeants sociaux et subordonner l'adoption du plan de redressement à ce remplacement (Art. 584). Pour éviter que les dirigeants évincés n'usent de leurs pouvoirs d'associés pour entraver la nouvelle politique de l'entreprise,

le tribunal peut prononcer *l'incessibilité des actions*, parts sociales ou certificats de droit de vote détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, et décider que *le droit de vote y attaché sera exercé*, pour une durée qu'il fixe, par *un mandataire de justice* désigné à cet effet. Le tribunal peut encore ordonner *la cession des actions* ou parts sociales des dirigeants, le prix de cession étant fixé à dire d'expert.

Pour l'application de toutes ces dispositions, les dirigeants sont entendus ou dûment appelés (Art. 584 al. 3).

B - GESTION DE L'ENTREPRISE

407 - La gestion de l'entreprise comporte des restrictions aux pouvoirs du débiteur et des règles concernant la continuation de l'activité sociale.

a) Restrictions aux pouvoirs du débiteur

408 - Pouvoirs du débiteur dans la gestion. - Ces pouvoirs dépendent de la mission conférée au syndic (Art. 576). Le débiteur peut assurer la gestion de l'entreprise sous la surveillance du syndic. Mais la notion de surveillance n'a pas de sens juridique et la mission du syndic dans ce cas reste vague. Le syndic peut cependant être chargé *d'assister* le débiteur pour tous les actes concernant la gestion ou certains d'entre eux ou *d'assurer seul, entièrement ou en partie, la gestion de l'entreprise*. Dans toutes ces situations, le législateur n'indique pas les critères qui doivent guider le tribunal pour fixer la mission du syndic et donc les pouvoirs du débiteur. Cela d'autant plus que le tribunal peut, à tout moment, modifier la mission du syndic. On peut donc admettre que la formule qui sera retenue par le tribunal devra être celle qui assure au mieux la continuation de l'activité. En toute hypothèse, le syndic peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires ou postaux dont le débiteur est titulaire (Art. 577).

409 - Interdiction du paiement des dettes antérieures au jugement d'ouverture. - L'Art. 657 interdit au débiteur comme au syndic de payer en tout ou partie aucune créance née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure. Un tel acte ne pourrait qu'entraver le redressement espéré, et porterait atteinte à l'égalité entre les créanciers. L'interdiction concerne toutes les créances, qu'elles aient ou non leur origine dans l'exploitation de l'entreprise, qu'elles soient chirographaires ou garanties par une sûreté. Le juge commissaire peut autoriser le débiteur ou le syndic, selon le cas, à payer une créance antérieure au jugement, pour retirer une chose remise en gage ou " légitimement retenue ", lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité de l'entreprise (al. 2).

La référence à la "*chose légitimement retenue*" concerne les hypothèses dans lesquelles la loi et la jurisprudence reconnaissent l'existence d'un droit de rétention. La formule légale prend en effet en considération la restriction qui affecte le domaine du droit de rétention (Voy. infra n° 417).

Tout paiement effectué en violation de l'interdiction est annulé à la demande de *tout intéressé* présentée dans un délai de trois ans à compter de l'acte interdit. Le débiteur aussi peut agir parce qu'il s'agit d'une nullité absolue. Lorsque l'acte est soumis à publicité, le délai court à compter de celle-ci (Art 658).

410 - Impossibilité de compensation. Principe - Le fonctionnement de la compensation entre une créance sur le débiteur et une dette envers lui ne donne lieu à aucune difficulté si les deux obligations en sens contraire sont toutes les deux fongibles, liquides et exigibles lors du jugement d'ouverture de la procédure. " La compensation légale se produit de plein droit " sans qu'une des parties ait à faire une déclaration sur ce point (Cass. com. 29 novembre 1988, Rev. Proc. Coll. 1989, 158, D.S. 1989, Somm. Comm. 235, obs. AUBERT), et sous réserve du cas où elle résulterait d'un acte

annulé par application des nullités de la période suspecte. En revanche, lorsque la compensation légale n'a pas pu fonctionner lors du jugement d'ouverture, notamment parce qu'une des dettes n'était pas encore liquide ou exigible, la compensation est écartée car elle contreviendrait à la volonté du législateur d'immobiliser le passif du débiteur au jour de l'ouverture de la procédure en interdisant tout paiement postérieur, et elle assurerait au cocontractant une situation préférentielle, au mépris de l'égalité qui doit régner entre les créanciers. Et ce, d'autant plus que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances (Art. 571).

411 - Tempéraments. - Il existe toutefois quelques exceptions : la compensation doit être admise dans deux séries de cas :

Il en est ainsi d'abord quand les créances et les dettes se trouvent comprises dans un même compte. L'exemple le plus important est celui du *compte courant* qui fonctionne entre les banquiers et leurs clients et qui permet aux banquiers de compenser leurs dettes exigibles avec leurs créances à terme (Voy. Paris, 2 avril 1990, Banque, 1990, 871, obs RIVES-LANGE). La compensation ne se produit qu'à l'intérieur d'un même compte. Mais lorsqu'il existe entre les banquiers et leurs clients deux comptes courants distincts, les banquiers s'efforcent par une lettre de fusion ou une affectation en garantie, de garantir le débit d'un compte par le crédit d'un autre.

La compensation est également admise lorsque les obligations sont connexes comme naissant du même contrat, même si toutes les deux ne remplissent pas les conditions requises pour la compensation légale avant le jugement déclaratif. La connexité est ainsi reconnue lorsque les deux obligations naissent de l'exécution d'un même contrat, puisque l'un des contractants pourrait refuser de s'exécuter si l'autre ne s'exécutait pas. Par exemple, l'assureur peut

compenser la prime qui lui est due avec l'indemnité qu'il doit⁽¹⁶³⁾.

412 - Actes soumis à l'autorisation du juge commissaire. - L'Art. 578 place l'ensemble du patrimoine du débiteur sous le contrôle judiciaire par les termes très généraux qu'il renferme. Ce texte concerne le débiteur, assisté ou non du syndic, ou le syndic lorsqu'il est investi du pouvoir d'assurer, entièrement ou en partie, la gestion de l'entreprise.

b) Continuation de l'activité

413 - Le principe et l'exception. - L'Art. 571 pose le principe que l'activité de l'entreprise est poursuivie après le prononcé du jugement de redressement judiciaire. Cependant, à tout moment le tribunal peut ordonner la cessation de cette activité et prononcer la liquidation judiciaire (Voy. infra 435). Le tribunal statue sur la demande motivée du syndic, d'un contrôleur, du chef de l'entreprise ou d'office et, dans tous les cas, sur rapport du juge-commissaire (Ar. 572).

La cession partielle de l'activité peut, à notre sens, être ordonnée indépendamment de la liquidation judiciaire. En effet, on conçoit la cessation d'une branche d'activité déficitaire sans que soit prononcée la liquidation judiciaire. La cessation partielle permet justement un allègement pour le redressement de l'entreprise.

Dans cette phase de la procédure, les dirigeants demeurent en fonction s'ils ne sont pas frappés d'une interdiction de gérer ou d'administrer (Voy. infra n° 477).

La continuation de l'activité suppose la conclusion de nouveaux contrats dans le cadre des pouvoirs respectifs du

163- Voy. Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations, R.T.D.Com. 1980, 39 ; A. BAC et MATHIEU, La compensation pour dettes connexes, Droit et Banque, 1988, 5 ; MONTREDON, La compensation des dettes connexes, J.C.P. 1991.1.3480.

débiteur et du syndic et souvent le maintien des contrats en cours d'exécution. Par ailleurs, le législateur fait une distinction entre les créances dont l'origine est antérieure au jugement qui ouvre la procédure et les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture.

1°) SORT DES CONTRATS EN COURS D'EXÉCUTION

414 - L'option réservée au syndic. - Le maintien des contrats qui unissent le débiteur à ses fournisseurs, ses banquiers et ses clients, peut être utile à la continuation de l'entreprise. L'Art. 573 consacre indirectement cette solution en donnant au syndic le droit d'option entre l'exécution et la continuation du contrat. Le droit d'option est réservé au syndic seul, quelle que soit d'ailleurs l'étendue de sa mission.

415 - Exercice de l'option.- Le maintien des contrats en cours est affirmé, en principe, en dépit des dispositions légales et nonobstant toute clause contractuelle. En effet, l'Art. 574 al. 4 décide que "*Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire*". Cette solution s'impose donc en présence d'une disposition légale contraire et, à plus forte raison, pour les contrats prévoyant une résolution de plein droit de la convention au cas de redressement judiciaire.

Cette dérogation au droit commun se justifie par des considérations pratiques évidentes. La disparition immédiate de nombreux contrats compromettrait certainement la continuation de l'exploitation et placerait les cocontractants dans une position de force leur permettant de rompre en leur faveur la règle de l'égalité (Infra n° 424).

L'article 573 s'efforce, par ailleurs, d'équilibrer l'intérêt de l'entreprise et celui de son cocontractant. Ainsi, la renonciation à la continuation du contrat est présumée si le cocontractant a adressé au syndic une mise en demeure qui

est restée plus d'un mois sans réponse. Cette présomption est irréfragable car le contrat est résilié de plein droit dans ce cas.

416 - Inexécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. - Lorsque le syndic réclame la continuation d'un contrat, "*le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif*". Les créanciers ne peuvent donc pas invoquer l'indivisibilité qui aurait existé entre les prestations convenues. Leurs créances nées avant le jugement déclaratif doivent être soumises au sort de toutes les créances de la même espèce.

417 - Conséquences de l'option. - Si le contrat est synallagmatique et si le cocontractant n'a pas encore exécuté son obligation, il jouit normalement de l'*exception d'inexécution (exceptio non adimpleti contractus)* dans les conditions du droit commun. Ainsi, par exemple, si son obligation consistait dans la livraison d'une chose, l'exception se traduit par l'exercice du *droit de rétention*. Le vendeur peut refuser de livrer l'acquéreur en état de cessation des paiements parce qu'il ne peut pas payer le prix. Mais le législateur réduit le domaine du droit de rétention. En effet, ce droit est refusé dans les ventes qui comportent un terme pour le paiement du prix, car les créances à terme ne deviennent pas exigibles, à moins que la liquidation judiciaire ne soit déclarée ou que le tribunal décide un plan de cession (Voy. infra n° 419).

418 - Droit de demander la résolution. - Si le syndic n'exerce pas la faculté de poursuivre le contrat, le cocontractant ne peut pas rester engagé indéfiniment dans le contrat, et pour se dégager, il faut qu'il assigne en résolution. Le redressement judiciaire ne constitue pas une force majeure exonérant le débiteur de sa responsabilité en cas

d'inexécution du contrat. Si le contrat n'est pas exécuté, c'est par *la faute contractuelle du débiteur* en état de cessation des paiements. Le cocontractant qui agit en résolution judiciaire peut donc réclamer des dommages et intérêts pour le préjudice qui lui est causé par cette résolution. Le principe est consacré par l'Art. 573 Al. 3, qui précise que le montant des dommages et intérêts doit être déclaré au passif au profit de l'autre partie.

2°) SORT DES CRÉANCES ANTÉRIEURES AU JUGEMENT D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

419 - Absence de déchéance du terme. - Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé (Art. 571 al. 2). Il est évident qu'à ce stade de la procédure, l'exigibilité immédiate des créances à terme serait un obstacle au redressement espéré. Cette exigibilité n'est justifiée que pour les besoins d'une liquidation judiciaire (Voy. infra n° 451) ou lorsque le tribunal qui arrête le plan ordonne la cession totale de l'entreprise (Voy. infra n° 480).

420 - Droits limités des créanciers. - Les droits des créanciers antérieurs sont limités. La discipline de la procédure impose aux prérogatives individuelles des créanciers des restrictions sévères. Les créances produites sont vérifiées et les créanciers sont consultés sur les perspectives de règlement du passif, en prévision d'un plan de continuation.

1° Restrictions des droits individuels des créanciers

421 - La réglementation nouvelle réunit des règles empruntées aux procédures traditionnelles et à la suspension provisoire des poursuites : la suspension des poursuites individuelles, l'interdiction des inscriptions, l'arrêt du cours des intérêts.

422 - Suspension des poursuites individuelles - Il faut laisser à l'entreprise le répit nécessaire pour l'établissement d'un bilan et l'élaboration d'un plan de redressement. D'après l'Art. 653 la suspension s'applique à tous les créanciers dont la créance a son origine *antérieurement* au jugement d'ouverture de la procédure. Toutes les créances sont concernées, qu'elles soient chirographaires ou privilégiées, y compris celle du Trésor. La suspension s'applique aux actions en justice et aux voies d'exécution (Art. 656).

1. Suspension des actions : L'Art. 653 vise la suspension de deux catégories d'actions : celle tendant à la *condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent*. Cette catégorie d'action englobe les actions qui ont pour objet d'établir l'existence d'une créance incertaine et d'en fixer le montant : par exemple les actions en dommages et intérêts fondés sur une faute délictuelle ou sur la mauvaise exécution d'un contrat. L'article s'applique également à la catégorie d'action tendant à la *résolution d'un contrat pour défaut de paiement du prix*. L'interdiction de l'action en résolution empêche le cocontractant de reprendre un bien qui peut être indispensable à la poursuite de l'exploitation ; nous avons déjà vu comment cette règle doit être conciliée avec celles qui gouvernent la continuation des contrats en cours dans l'Art. 573 (Voy supra n° 414 s.).

A partir du jugement d'ouverture de la procédure, un créancier ne peut plus introduire contre le débiteur une action nouvelle. Pour les actions qui ont été intentées auparavant, elles font l'objet d'une interruption d'instance. De ce que les créanciers sont dans l'impossibilité d'agir, l'Art. 653 al. 4, déduit la suspension des délais qui leur sont impartis à peine de déchéance ou de résolution.

2. Suspension des voies d'exécution : L'Art. 653 al. 3 suspend toute *voie d'exécution* (des créanciers antérieurs) tant sur les meubles que les immeubles, notamment, la saisie

conservatoire ou saisie exécution d'un meuble et les saisies immobilières. Après avoir défini le domaine des actions suspendues, la loi précise (Art. 654) que les instances en cours sont suspendues *jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance*. Elles sont alors reprises de plein droit, le syndic dûment appelé, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant.

Certaines actions ne sont pas soumises à la suspension des poursuites. Il s'agit des actions qui ne sont pas expressément visées par l'Art. 653. Il en est ainsi de l'action en résolution exercée pour une cause autre que le défaut de paiement du prix (vice caché par exemple), des actions en nullité, de revendication, en rescision pour lésion, ou des actions sanctionnant l'inexécution d'une obligation de faire (Cass. Com. 12 mai 1992, R.J.D.A. 1992, 506).

423 - Interdiction des inscriptions - L'Art. 666 décide que les hypothèques, nantissements, privilèges ne peuvent plus être inscrits après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire. Il faut comprendre par cette règle que l'inscription qui serait prise devrait être considérée comme non avenue et tout intéressé pourrait en demander la radiation.

424 - Arrêt du cours des intérêts - L'Art. 659 pose en règle générale que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête le cours des *intérêts légaux et conventionnels ainsi que de tous intérêts de retard et majorations*. Le texte ne fait aucune distinction et s'applique à toutes les catégories de créanciers : créanciers chirographaires, titulaires d'un privilège général et d'une sûreté spéciale.

1. Justifications. - L'arrêt du cours des intérêts est une solution qui se justifie tout d'abord par le principe d'instaurer l'égalité des créanciers : si les intérêts continuaient à courir à des taux différents, la prolongation de la procédure profiterait à certains et porterait préjudice à d'autres. Elle

s'explique aussi par les exigences pratiques de l'organisation collective : le passif du débiteur doit être arrêté à un certain moment ; si les intérêts continuaient à courir, il serait modifié chaque jour. Il faut sans doute ajouter que le législateur a limité les droits des créanciers antérieurs au jugement pour favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté.

2. Conséquence. - La lettre et l'esprit de la loi commandent d'admettre, que, dans l'intérêt de l'entreprise, le débiteur est libéré de tous intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à partir du jugement d'ouverture du redressement judiciaire. Cette règle pourrait sans doute être écartée par une clause qui stipulerait expressément que les intérêts continueront à courir à l'égard de la caution, au cas de redressement judiciaire du débiteur principal.

Par ailleurs, il est évident que les intérêts échus au jour du prononcé du règlement judiciaire s'ajoutent au capital de la créance. Il faut les compter jour par jour. Une difficulté se présente dans le cas où les intérêts sont dissimulées dans une augmentation du capital de la créance ; il en est ainsi dans les obligations à prime. Il faut alors dégager d'après le tableau d'amortissement la portion des intérêts échus.

2° Procédure de vérification des créances

425 - Procédure. - Les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, à l'exception des salariés, doivent déclarer leurs créances et se soumettre à une procédure de vérification pour participer aux différentes modalités d'apurement du passif qui résultent, selon le cas, du plan de continuation de l'entreprise ou de sa cession, ou de sa liquidation.

426 - Déclaration des créances. - Les créanciers postérieurs ne sont pas soumis à la procédure de vérification puisqu'ils bénéficient d'un traitement de faveur qui les dispense, notamment, de l'obligation de déclaration.

L'obligation de déclaration incombe donc à tous ceux qui se prétendent créanciers pour une cause antérieure au jugement d'ouverture. Elle s'impose aux créanciers chirographaires, titulaires d'un privilège général et d'une sûreté spéciale. Le Trésor et la Sécurité sociale doivent déclarer leur créance comme tous les autres créanciers.

Le créancier bénéficiant d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un crédit-bail publié sont avertis personnellement et, s'il y a lieu à domicile élu (Art. 686).

1. Les formes de la déclaration. - Aucune forme n'est imposée, mais le créancier doit manifester de façon certaine la volonté de déclarer sa créance. La déclaration porte le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances (Art. 688 al. 1). Elle précise s'il y a lieu la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est assortie. Lorsqu'il s'agit d'une créance en monnaie étrangère, la conversion en dirhams a lieu selon le cours de change à la date du jugement d'ouverture de la procédure (Art 688 al. 2 et 3).

Le créancier doit, en outre, fournir tous les éléments de nature à prouver l'existence et le montant de la créance si elle ne résulte pas d'un titre, évaluer la créance si elle n'est pas liquide, préciser les modalités du calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, mentionner la juridiction saisie si la créance fait l'objet d'un litige (Art. 688 al.3).

A cette déclaration sont joints sous bordereau les documents justificatifs, qui peuvent être produits en copie. A tout moment, le syndic peut demander la production des documents qui n'auraient pas été joints. La déclaration doit être adressée au syndic et, le cas échéant, elle doit être faite par un mandataire ayant le pouvoir de représenter le créancier en justice (Art. 686).

2. Les délais. - Les créanciers doivent remettre leurs déclarations dans un délai de deux mois à compter de la

publication du jugement d'ouverture au Bulletin officiel (Art 687). Il s'agit d'un délai préfix, qui n'est susceptible ni d'interruption, ni de suspension. Le délai de deux mois peut être prolongé de deux mois supplémentaires pour les créanciers domiciliés hors du Maroc.

3. Le défaut de déclaration dans les délais. - A défaut de déclaration dans le délai légal, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes à moins que le juge commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait. L'action en relevé de forclusion ne peut être exercée que dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture de la procédure. Les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes (Art. 690).

427 - Vérification des créances. - La vérification des créances est faite par le syndic, en présence du débiteur ou lui dûment appelé, avec l'assistance des contrôleurs.

1. Travail préparatoire. - Si une créance est discutée (existence, montant), le syndic en avise le créancier concerné par lettre recommandée avec accusé de réception, en l'invitant à faire connaître ses explications. Le défaut de réponse dans le délai de trente jours de la réception de la lettre interdit toute contestation ultérieure de la proposition du syndic (Art.693). La lettre d'envoi précise l'objet de la contestation, le montant de la créance dont l'inscription est proposée, et rappelle la déchéance encourue pour défaut de réponse dans les trente jours.

Lorsque le syndic a terminé son travail de vérification, et pour cela il dispose d'un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture, il établit une ou plusieurs listes de créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant le tribunal. Les listes de créances déclarées sont transmises au juge commissaire avec les observations du débiteur au fur et à mesure de leur établissement (Art. 694).

2. Décision du juge commissaire. - Au vu des propositions du syndic, le juge commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances, ou constate, soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence. Le juge commissaire ne peut rejeter en tout ou en partie une créance ou se déclarer incompétent qu'après avoir entendu ou dûment appelé le créancier et le débiteur (Art. 696 al.).

Lorsque le juge commissaire statue sur sa compétence ou sur une créance contestée par le débiteur ou le créancier, le greffier convoque ceux-ci par lettre recommandée avec accusé de réception. Les décisions d'incompétence ou statuant sur la contestation d'une créance sont notifiées aux parties dans les huit jours par lettre recommandée avec accusé de réception. Les décisions d'admission sans contestation sont notifiées par lettre simple aux créanciers. Le montant de l'admission ainsi que son caractère privilégié ou chirographaire sont précisés par les notifications (Art. 696).

3. Dépôt et publicité de l'état des créances. - Les listes des créances sur lesquelles sont portées les décisions du juge commissaire sont déposées au greffe du tribunal. Toute personne intéressée peut en prendre connaissance. Le greffier fait publier au Bulletin officiel une insertion indiquant que l'état des créances est constitué et déposé au greffe et que le délai pour faire réclamation est de quinze jours à compter de cette publication (Art. 698).

4. Recours contre les décisions du juge commissaire. - Lorsque la matière est de la compétence du tribunal qui a ouvert le redressement judiciaire, le recours contre les décisions du juge commissaire est porté devant la Cour d'appel. Il est ouvert au créancier, au débiteur et au syndic. Toutefois, le créancier dont la créance est discutée en tout ou en partie et qui n'a pas répondu au syndic dans le délai légal (de trente jours selon l'Art. 693 al.3), ne peut exercer de recours si la décision du juge commissaire confirme la proposition du syndic (Art. 697 al 2).

5. Réclamation des tiers. - les tiers intéressés peuvent former une réclamation contre les décisions d'admission, de rejet ou d'incompétence prononcées par le juge commissaire. Les réclamations des tiers sont formulées au greffe par voie de mention sur l'état des créances. Le délai pour faire réclamation expire quinze jours après l'insertion au Bulletin officiel, par le greffier, de l'état des créances (Art. 698 al. 3). Les décisions par lesquelles le juge commissaire statue sur les réclamations sont notifiées aux parties dans les huit jours par lettre recommandée avec accusé de réception (Art. 696 al. 2). La décision du juge commissaire statuant sur la réclamation peut faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel (Art. 697 al. 1).

6. Incompétence de la juridiction qui a ouvert la procédure - Lorsque la matière relève de la compétence d'une juridiction autre que celle qui a ouvert la procédure, la décision d'incompétence prononcée par le juge commissaire fait courir un délai de deux mois au cours duquel le demandeur doit saisir la juridiction compétente à peine de forclusion (Art. 697 al.3). Les tiers intéressés peuvent former tierce opposition contre cette décision transcrite sur l'état des créances dans les délais de quinze jours de la publication au Bulletin officiel. Les tiers sont par ailleurs admis à contester la décision d'incompétence rendue par le juge commissaire dans les conditions de l'Art.698 et à contester par une tierce opposition la décision de la juridiction déclarée compétente. Ils sont également admis à attaquer par voie d'appel la décision d'incompétence rendue par le juge commissaire.

3°) SORT DES CRÉANCES NÉES RÉGULIÈREMENT APRÈS LE JUGEMENT

428 - Le principe de la priorité des créances. - La loi reconnaît (Art 575) aux créanciers postérieurs, par rapport aux créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure, le règlement de leurs créances qui doit s'effectuer par préférence à celui des créanciers antérieurs. Ce traitement de

faveur des créanciers postérieurs est d'ordre pratique. En effet, pendant cette phase de la procédure, l'activité doit être poursuivie, et elle ne peut l'être que si les créances qui naissent en cette occasion bénéficient d'une garantie de paiement. Même si la procédure débouche sur la liquidation judiciaire, l'organisation de la liquidation exige que les frais engagés à cette occasion bénéficient d'un règlement prioritaire.

429 - Nature des créances. - Il s'agit de toutes les *créances nées de la poursuite de l'activité après le jugement déclaratif*, dans le respect des pouvoirs des organes participant à la procédure (débiteur, syndic, juge commissaire). Le texte ne distingue pas : les créances concernées peuvent avoir une origine contractuelle, quasi contractuelle, délictuelle ou légale.

Les *créances d'origine contractuelle* seront normalement les plus nombreuses, qu'elles naissent de contrats continués ou de contrats nouveaux.

. Au titre des *créances d'origine quasi contractuelle*, il faut admettre l'action de gestion d'affaires, de la part de celui qui fait un acte de gestion utile à l'entreprise, la répétition de l'indu, si le débiteur ou le syndic a reçu une somme qui n'était pas due, l'action de in rem verso en raison d'un enrichissement procuré au patrimoine du débiteur après le prononcé du redressement judiciaire.

La catégorie des *créances d'origine délictuelle* est plus difficile à délimiter. Elle comprend les dommages et intérêts octroyés pour la réparation du préjudice causé, soit par le fait des choses que le débiteur ou le syndic a sous sa garde, soit par le fait de ses préposés.

Les principales *créances d'origine légale* sont habituellement celles du fisc et de la sécurité sociale. Le Trésor intervient pour les différentes impositions qui se rattachent à la poursuite de l'activité, et dont le fait

générateur est postérieur au jugement déclaratif. Lorsque le débiteur continue le contrat de travail des salariés et leur verse les rémunérations qui leur sont dues, les cotisations dues au titre de la sécurité sociale sont celles qui correspondent à des " *créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture* ". Ainsi, si le débiteur ou le syndic règle des salaires acquis en rémunération d'un travail antérieur, les cotisations correspondantes, qui trouvent leur source dans un acte antérieur au jugement, doivent être déclarées au passif.

430 - Etendue de la priorité des créances. - *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture du redressement sont payées par priorité à toutes autres créances assorties ou non de privilèges ou sûretés* (Art. 575). Ainsi, ces créances priment celles des créanciers titulaires d'une sûreté immobilière régulièrement publiée avant le jugement d'ouverture. A notre avis, cette solution porte une atteinte grave au droit de la publicité foncière et au crédit hypothécaire. Elle doit donc être dénoncée.

Par ailleurs, il convient d'ajouter que les créanciers de l'Art. 575 ne peuvent pas exercer leur droit de préférence sur les biens qui appartiennent à des tiers, même si ces biens sont entre les mains du débiteur, à condition que le droit de propriété des tiers soit opposable aux créanciers nouveaux : biens vendus avec une clause de réserve de propriété ou donnés en crédit-bail. Même sur certains biens du débiteur, le droit de poursuite des créanciers de l'Art. 575 soulève l'hésitation : il en est ainsi pour les biens que le tribunal déclare inaliénables lorsqu'il ordonne un plan de continuation (Voy. infra n° 436), ou pour les sommes provenant de l'action en comblement du passif social au cas de liquidation (Voy. infra n° 469).

431 - Règlement des créances de l'Art. 575. - Les créanciers de l'Art 575 ne sont pas tenus de faire reconnaître leurs créances par la procédure applicable aux créanciers

antérieurs (Voy. supra n° 425 s.). Lorsque l'activité est poursuivie et permet d'envisager des rentrées de fonds régulières, ils peuvent exercer leurs poursuites individuelles et mettre en œuvre des voies d'exécution sur les biens du débiteur.

La question se pose de savoir si les créanciers dont la créance est exigible ont le droit d'obtenir un paiement définitif même s'il existe d'autres créanciers de meilleur rang qui ne réclament pas leur paiement.

Par ailleurs, doit-on prendre en considération le classement adopté par le droit commun s'agissant des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture lorsque ces créances sont en concours ? Cette question se posera lorsque la liquidation judiciaire sera déclarée ou un plan de cession total adopté. Il faut bien qu'un règlement d'ensemble tienne compte d'un classement des créances. En l'absence de dispositions complétant le texte de l'Art. 575, nous pensons que l'application du droit commun s'impose dans ce cas.

§ 2 - Approbation et mise en œuvre du plan

432 - Décision du tribunal. - Après avoir appelé le débiteur, les contrôleurs et les délégués du personnel, le tribunal décide au vu du rapport du syndic (Art. 590). Il arrête un plan de redressement orienté vers la continuation ou la cession de l'entreprise ou prononce la liquidation (Cette dernière fera l'objet d'une étude distincte - Voy. Section 3).

La continuation et la cession de l'entreprise sont deux méthodes qui permettent le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. La continuation de l'entreprise peut être facilitée par la cession de certaines branches d'activité et une restructuration approfondie qui s'accompagne d'un règlement échelonné des créances. La cession d'entreprise tend à permettre la continuation de l'activité dans une nouvelle structure juridique. Le prix de la

cession est alors réparti entre les créanciers dans des conditions comparables à celles de la liquidation (Art. 592 al. 4).

433 - Portée des règles relatives aux voies de recours. - Les jugements rendus en matière de redressement ou de liquidation judiciaire sont exécutoires de droit à titre provisoire, nonobstant l'exercice des voies de recours. Mais en cas d'appel d'un jugement statuant sur la liquidation judiciaire, ou arrêtant ou rejetant le plan de continuation ou de cession, l'exécution provisoire devrait pouvoir être arrêtée par le premier président de la Cour d'appel, statuant en référé, si les moyens invoqués à l'appui de l'appel paraissent sérieux. En France, l'arrêt de l'exécution provisoire est souvent demandé (Voy. Rennes 19 mars 1991, J.C.P. 1992 éd. E. 2.266, note de RUSQUEC ; Aix, 10 juillet 1991, D.S. 1992, somm.comm., 90, 2° esp. Obs. DERRIDA). Mais l'examen du premier président doit porter seulement sur le caractère sérieux du moyen invoqué ; il n'est pas saisi du principal et n'a pas à juger de la recevabilité de l'appel. Est considéré comme sérieux le moyen invoqué par un débiteur qui a été déclaré en état de liquidation judiciaire sans ouverture préalable d'une procédure de redressement judiciaire (Paris 14 mai 1986, Gas.Pal. 1986.1.36 ; 30 juillet 1986, Gaz.Pal. 1986.2.735).

Le rôle du ministère public dans le déroulement de la procédure de redressement ou de liquidation de l'entreprise n'est pas aussi vaste que celui qui lui est reconnu par le droit français, mais malgré cette restriction de la part des rédacteurs de notre Code, on ne peut écarter le ministère public, protecteur de l'ordre public, et son intervention doit nécessairement être admise chaque fois qu'une décision porte atteinte à cet ordre public. Ainsi, doit exister la possibilité d'un appel en nullité, de la part du procureur du Roi, contre les décisions arrêtant un plan de redressement lorsque celles-ci sont entachées d'une grave irrégularité ou d'un excès de pouvoir. Le procureur du Roi peut certainement intervenir

dans ces cas, et faire appel, même s'il n'agit pas comme partie principale. C'est, semble-t-il, la procédure en cours au niveau de la Cour d'appel dans l'affaire PLM DOUNIA HOTELS S.A.

434 - Engagements souscrits en vue de l'exécution du plan. - Le plan désigne les personnes tenues de son exécution et mentionne l'ensemble des engagements qui ont été souscrits par elles envers le débiteur ou le syndic et qui sont nécessaires au redressement de l'entreprise. Il s'agit notamment du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement au jugement d'ouverture ainsi que, le cas échéant, des garanties fournies pour en assurer l'exécution.

Les personnes qui exécutent le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir opposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation (Art 591). A ce principe, ont été apporté des tempéraments dont le principal se réfère à l'augmentation du capital des personnes morales (Art. 583).

Ces personnes sont, soit le débiteur au cas de continuation d'entreprise qui est ainsi maintenu à la tête de son entreprise, soit le repreneur dont les offres d'acquisition sont acceptées par le tribunal au cas de cession.

A - CONTINUATION DE L'ENTREPRISE

435 - Plan de continuation. - Le tribunal décide la continuation de l'entreprise *lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif* (Art. 592). Le tribunal apprécie les " *possibilités sérieuses de redressement* " en tenant compte principalement de l'importance des pertes accumulées, des résultats de la gestion pendant la première phase de cette procédure, des comptes prévisionnels établis pour l'avenir⁽¹⁶⁴⁾.

164- Voir l'application de ces deux critères : Lyon, 3 juillet 1986, J.C.P.1986, éd. E. 14786 Note HAEHL ; Paris, 12 octobre 1987, Gaz. Pal. 1988. 1.203.

Le plan de continuation restitue au débiteur l'administration de son entreprise, éventuellement modifiée. En effet, le jugement arrête le plan tel qu'il a été proposé par le syndic ou le modifie. Si le débiteur est une personne morale, la personnalité morale subsiste. Mais le débiteur doit régler son passif antérieur au jugement déclaratif dans les conditions arrêtés par le tribunal, sous la menace de cession ou de liquidation (al.2)⁽¹⁶⁵⁾.

a) Modification de l'entreprise

436 - Adjonction, arrêt ou cession de certaines branches d'activités. - L'Art. 592 al. 4 décide que la continuation de l'entreprise est accompagnée, s'il y a lieu, de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession de certaines branches d'activité. L'adjonction est peu probable car l'entreprise est déjà en difficulté, sauf évidemment dans le cas où certaines branches peuvent constituer un complément nécessaire et avantageux pour celles déjà existantes. L'arrêt et la cession de certaines branches doivent répondre aux mêmes considérations, mais contrairement à l'adjonction, ils sont susceptibles plus que celle-ci d'alléger l'exploitation des autres secteurs.

La cession partielle d'actif est celle qui porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation formant une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité (Art. 603 al. 2). L'Art. 592 al. 4 applique à la cession partielle la plupart des règles qui gouvernent la cession d'entreprise (Art. 603 à 618), en particulier l'Art. 606 qui permet la cession forcée de certains contrats (Voy. infra n° 443).

En dehors de la cession partielle d'actifs telle que définie par l'Art. 603 al. 2, et sous réserve de l'inaliénabilité temporaire éventuellement décidée par le tribunal (Voy. n° 424), le

165- Le CANNU, L'élaboration et la mise en œuvre du plan de continuation, P.A. 26 juillet 1991, p. 3

débiteur, qui reprend sans entrave la disposition de son patrimoine peut aliéner ses biens, seul et sans aucune forme.

437 - Inaliénabilité temporaire de certains biens.-

Dans le jugement qui arrête ou modifie le plan, le tribunal peut décider que les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront pas être aliénés sans son autorisation, pour une durée qu'il fixe et qui n'est pas nécessairement celle du plan (Art. 594). La mesure doit pouvoir être entendue largement et englober tout les biens qui peuvent constituer une garantie pour la continuation de l'activité, même ceux qui ne sont pas affectés à cette activité⁽¹⁶⁶⁾. Tout acte passé en violation de cette disposition est annulé à la demande de *tout intéressé* présentée dans le délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou de sa publication s'il est soumis à publicité (al.2). L'inaliénabilité des biens est inscrite au registre du commerce de l'entreprise (al.3). La formule légale ne laisse aucun pouvoir d'appréciation au tribunal saisi de l'action en nullité ; en particulier, la bonne foi de l'acquéreur est indifférente.

b) Apurement du passif

438 - Différentes catégories de créanciers. - L'Art. 575 accorde un traitement prioritaire aux "*créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture*" (Supra n° 428). Si elles ne sont pas payées à leur échéance au cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou de sûretés. Ainsi, les créanciers dont le droit naît du fait de l'activité du débiteur, après le jugement qui arrête le plan, doivent subir la priorité de la catégorie précédente, ainsi que la priorité résultant des privilèges et sûretés régulièrement constitués

166- Voy. Paris, 2 mars 1986, Gaz ; Pal. 1987.2.482

sur le patrimoine du débiteur. Autrement dit, ils ne peuvent invoquer l'Art. 575 qui ne leur est pas applicable⁽¹⁶⁷⁾.

439 - Délais et remises arrêtés par le plan. - Lorsque les créanciers consultés par le syndic (Art. 585 al. 1 : Voy. supra n° 403) ont envisagé l'octroi de délais et de remises, le tribunal leur en donne acte. Le cas échéant, il peut réduire les délais et remises acceptés par les créanciers, pour rapprocher les sacrifices consentis par chacun (Art. 598). Quant aux créanciers qui n'ont accepté ni délai ni remise, le tribunal ne peut pas leur imposer de remise contre leur gré⁽¹⁶⁸⁾. En revanche, il peut imposer à tous, qu'ils soient privilégiés ou chirographaires, des délais uniformes de paiement sous réserve, en ce qui concerne les créances à terme, des délais supérieurs stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure (Art. 598 al.2). Ainsi à la différence de la cession d'entreprise (Voy. infra n° 447), la continuation de l'entreprise n'entraîne pas l'exigibilité anticipée des créances à terme, qui sont payables aux échéances convenues. Les délais imposés par le tribunal peuvent même excéder la durée du plan (Art. 598 al. 2).

440 - Paiement anticipé des créanciers privilégiés au cas de vente de biens grevés d'une sûreté spéciale - En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège, d'un nantissement ou d'une hypothèque, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix après paiement des créanciers qui les priment. Le texte ne dit pas quelles sont ces créances ; ce doit être celles qui sont garanties par un super privilège, par exemple celles des salariés. Ils peuvent ainsi être payés plus tôt que ne le prévoyait le plan, et le législateur a entendu compenser cet avantage : ils reçoivent les dividendes qui leur sont dus d'après les prévisions du plan, réduits en fonction du paiement anticipé (Art. 600).

167- Voy. Cass. com. 3 avril 1990, D.S. 1990, 385 note JEANTIN.

168- Versailles, 5 janvier 1988, J.C.P. 1988.2.21002, note A.MARTIN-SERF.

B - CESSION DE L'ENTREPRISE

441 - Présentation. - La cession d'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif (Art. 603 al. 1). Comme il a été indiqué précédemment (n° 435), le tribunal peut ordonner à la fois la continuation de l'entreprise et une cession partielle de certains éléments d'actifs. La cession partielle est soumise aux mêmes règles que la cession totale, sous réserve des différences qui seront soulignées au cours des développements qui suivent.

a) Modalités de cession

442 - Offre d'acquisition. - Il a été indiqué précédemment que des offres de reprise de l'entreprise en difficulté peuvent être déposées dès le jugement qui ouvre la procédure de redressement judiciaire (n° 402). Les Art. 604 et s. précisent le contenu et la présentation des offres dans la perspective d'un plan de cession.

Les offres doivent être reçues par le syndic dans le délai fixé par celui-ci et qu'il a porté à la connaissance des contrôleurs (Art. 604 al. 1).

Toute offre doit indiquer : 1° les prévisions d'activité de financement ; 2° le prix de cession et ses modalités de règlement ; 3° la date de réalisation de la cession ; 4° le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée ; 5° les garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre ; 6° les prévisions de vente d'actifs au cours des deux années suivant la cession.

Le juge commissaire peut demander des indications complémentaires. Le syndic donne au tribunal tout élément permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre (Art. 604).

443 - Décision du tribunal. - Il appartient au tribunal de déterminer l'objet de la cession, qui peut être l'entreprise

envisagée globalement, ou un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une branche complète et autonome d'activité (Art. 603 al.2). L'entreprise ne se confond pas avec le fonds de commerce, et la cession d'une entreprise peut comprendre des éléments qui n'entrent pas dans la composition du fonds de commerce : ainsi des contrats nécessaires au maintien de l'activité (Voy. n° 443).

Entre plusieurs candidats, le tribunal " retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers (Art. 605). La jurisprudence en France n'hésite pas quelquefois à arrêter un plan de cession pour un prix insignifiant ou nul dans le but de favoriser le repreneur et l'inciter à conserver un plus grand nombre d'emplois⁽¹⁶⁹⁾. Ces décisions, à notre sens, ne respectent pas la hiérarchie qui découle de l'esprit de la loi qui ne va pas jusqu'à autoriser un sacrifice des créanciers. Un plan de redressement n'est sérieux que si le prix de cession permet d'assurer au moins une partie notable du passif privilégié ; à défaut, il faut prononcer la liquidation⁽¹⁷⁰⁾.

444 - Cession judiciaire de certains contrats. - L'Art. 606 confère au tribunal des pouvoirs exorbitants : il détermine les contrats de *crédit-bail*, de *location* ou de *fournitures qui sont nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise*, au vu des observations (mais non avec le consentement) des cocontractants du débiteur transmises par le syndic. Le jugement qui arrête le plan *emporte cession de ces contrats*.

Le législateur considère ainsi que les contrats jugés nécessaires au fonctionnement de l'entreprise font partie intégrante de celle-ci et sont transmis en même temps que

169- Voy. Paris 6 février 1987, Gaz.Pal. 1987.1.197 ; Paris, 20 mai 1988, J.C.P. 1986.2.20 658, note CHAPUT

170- Voir notamment, Versailles 23 juil. 1986, Gaz.Pal. 1986.2.281 ; Bordeaux, 27 juin 1986, Gaz.Pal. 1986.2.770.

l'entreprise, avec toutes leurs conséquences actives et passives. Ces contrats doivent être exécutés *aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire*. Pour assurer la poursuite de l'activité, le tribunal peut imposer des délais de paiement au cessionnaire de l'entreprise. En matière de crédit-bail, la jurisprudence française considère que " le tribunal ne peut pas modifier l'économie du contrat en ordonnant sa prolongation au-delà de la durée convenue⁽¹⁷¹⁾."

Devant les sacrifices dont il est menacé, le cocontractant dispose de moyens pour défendre ses intérêts. Tout d'abord il peut, au cours de l'élaboration du plan, présenter ses observations au syndic qui les transmet au tribunal (Art. 606 al. 1) ; ensuite, le tribunal ne peut se prononcer sur la cession d'un contrat qu'après avoir convoqué le cocontractant à l'audience, par lettre recommandée avec accusé de réception (Art. 607).

445 - Réalisation des opérations. - En exécution du plan arrêté par le tribunal, le syndic passe tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession (Art. 608). Dans l'attente de l'accomplissement de ces actes, il peut, sous sa responsabilité, confier au cessionnaire la gestion de l'entreprise (Art. 608 al. 2).

b) Effets du plan de cession⁽¹⁷²⁾

446 - Indisponibilité de l'actif cédé. - L'Art. 610 al 1 pose un principe d'interdiction afin de garantir la substance de l'entreprise tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé : à l'exception des stocks, le cessionnaire ne peut aliéner ni donner en garantie ou en location-gérance les biens corporels ou incorporels qu'il a acquis. Cette

171- Paris 2 novembre 1988, Rev. Dr. Banc. 1989, 143 ; Aix, 13 janvier 1988, D.S. 1988. 280, note D. FABIANI.

172- Voy. BOIVIN, Les effets de la cession de l'entreprise en redressement judiciaire, J.C.P. 1991, éd. N., p. 382.

interdiction évite ainsi qu'une partie des biens soit immédiatement vendue pour payer le prix de la reprise. L'al. 2 prévoit un assouplissement qui contribue cependant à limiter la portée du principe posé : *l'aliénation totale ou partielle des biens cédés, leur affectation à titre de sûreté, leur location ou leur location-gérance* peuvent être autorisées par le tribunal après rapport du syndic. Le tribunal doit tenir compte des garanties offertes par le cessionnaire. Nous verrons plus loin (n° 448) que la cession autorisée par le tribunal ouvre aux créanciers qui avaient pris une inscription sur les biens cédés l'exercice de leur droit de suite.

Tout acte passé en violation de l'interdiction est annulé à la demande de " tout intéressé ", présentée dans le délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou de sa publication si l'acte est soumis à publicité (Art.612).

Lorsque le jugement qui arrête le plan de continuation de l'entreprise décide l'inaliénabilité temporaire de certains biens, la violation de l'inaliénabilité est sanctionnée en termes identiques par une nullité dont le caractère catégorique a été précédemment souligné (comp. Art. 594 al.2 et 612, et Voy. n° 436).

Une question reste posée : est-ce que l'indisponibilité peut constituer un obstacle à la saisie, pratiquée par exemple par des créanciers ultérieurs ? Une solution affirmative présenterait l'intérêt de régler de la même façon les conséquences de l'indisponibilité dans le plan de cession et dans le plan de continuation (n° 436).

447 - Sort des biens non compris dans la cession.-
Dans la mesure où la cession d'entreprise, totale ou partielle, est une opération globale portant sur un ensemble d'éléments " *susceptibles d'exploitation autonome* ", on peut concevoir que certains biens, qui ne sont pas utiles dans les branches d'activités cédées, restent en dehors du plan. C'est bien ce qui résulte de l'Art. 603 al.3 qui décide qu'en l'absence de plan de continuation de l'entreprise, les biens qui ne sont pas compris

dans le plan de cession sont vendus par le syndic selon les modalités et les formes prévues pour la liquidation judiciaire. Ainsi, la vente des biens concernés s'effectue selon les règles de la liquidation judiciaire sans que la procédure appliquée au débiteur ne devienne pour autant une procédure de liquidation.

448 - Paiement des créanciers.- le paiement des créanciers est l'une des principales différences qui séparent la continuation d'entreprise et la cession partielle ou totale. Dans le premier cas de cession, celle-ci s'insère dans la procédure générale qui tend à la continuation de l'entreprise. Donc elle n'emporte pas exigibilité immédiate des créances (Voy. supra n°438). En cas de cession totale, le prix de la cession (augmenté du prix provenant de la vente de biens non compris dans la cession : n° 446), représentant tout l'actif, doit être réparti entre les créanciers suivant leur rang (Art. 615), comme l'est le produit de la réalisation de l'actif dans la liquidation judiciaire. Pour les besoins de la liquidation globale, le jugement qui arrête le plan de cession totale rend exigibles les dettes non échues (al.2).

449 - Biens grevés de sûretés spéciales.- Lorsque l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, les articles 616 et 617 réglementent sur un mode restrictif l'exercice des droits des créanciers titulaires de ces sûretés.

D'une part, une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chaque bien, pour l'exercice du droit de préférence des créanciers (Art. 616). Cette affectation prive les créanciers du droit de requérir la mise aux enchères s'ils estiment insuffisante l'offre qui leur est faite⁽¹⁷³⁾. La solution est dérogatoire au droit commun dans le but d'éviter le fractionnement de l'ensemble cédé.

173- Orléans, 19 fév. 1988, Gaz.Pal., 31 août-1^{er} septembre 1988, Somm.

D'autre part, les créanciers inscrits sur les biens cédés ne peuvent pas exercer leur droit de suite contre le cessionnaire de l'entreprise. Jusqu'au paiement complet du prix qui emporte purge des inscriptions, sans autre forme, le droit de suite ne peut être exercé que si le cessionnaire aliène à son tour le bien grevé (Art. 617). Mais, comme on l'a vu (n°445), sauf exceptions, tant que le prix n'est pas payé, le cessionnaire ne peut pas aliéner les biens qu'il a acquis.

450 - Défaut de paiement du prix de cession. - En cas de défaut de paiement du prix de cession, le tribunal peut, d'office, à la demande du syndic ou de " tout intéressé ", le cessionnaire étant entendu en chambre du conseil, nommer un administrateur spécial dont il détermine la mission et la durée de celle-ci, qui ne saurait excéder trois mois (Art. 614).

On remarquera que l'action de l'Art. 614 est très largement ouverte. En particulier, tout créancier est intéressé à demander la désignation d'un administrateur spécial, quelle que soit l'importance de sa créance.

451 - Clôture des opérations. - D'après l'Art 609 al.2, le tribunal prononce la clôture de la procédure après le paiement du prix de cession (totale ou partielle) et sa répartition entre les créanciers. Cette formule répond à celle de l'Art. 608, qui confère au syndic le soin de passer " tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession ". La mission du syndic dure ainsi " jusqu'à la clôture de la procédure "(Art 609 al. 1).

Section 3

Liquidation judiciaire

452 - Ouverture de la liquidation judiciaire. - A tout moment le tribunal peut ordonner la liquidation judiciaire, à la demande du syndic, d'un contrôleur ou d'office si aucun plan de redressement n'apparaît possible. La liquidation judiciaire peut aussi sanctionner l'échec du plan arrêté par le

tribunal et proposé par le syndic. D'après l'Art. 602, si le débiteur n'exécute pas ses engagements fixés par le plan, le tribunal prononce la résolution du plan et ouvre la procédure de redressement judiciaire qui ne peut tendre qu'à la cession ou à la liquidation judiciaire (Art. 613 al. 2). Le tribunal dans tous les cas peut être saisi par le syndic ou par un créancier, mais il peut aussi se saisir d'office. L'Art. 572 prévoit que le tribunal statue après avoir entendu le rapport du juge commissaire. Ce rapport doit permettre au tribunal d'apprécier exactement l'impossibilité où se trouve le débiteur de présenter un plan de redressement.

REMARQUE : Il est bien évident que la procédure débouche, selon le cas, soit sur la continuation ou la cession, soit sur la liquidation. En d'autres termes, le tribunal peut prononcer immédiatement la liquidation sans passer par la procédure de redressement judiciaire si la situation financière du débiteur est telle qu'il n'est pas en mesure de présenter un plan de redressement. Certes c'est le syndic qui le présente, mais c'est le chef d'entreprise qui l'aide à le confectionner (Voir Voy. Art. 579).

Sous-Section 1

Immobilisation du patrimoine du débiteur

453 - Réglementation. - La liquidation judiciaire pose le principe du dessaisissement et réglemente le maintien de l'activité, qui doit être exceptionnel. Elle constitue un prolongement de la réglementation du redressement judiciaire, en substituant au souci de sauvegarder la structure et l'avenir de l'entreprise les exigences d'une liquidation complète du patrimoine du débiteur avec réalisation de l'actif et apurement du passif dans l'intérêt des créanciers.

§ 1 - Dessaisissement du débiteur

454 - Principe. - D'après l'Art 619 " *le jugement qui prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à*

partir de sa date (Voy. Supra n° 397), dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens, même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le syndic ".

Le dessaisissement englobe tous les biens du débiteur, présents et à venir, qui présentent pour les créanciers une valeur patrimoniale. Il s'applique d'abord, en principe, à tous les biens qui appartiennent au débiteur lors du jugement qui déclare la liquidation judiciaire, et dont la consistance peut être établie par un inventaire. Il s'applique également aux biens à venir, qui peuvent échoir au débiteur tant qu'il est en état de liquidation judiciaire.

455 - Conséquences. - Le débiteur seul ne peut passer aucun *contrat*⁽¹⁷⁴⁾ et en particulier consentir aucune aliénation. Le bien vendu doit faire retour à l'actif, et le débiteur est exposé aux peines de la banqueroute pour détournement d'actif (Art. 721-2°).

Le dessaisissement frappe ensuite les *paiements*. Le débiteur ne peut payer un de ses créanciers et, le paiement n'étant pas fait valablement, le créancier doit restituer ce qu'il a reçu. Il en est de même si un banquier règle un effet de commerce ou un chèque émis par le débiteur après le jugement de liquidation, il doit en restituer le montant au syndic même s'il ignorait l'ouverture de la procédure⁽¹⁷⁵⁾. En revanche, le chèque remis à un créancier avant le jugement

174- Le principe applicable aux actes juridiques doit être étendu également aux délits commis par le débiteur après le jugement déclarant la liquidation judiciaire. La victime ne saurait acquérir aucun droit contre le débiteur privé de tout pouvoir sur son patrimoine.

175- Voy. Cass.com. 21 mai 1979, D.S. 1980, I.R. 199, R.D.C., 1980, 124 ; Cass.com. 4 décembre 1978, D.S. 1979, 324, note DEROUIN, D.S. 1979, I.R. , 275, obs. M. CABRILLAC

déclaratif peut être payé après le jugement, parce que la remise du chèque, c'est à dire son endossement, a transmis la propriété de la provision aux porteurs successifs. Le redressement judiciaire du tireur postérieurement à l'émission n'empêche donc pas le paiement⁽¹⁷⁶⁾.

Le dessaisissement empêche la compensation entre une créance sur le débiteur et une dette envers lui. Cette règle a été décrite à propos du redressement judiciaire ; elle fonctionne dans les mêmes termes et avec la même portée au cours de la liquidation judiciaire (Voy. supra n° 410).

Enfin le débiteur dessaisi ne peut exercer aucune action en justice, et doit être représenté par le syndic dans tous les actes de procédure (Art. 619 al.3). Le syndic se trouve donc appelé à agir en justice contre les tiers débiteurs du débiteur en état de liquidation judiciaire. De la même façon, les actions et voies d'exécution qui appartiennent à des tiers contre le débiteur en état de liquidation et échappent à la suspension des poursuites individuelles doivent être exercées contre le syndic.

456 - Droits et actions à caractère personnel. - Les droits et actions, en raison de leur caractère personnel, ne peuvent être exercés que par le débiteur ou contre lui. Certaines actions sont purement personnelles et sont exercées par le débiteur seul : il faut citer en première ligne les actions exercées contre le débiteur devant les juridictions répressives ; l'exercice du droit de défense par le débiteur est d'ordre moral et échappe au dessaisissement ; le débiteur en état de liquidation judiciaire peut donc prélever sur l'actif de la liquidation les honoraires de son avocat⁽¹⁷⁷⁾. L'Art. 619 al.4 cite aussi la constitution de partie civile qui permet au débiteur de déclencher l'action publique pour établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit, les dommages

176- Voy. G.RIPERT - Traité droit commercial - t. 2 , 1992 n° 2202 p. 285.

177- Cass. Com. 20 octobre 1959, J.C.P. 1960.2.11389, note NECTOUX.

et intérêts éventuels bénéficieront cependant à la procédure ouverte.

457 - Continuation de l'activité et des contrats. -

L'Art. 620 décrit les conditions dans lesquelles l'exploitation peut être continuée, à titre exceptionnel, pendant la période de liquidation. Si *l'intérêt général ou celui des créanciers* l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une période dont il fixe la durée, soit d'office, soit à la demande du syndic ou du procureur du Roi. L'intérêt public comprend le maintien de l'emploi ou d'une production utile à l'intérêt général ; l'intérêt des créanciers peut être d'écouler un stock dans de bonnes conditions. L'administration de l'entreprise est assurée par le syndic, sous réserve des dispositions de l'Art. 606 (Voy. Supra n° 443).

L'Art. 620 renvoie à l'Art 573 pour déclarer ses dispositions applicables pendant cette période⁽¹⁷⁸⁾. En effet, *la continuation des contrats en cours* peut être utile au maintien de l'activité. En particulier, lorsqu'elle concerne le bail. L'Art. 621 dispose que " *la liquidation judiciaire n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise* ". Le texte ne distingue pas suivant que l'activité est ou non poursuivie. Mais à notre avis, les contrats conclus *intuitu personae* sont résiliés ou résolus de plein droit du fait du jugement de liquidation. Les besoins ne sont plus les mêmes puisque la continuation est orientée vers la liquidation, exclusivement.

458 - Sort des créances nées régulièrement après le jugement de liquidation. -

L'Art. 575 attribue un droit de préférence à toutes " *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture* " du redressement judiciaire, par rapport aux créances antérieures. Mais l'Art. 620 renvoie aux dispositions de l'Art. 575 pour les déclarer applicables

178- Il s'agit de l'option réservée au syndic concernant l'exécution ou la continuation des contrats en cours (supra n° 414 s.).

seulement aux créances qui naissent, le cas échéant, pendant la période où l'activité est particulièrement continuée. En réalité, s'il est vrai que le maintien de l'activité est particulièrement propice à l'apparition de créances nouvelles, il n'y a aucune raison de faire une distinction, et il faut considérer que le texte général absorbe le texte particulier⁽¹⁷⁹⁾.

La notion de "*créance née régulièrement*" doit être définie par application des règles du dessaisissement et de la liquidation (comp. n° 429). Ces créances sont payées par priorité à toutes les créances antérieures au jugement d'ouverture du redressement judiciaire, assorties ou non de privilèges ou sûretés (Art. 575).

Mais l'Art. 575 n'institue pas un classement entre les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture. Pour cela, il conviendrait donc de se reporter au droit commun (Art. 1248 du D.O.C.). Toutefois, le classement de l'Art 1248 ne concerne que les créances qui naissent après le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, seules pouvant être payées par priorité à toute créance antérieure à cette procédure. Ainsi, les créances nées des mêmes opérations, pendant la période de liquidation, doivent être classées après celles qui sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire.

§ 2 - Réalisation de l'actif

459 - Vente des immeubles. - Les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière. Après avoir recueilli les observations des contrôleurs, le débiteur et le syndic entendus ou dûment appelés, le juge commissaire détermine la mise à prix, les conditions essentielles de la vente, et les modalités de la

179- Voy. Cass. Com. 20 février, D.S. 1991. Somm.comm., 3, obs DERRIDA ; 10 juillet 1990, D.S. 1990,468, note DERRIDA J.C.P. 1991, éd. E. 2, 140, note M. CABRILLAC, R.D.C., 1991 294, obs. A. MARTIN SERF.

publicité (Art 622 al. 1). En outre, dans les mêmes conditions, si la consistance des biens, leur emplacement ou les offres reçues permettent d'envisager une cession amiable plus avantageuse, celle-ci peut être autorisée par le juge commissaire, soit sous forme d'adjudication amiable sur la mise à prix qu'il fixe, soit même de gré à gré aux prix et modalités qu'il détermine (Art. 622 al. 3). Les ventes par voie de saisie immobilière et d'adjudications amiables donnent lieu éventuellement à surenchère et emportent purge des hypothèques (al.4).

460 - Vente d'unités de production. - Le souci d'assurer " le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome ", qui inspire la cession d'entreprise (Art. 603 al. 1), se retrouve dans les opérations de liquidation. " Des unités de production composées de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier peuvent faire l'objet d'une cession globale " par le juge commissaire (Art. 623 al. 1). Lorsque la cession porte sur des biens grevés de sûretés, une quote-part du prix est affectée à chacun des biens cédés pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence (Art. 623 al. 4).

Le syndic suscite les offres d'acquisition et fixe le délai pendant lequel elles seront reçues. Toute personne intéressée peut soumettre une offre. Toutefois, ni les dirigeants de la personne morale en liquidation, ni aucun parent ou allié de ces dirigeants ou du chef d'entreprise jusqu'au deuxième degré inclusivement ne peuvent se porter acquéreurs (Art. 623 al. 5). Toute offre doit être écrite et comprendre les indications prescrites dans l'Art 604 pour les offres au cas de cession d'entreprise. Elle est déposée au greffe du tribunal où tout intéressé peut en prendre connaissance (al.3).

Le juge commissaire provoque les observations du débiteur ou des contrôleurs ou encore des propriétaires des locaux dans lesquels l'unité de production est exploitée et choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et qui permet dans les meilleures conditions d'assurer durablement l'emploi et le paiement des créanciers (al. 6).

REMARQUE : Bien que certaines formules employées par le législateur contribuent à rapprocher la vente d'unité de production et la cession d'entreprise consécutive à un plan de cession (comp. Art. 622, 623 et 603, 604), les réglementations applicables aux deux situations sont profondément différentes. Le plan de cession est organisé pour préserver un outil de production en état de marche et l'emploi des salariés concernés. Il bénéficie d'un cadre juridique approprié. Il est décidé par le tribunal qui statue sur la composition de l'ensemble cédé (Art. 605). Il entraîne l'indisponibilité de l'actif cédé (Voy supra n° 445) et peut comporter la cession forcée de certains contrats (Voy supra n° 443). Le paiement complet du prix de cession emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession (Art. 617). L'exécution du plan est soumise à un contrôle judiciaire original : le tribunal peut décider une modification dans les objectifs et les moyens du plan (Art. 597 al. 1) et nommer un administrateur spécial en cas de défaut de paiement du prix (Art. 614). La vente d'unité de production prévue par l'Art. 623 est une technique de liquidation globale qui est destinée principalement à obtenir un meilleur prix pour le règlement des créanciers, et qui peut permettre de conserver éventuellement, mais non pas nécessairement, une branche d'activité et certains emplois. Elle est décidée par le juge commissaire et, faute de réglementation particulière, elle est soumise au droit commun de la vente (vente d'immeubles ou de fonds de commerce).

461 - Vente des autres biens. - Le juge commissaire ordonne la vente aux enchères publiques ou de gré à gré des autres biens du débiteur⁽¹⁸⁰⁾, le débiteur entendu ou dûment appelé et après avoir recueilli les observations des

180- L'Art. 624 vise littéralement les " autres biens de l'entreprise ", mais la liquidation judiciaire fait disparaître l'entreprise et ne concerne que le patrimoine du débiteur. Et même la continuation exceptionnelle de l'activité, la vente d'unités de production, qui peut permettre de conserver certains fragments d'actif productif, sont destinées à permettre la réalisation de l'actif dans l'intérêt des créanciers.

contrôleurs (Art. 624). Le juge commissaire fixe le prix et les conditions de la vente, et il peut demander que le projet de vente amiable lui soit soumis afin de vérifier si les conditions qu'il a fixées ont été respectées (al.2).

462 - Compromis. Transactions. - L'Art. 625 organise les compromis et les transactions intervenant après la déclaration de liquidation judiciaire. Le syndic peut, avec l'autorisation du juge commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, compromettre et transiger sur toutes les contestations " *qui intéressent collectivement les créanciers* ", même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers. Si l'objet du compromis ou de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence en dernier ressort du tribunal, le compromis ou la transaction est soumis à l'homologation du tribunal.

§ 3 - Apurement du passif

463 - Etablissement de l'état des créances.- Les titulaires de créances nées régulièrement *après* le jugement d'ouverture de la procédure exercent leurs droits sans être assujettis à aucune procédure de vérification. Quant aux créanciers *antérieurs*, les opérations de vérification sont achevées par le syndic en même temps qu'il procède aux opérations de liquidation (Art. 693) (Voy supra n° 427 s.).

464 - Dispense de vérification. - Au cas de cession d'entreprise comme au cas de liquidation judiciaire, le juge commissaire peut décider qu'il ne sera pas procédé à la vérification des *créances chirographaires* s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées, à moins que, s'agissant d'une personne morale, il y ait lieu de mettre à la charge des dirigeants sociaux, de droit ou de fait, rémunérés ou non, tout ou partie du passif conformément à l'Art. 704.

465 - Exigibilité des créances à terme. - Le jugement qui prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances qui n'étaient pas échues (Art. 627) à la date d'ouverture du *redressement judiciaire*. En effet, ces créances n'étaient pas devenues exigibles du fait du jugement de redressement judiciaire ; elles le deviennent du fait du jugement de liquidation judiciaire pour les besoins d'une liquidation globale de l'actif.

466 - Rétablissement du droit de poursuite individuel pour certains créanciers. - D'après l'Art. 628, les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, ainsi que le Trésor public pour ses créances privilégiées, recouvrent leur droit de poursuite individuelle dès lors qu'ils ont déclaré leurs créances et même avant leur admission, si le syndic n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

L'Art. 628 al. 2 règle par renvoi à l'Art. 622 al. 1, 3 et 5, les dispositions applicables au cas de vente d'immeubles. La vente a lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière, exclusivement (comp.n° 458) ; toutefois, le juge commissaire détermine la mise à prix, les conditions essentielles de la vente et les modalités de la publicité, après avoir entendu ou dûment appelé les contrôleurs, le débiteur et le syndic. La procédure d'ordre est réglée par le syndic, sous réserve des contestations qui sont portées devant le tribunal.

467 - Répartition entre les créanciers. - Lorsque des répartitions partielles sont effectuées au cours de la procédure, il faut déterminer si les créanciers titulaires de sûretés qui n'ont pas encore fait valoir leurs sûretés peuvent y participer. Le problème est résolu par les Art. 630 à 634. Ces articles règlent d'abord la situation des créanciers titulaires de sûretés immobilières. Si une ou plusieurs

distributions de deniers précèdent la distribution du prix des immeubles, les créanciers privilégiés et hypothécaires admis y participent pour leur créance totale en concours avec les créanciers chirographaires. Lors de la vente des immeubles, s'ils viennent en rang utile dans la procédure d'ordre pour la totalité de leur créance, ils ne perçoivent le montant de leur collocation hypothécaire que sous déduction des sommes reçues par eux ; ces sommes tombent dans la masse chirographaire (Art. 630). S'ils ne sont colloqués que partiellement sur le prix des immeubles, ils sont créanciers chirographaires pour le montant que ce prix n'a pas pu leur procurer, et s'ils ont perçu une somme supérieure dans la distribution antérieure des deniers mobiliers, l'excédent est retenu sur le montant de leur collocation hypothécaire et reversé dans la masse chirographaire (Art. 631).

L'Art. 633 décide que les dispositions des articles 625 à 632 s'appliquent aux créanciers bénéficiaires d'une sûreté mobilière spéciale. Il en est ainsi en particulier pour le créancier gagiste, sous réserve du droit qui appartient à celui-ci de demander l'attribution judiciaire du bien grevé sur estimation (Art. 626 al.4).

A la fin des opérations, le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens, des subsides accordés au débiteur ou aux dirigeants et à leur famille, et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers au marc-le-franc de leurs créances admises. La part correspondant aux créances sur l'admission desquelles il n'a pas été statué définitivement est mise en réserve ; il en est ainsi notamment de la rémunération des dirigeants sociaux (Art. 634).

468 - Clôture des opérations. - A tout moment, le tribunal peut prononcer la clôture de la liquidation judiciaire, même d'office, le débiteur entendu ou dûment appelé et sur rapport du juge commissaire, dans deux groupes de cas énoncés par l'Art. 635.

Il en est ainsi d'abord, " *lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou que le syndic dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers* ".

En second lieu, il y a clôture de la liquidation " *lorsque la poursuite des opérations de liquidation judiciaire est rendue impossible en raison de l'insuffisance de l'actif* ".

Le syndic procède ensuite à la reddition des comptes au débiteur (Art. 636).

Sous-Section 2

Responsabilité et sanctions

469 - Description du régime. - Les dirigeants d'une personne morale peuvent être condamnés à supporter tout ou partie du passif social si leur gestion défectueuse a contribué à créer ou développer la mauvaise situation de la société. S'ils ont commis certains agissements caractérisés, ils peuvent être déclarés personnellement en état de redressement judiciaire. Ces sanctions patrimoniales sont encourues uniquement par les dirigeants sociaux. D'autres sanctions, qui comportent des déchéances et interdictions, peuvent ou doivent être prononcées contre le débiteur et dont l'application se conçoit également pour les commerçants, artisans, personnes physiques. La gravité des fautes du débiteur entraîne également l'application de sanctions pénales.

§ 1 - Sanctions patrimoniales

A - CONTRIBUTION DES DIRIGEANTS AU PAIEMENT DU PASSIF SOCIAL

470 - Nature juridique du régime. - L'Art. 704 présente un régime original de la responsabilité civile encourue par les dirigeants sociaux. Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire de la société fait

apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance, mettre à la charge des dirigeants la totalité, ou une partie seulement des dettes sociales, avec ou sans solidarité. L'application de cette règle conduit à des résultats plus indulgents que le droit commun de la responsabilité. Cette indulgence résulte du caractère facultatif de la condamnation et de son montant. Le tribunal saisi d'une action en responsabilité de droit commun doit, s'il constate l'existence d'une faute, prononcer une condamnation égale au montant du préjudice subi par la victime. Dans le régime de l'Art. 704, le tribunal peut prononcer ou non une condamnation et dans l'affirmatif, il peut mettre à la charge du dirigeant une partie seulement des dettes sociales.

471 - Conditions de l'action. - L'insuffisance d'actif est l'une des conditions d'ouverture de l'action dite " en comblement du passif ". Le passif résulte des créances vérifiées. Il est certain que ce régime, tel qu'il est établi par la loi, ne peut concerner que la gestion des dirigeants antérieure au jugement déclaratif et que le montant de la condamnation ne peut pas dépasser l'insuffisance d'actif existant à cette date⁽¹⁸¹⁾. Il faut aussi admettre que la condamnation des dirigeants peut être prononcée avant la clôture des opérations s'il est certain que l'actif ne suffira pas à désintéresser les créanciers⁽¹⁸²⁾. Une intervention rapide présente l'intérêt d'empêcher les dirigeants d'organiser leur insolvabilité.

Il faut en outre que soit rapportée la preuve d'une faute de gestion *ayant contribué à cette insuffisance d'actif*. Il convient de préciser que la faute de gestion est une faute commise dans l'administration générale de la société, par action ou omission. Toute faute, même légère, toute

181- Voy. Cass. Com. 25 avril 1983, Rev. Soc., 1983, 838 ; I.R., 54 obs. A. HONORAT ; 18 février 1992, R.J.D.A., 1992, 414.

182- Cass. Com. 28 mai 1991, R.J.D.A., 1991, 660.

imprudence ou négligence peut entraîner la mise en cause de la responsabilité des dirigeants sociaux. Des exemples : surveillance insuffisante, poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, comptabilité irrégulière⁽¹⁸³⁾.

472 - Procédure. - L'action en comblement du passif peut être introduite par le syndic, mais le tribunal peut s'en saisir d'office (Art. 708). Elle relève de la compétence du tribunal qui a prononcé le redressement judiciaire (Art. 703). Elle peut intervenir quelle que soit la solution retenue : continuation de l'entreprise, cession totale ou partielle de celle-ci ou liquidation judiciaire.

Les dirigeants mis en cause sont convoqués par le secrétariat greffe du tribunal huit jours au moins avant leur audition. *Le tribunal statue en audience publique et le juge commissaire entendu en son rapport.* Le jugement est notifié aux parties et un extrait est publié dans un journal d'annonces légales et au Bulletin officiel, et affiché au tribunal (Art 710).

473 - Prescription. - L'action se prescrit par trois ans. Le point de départ du délai est le jour du jugement qui arrête le plan de redressement ou, à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire de la personne morale (Art. 704 al.2).

474 - Sanction du défaut d'exécution de la condamnation. - Pour contraindre les dirigeants condamnés à s'acquitter de leurs dettes, la loi prévoit deux menaces :

1°) la déclaration personnelle de redressement judiciaire, procédure que le tribunal *doit ouvrir* contre les dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une société et qui ne s'acquittent pas de cette dette (Art. 705) ;

183- Cass.com. 14 mai 1991, R.J.D.A., 1991, 732. 28 mai 1991 précité ; Versailles, 3 mai 1990, Bull. Joly, 1990, 655.

- 2°) la déchéance commerciale qui comporte l'interdiction de diriger, gérer administrer ou contrôler une personne morale (Art 715).

B - EXTENSION DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE AUX DIRIGEANTS

475 - Énumération des cas. - L'Art. 706 énonce sept cas, correspondant à des fautes très diverses. Doit être déclaré personnellement en état de redressement judiciaire le dirigeant qui a :

- 1°) *disposé des biens sociaux comme des siens propres,*
- 2°) *sous le couvert de la société masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel;*
- 3°) *fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé, directement ou indirectement. Cette formule correspond à la définition de l'abus de biens sociaux, mais ne comporte pas l'exigence de la mauvaise foi ;*
- 4°) *poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société ;*
- 5°) *tenu une comptabilité fictive, ou fait disparaître des documents comptables de la société ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ;*
- 6°) *avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la société ;*
- 7°) *avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière.*

Notons que la formule légale de l'Art. 706 (" le tribunal doit ouvrir la procédure... ") ne laisse au tribunal aucun

pouvoir d'appréciation. Dès lors qu'un de cas visés est établi contre le dirigeant, le tribunal doit le déclarer en état de redressement judiciaire ou en liquidation. Il convient de souligner l'intention répressive du législateur marocain qui ne résulte pas de la loi d'inspiration : le texte français (Art 182) adopte une autre formule : " le tribunal peut ouvrir.. " ce qui laisse au tribunal la possibilité de ne pas prononcer le redressement judiciaire d'un dirigeant lorsque celui-ci mérite une certaine indulgence et bien qu'il se trouve dans l'un des cas énumérés.

REMARQUE : Si le législateur entend favoriser l'élimination des dirigeants incapables, il doit être également sensible à l'idée que certaines défaillances d'entreprise sont causées aujourd'hui par des bouleversements économiques et technologiques devant lesquels les meilleurs gestionnaires sont impuissants.

476 - Conditions d'exercice de l'action. - La cessation des paiements n'est pas requise chez le dirigeant poursuivi dès lors que la société se trouve dans cet état. Aussi l'Art. 707 précise-t-il que la date de la cessation des paiements du dirigeant est celle qui est retenue par le jugement déclarant l'ouverture de la procédure de redressement de la société.

477 - Distinction des procédures. - La procédure ouverte contre la société est distincte de celle dont les dirigeants peuvent faire l'objet. De la distinction des deux procédures, l'Art. 707 déduit logiquement la distinction des deux passifs. Alors que le passif ne comprend que les créanciers sociaux dans la procédure ouverte contre la société, le passif de chaque dirigeant comprend son passif personnel et celui de la société.

§ 2 - Déchéance commerciale

478 - Etendue de la sanction. - Elle comporte l'interdiction de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler, directement ou indirectement, une entreprise

commerciale ou artisanale, et toute société commerciale ayant une activité économique (Art. 711), ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique élective (Art. 718). En outre, elle prive les dirigeants sociaux qui en sont frappés du droit de vote dans les assemblées de la société soumise au redressement judiciaire, ce droit étant exercé par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet, à la requête du syndic (Art. 717 al. 1).

Le tribunal peut enjoindre à ces dirigeants ou à certains d'entre eux, de céder leurs actions ou parts dans la société ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise (Art. 717 al.2).

Cette sanction est prononcée contre le débiteur ou le dirigeant fautif. Elle peut donc être retenue par le tribunal répressif qui prononce une condamnation pour banqueroute ; elle se rattache alors à la réglementation qui sera décrite à propos des sanctions pénales (Voy. infra n° 483 s.).

479 - Domaine d'application. - Les personnes visées par l'article 711 sont exclusivement des personnes physiques parce que la déchéance ne peut se concevoir qu'à leur égard. Il s'agit des commerçants, artisans (associés qui ont la qualité de commerçants) ; des dirigeants de droit ou de fait de personnes morales ayant une activité économique (mais non les membres des conseils de surveillance^(183bis)). Parmi les personnes visées sont également concernées les personnes physiques représentants permanents de personnes morales, dirigeants d'autres personnes morales ayant une activité économique.

480 - Les cas. - D'après l'Art. 712, le tribunal *doit se saisir en vue de prononcer* la déchéance commerciale de tout commerçant, artisan, personne physique contre lequel a été relevé l'un des faits suivants :

^{183bis}- Voy. Cass. com 12 novembre 1991 , J.C.P. 1992, éd. E.1,138 , n° 22, obs. PETEL; Paris 8 juillet 1975, Gaz.Pal. 1976.1.71 et Galimard Gaz.Pal. 1976, 1, Doctr. 310.

- 1°) *avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements.* Par rapport au cas similaire visé par l'Art. 706-4° (auquel renvoie l'Art. 713) en ce qui concerne les dirigeants des sociétés, l'Art. 712-1° n'implique pas la recherche d'un intérêt personnel ;
- 2°) *avoir omis de tenir une comptabilité conformément aux dispositions légales ou fait disparaître tout ou partie des documents comptables ;*
- 3°) *avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté son passif.* Ce cas est également un cas de banqueroute (Art. 721-1 et 3).

481 - Cas propres aux dirigeants des personnes morales. - Il existe deux séries de cas, déjà rencontrés (Supra n° 473) et les cas d'application générale énoncés par l'Art. 714 : le tribunal doit se saisir en vue de prononcer la déchéance commerciale de tout dirigeant d'entreprise contre lequel a été relevé l'un des faits ci-après :

- 1°) *avoir exercé un activité artisanale, commerciale ou une fonction de direction ou d'administration d'une société commerciale contrairement à une interdiction prévue par la loi ;*
- 2°) *avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.* La création d'effets de complaisance peut être l'un de ces moyens ;
- 3°) *avoir souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ;*
- 4°) *avoir omis de faire, dans le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements.* La date de cessation des paiements fixée par le jugement

d'ouverture de la procédure ayant un caractère provisoire (Voy. Supra n° 393), le tribunal lorsqu'il se prononce sur l'application de ce cas, peut retenir une date antérieure à celle qu'a retenu le jugement déclaratif (Cass. com. 19 novembre 1991, R.J.D.A., 1992, 72) ;

5°) *avoir procédé, de mauvaise foi, au paiement d'un créancier au détriment des autres créanciers pendant la période suspecte.*

482 - Droit d'agir. - La déchéance commerciale est prononcée par le tribunal à la demande du syndic ou du procureur du Roi. Le tribunal peut aussi se saisir d'office (Art. 716).

483 - Durée de la sanction. - Le tribunal qui prononce la déchéance commerciale d'un dirigeant social doit fixer la durée de cette mesure, laquelle ne peut pas être inférieure à cinq ans (Art. 719).

En cas de clôture pour extinction du passif, le jugement constatant la clôture rétablit les dirigeants de la société dans tous leurs droits. Il les relève de la déchéance commerciale et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective (al. 3).

Si le dirigeant a apporté au paiement du passif une contribution jugée suffisante par le tribunal, ce dernier peut, sur demande de l'intéressé, le relever, en tout ou partie de la déchéance commerciale et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. Lorsqu'il y a relèvement total de la déchéance et de l'incapacité, la décision du tribunal emporte réhabilitation (Art. 720).

§ 3 - Sanctions pénales

484 - La banqueroute. - L'infraction de banqueroute ne peut être relevée par le tribunal correctionnel que lorsque le tribunal de commerce a préalablement ouvert une procédure de redressement judiciaire en constatant la réunion des conditions de fond prescrites par la loi : qualité du débiteur,

état de cessation des paiements. L'indépendance de l'action publique et de l'action civile ne se conçoit pas dans ce cas. C'est bien ce qui résulte de l'Art. 721.

485 - Domaine d'application.- Les dispositions concernant la banqueroute sont applicables à deux catégories de personnes visées par l'Art. 702 auquel renvoie l'Art 721 : 1° tout commerçant, artisan (dirigeants de l'entreprise individuelle) ; 2° tous dirigeants sociaux, de droit ou de fait, rémunérés ou non.

486 - Les cas. - L'Art. 721 ne distingue pas entre la banqueroute frauduleuse et la banqueroute simple ou facultative ; dans les cas visés, la banqueroute est toujours obligatoire. Est coupable de banqueroute celui qui a :

1°) *dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de traitement, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessus du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.* La mise en circulation d'effets de complaisance trouve place sous cette rubrique si elle est effectuée dans le but que la loi entend sanctionner ;

2°) *détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur.* La perception de rémunérations abusives par les dirigeants sociaux est parfois sanctionnée de ce chef (Voy. Paris 28 octobre et 16 novembre 1987, Rev. Proc.coll. 1988,325 obs. DEVEZE) ;

3°) *frauduleusement augmenté le passif du débiteur.* L'intention frauduleuse suppose que l'intéressé, sachant qu'il était en état de cessation des paiements, a eu conscience de porter préjudice à ses créanciers en augmentant son passif ou celui de la personne morale ; il est par contre sans importance qu'il ait agi ou non dans l'intention de leur nuire.

4°) *tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la société ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation.*

487 - Sanctions. - La banqueroute est punie de un an à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 10 000 à 100 000 dirhams ou l'une de ces deux peines seulement (Art. 722). La juridiction répressive prononce également au titre d'une peine accessoire la déchéance commerciale des personnes coupables de l'infraction (Art. 723). La peine est aggravée et portée au double lorsque le banqueroutier est dirigeant, de droit ou de fait, d'une société dont les actions sont cotées en bourse.

488 - Complicité. - Les complices de banqueroute encourent les peines de banqueroute même s'ils n'ont pas la qualité de dirigeants d'entreprise (Art. 722 al. 2). En particulier, le banquier qui a permis au débiteur de prolonger artificiellement son existence commerciale en lui consentant, en connaissance de cause, des crédits dont le montant dépassait manifestement ses possibilités financières peut être poursuivi comme complice⁽¹⁸⁴⁾. Il convient de signaler que les poursuites pénales ne peuvent pas atteindre les banques, en qualité de personnes morales, mais seulement les personnes physiques (directeurs d'agence par exemple), qui ont pris la décision d'octroyer les crédits abusifs⁽¹⁸⁵⁾.

489 - Autres infractions. - La peine de banqueroute est maintenue à l'encontre du créancier qui après le jugement ouvrant une procédure de redressement judiciaire, a passé une convention comportant un avantage particulier à la charge du débiteur et au détriment des autres créanciers (Art. 724 al.3).

184- COMP. Cass.crim. 18 mai 197, D.S.1976,578, note GAVALDA, R.D.C. 1976, 765, obs. M. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; 20 novembre 1978, Gaz.Pal.1979.1.274, D.S. 1979, 525, note DERRIDA et CULOILI, R.D.C.1979, 790, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; 3 novembre 1982 Banque 1983, 915 ; 3 janvier 1985, R.D.C. 1986, 307 obs. BOUZAT ; 3 avril 1991, J.C.P. 1992 éd. E. 1.154, obs. GALVADA et SOUFFLET.

185- Voy. CREDOT, La responsabilité pénale de l'agent de banque, Banque, 1985, 1012 ; MOULY, La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client, D.S. 1984, Chron. 32 ; LETARTRE, Le banquier complice, Rev. dr. Banc. 1988.192.

la peine de banqueroute est applicable également (Art. 724 al. 1) à :

1°) *ceux qui ont, dans l'intérêt des personnes mentionnées à l'Art. 702 (supra n° 484), soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie des biens, meubles ou immeubles de celles-ci ;*

2°) *ceux qui ont frauduleusement déclaré dans la procédure, soit en leur nom, soit par interposition de personne, des créances fictives.*

490 - Infractions du syndic. - Les peines de banqueroute sont applicables aussi au syndic (Art. 724 al.2) ayant commis l'un des faits suivants :

1°) *a porté sciemment et de mauvaise foi atteinte aux intérêts des créanciers, soit en utilisant à des fins personnelles les sommes perçues dans l'accomplissement de sa mission, soit en attribuant à autrui des avantages qu'il savait n'être pas dus ;*

2°) *a fait illégalement des pouvoirs qui lui sont dûment conférés un usage, autre que celui auxquels ils sont destinés et contrairement aux intérêts du débiteur ou des créanciers ;*

3°) *a abusé des pouvoirs dont il dispose aux fins d'utiliser ou d'acquérir pour son compte des biens du débiteur soit personnellement soit par personne interposée.*

INDEX ALPHABÉTIQUE⁽¹⁾

A

Abus de domination, 315 s.

Accessoire, 59

Achalandage, 166

Achat pour revendre, 19

— meubles, 26

— immeubles, 27

Actes de commerce, 13 s.

— par nature, 17s.

— par accessoire, 59

— par la forme, 54

— mixtes, 87

— régime, 63 s.

— preuve, 65

Activités civiles, 38 s.

Action résolutoire, 209, 210

Activité commerciale, 13, 93 s.

— de distribution, 18

— de production, 28

— de services, 43

— d'intermédiaires, 50 s.

— financières, 47 s.

Agent d'affaires, 53

Agriculteur, 39

Amiable composition, 75

Alerte, 67

Apport de fonds de commerce,
219 s.

Apurement du passif, 438, 463

Arbitrage, 81 s.

— clause compromissoire, 81

— compromis, 81, 85

— pouvoirs de l'arbitre, 83 s.

— juridiction arbitrale, 81 s.

— voies de recours, 86, 398

Artisan, 30 s., 40

Assurances, 49

B

Bail commercial, 234, 239

— droit au bail, 172

— indemnité d'éviction, 250 s.

— loyer, 246, 253 s.

— pas de porte, 247

— propriété commerciale, 241 s.

— renouvellement, 244 s. 248 s.

— résiliation, 230

Banqueroute, 484

Bilan comptable, 149

But lucratif, 9

Brevet, 258

— procédure, 261, 266

— protection internationale,
265

Brevetabilité, 259

Bourse 48

C

Capacité, 124

Cessation des paiements, 385

Cession d'entreprise, 441

Clientèle 166 s.

Commerçant 89 s.

1- Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

- identification, 90
- immatriculation, 130
- obligations professionnelles, 129 s.
- capacité, 124
- statut, 116 s.
- personne physique 91 s. , 97 s.
- personne morale, 100 s.
- Commercialité par accessoire** 59 s.
- Compétence**, 75, 389
- Comptabilité**, 147
 - tenue des livres, 139
 - preuve par les livres, 153
- Concentration d'entreprises**, 320
- Concurrence**, 301 s.
 - pratique
 - anticoncurrentielles, 303
 - pratique discriminatoires 342 s.
 - pratique restrictives de concurrence, 334
 - principe de la libre concurrence, 306
 - sanctions, 331 s.
- Concurrence déloyale**, 345
 - faute 346
 - formes de concurrence déloyale 348
 - notion de concurrence déloyale 345
 - action de concurrence déloyale 346
- Conseil de concurrence**, 325 s.
 - attribution, 328
 - procédure, 329 s.
- Consommateurs**, 354 s.
 - publicité, 355 s.
 - Vente à distance, 361
 - clauses abusives, 363
 - refus de vente, 364
- Contrefaçon**, 276
- Courtier**, 51

D

- Déchéance**, 120, 280, 293, 478
- Dénigrement de concurrent**, 350
- Dessins et modèles**, 281
- Discrimination**, 342
- Distribution**, 18, 23
- Droit commercial**, 1
 - critère de commercialité, 93
 - domaine, 1, s
 - histoire
 - du droit commercial, 11
 - situation, 6
 - spécificité, 3
 - sources, 8
- Droit au bail**, 172
- Droit de propriété industrielle**, 257

E

- Editeur et édition** 35
- Effet de commerce**, 57, 58
- Ententes**, 304 s.
- Entreprise commerciale**, 299
- Entreprise en difficulté**, 365 s.
- Etat commerçant**, 112

F

- Femme mariée** 126
- Fonds de commerce**, 161
 - apport en société, 184, 224
 - clientèle, 166
 - définition, 162
 - éléments du fonds, 169
 - exploitation du fonds, 181 s.
 - gérance libre, 190 s.
 - nantissement, 230 s.
 - nature juridique, 179 s.
 - vente , 196 s.
 - privilège du vendeur, 208
 - publicité de la vente, 212 s.

G

Gérance libre, 185 s.
Groupement d'intérêt économique (GIE), 107 s.

H

Histoire, 11

I

Immatriculation, 130
 - Effets 139
Immeubles, 27, 170, 173
Impôts, 374
Imprimerie et édition, 35
Incapacité, 124
 - mineur marocain 125
 - mineur étranger 125
Incompatibilité, 137
Indemnité d'éviction, 250
Industrie, 30
Injonction de payer, 80
Intellectuels, 41
Interdictions, 128 s.
Inventions brevetables, 259

J

Juge commissaire, 395
 - décisions, 427.2
 - recours contre les décisions, 427.4 et 5.

L

Lettre de change, 57
Liberté des preuves, 65
Liberté du commerce et de l'industrie, 117 s.
 - liberté d'établissement, 118
 - limites, 120
Liquidation judiciaire, 452

Livres comptables, 148
 - force probante, 152 s.
 - tenue, 147 s.

Location de meubles, 45

Loyer commercial, 253

- fixation, 253

- Révision, 254, 255, 256

Loyauté de la concurrence, 345

M

Marchandises, 178

Marques, 286

Matériel et outillage, 177

Mineur, 125

Monopole d'exploitation, 122, 270

N

Nantissement du fonds de commerce, 225

Nom commercial, 174

O

Obligations comptables, 144 s.
 146 s.

Obligations professionnelles, 129 s.

Opposition, 215

P

Païement, 68

Pas de porte, 247

Patrimoine d'affectation, 180

Personne morale, 100

- droit privé 101 s.

- droit public 111 s.

Présomption de commercialité, 140

Position dominante, 315 s.

Pratique anticoncurrentielle, 303

Pratique discriminatoire, 342

Pratique restrictive de concurrence, 334
Prescription, 70 s.
Prestation de services, 43
Prévention, 366 s.
 — alerte, 367
 — Règlement amiable, 351
Preuve commerciale, 65
 — acte mixte, 88
 — livres, 153 s.
Principe de l'unité du patrimoine, 180
Privège du vendeur du fonds de commerce, 208
Procédure d'injonction de payer, 80
Production, 28
Professions libérales, 42
Propriété commerciale, 241
Propriété industrielle, 257
 — publicité, 263
Protection des consommateurs, 354
Publicité, 212, 213
 — apport de fonds de commerce à la société, 223
 — opérations sur le fonds de commerce, 212 s.
 — nantissement, 227
 — registre de commerce, 132

R

Redressement judiciaire, 377
 — saisine du tribunal, 391
 — plan de redressement, 399 s.
 — continuation de l'entreprise, 413 s.
 — déchéance, 478
Refus de vente, 339 , 364
Règlement amiable, 371

Registre de commerce, 130
 — immatriculation, 132
 — organisation, 131
 — radiation, 135
 — sanction, 138
Renouvellement du bail, 244, 248 s.
Résiliation du bail, 230
Révision du bail, 246

S

Société commerciale, 55, 103 s.
Solidarité, 67
Spéculation, 3, 9, 53 (dans remarque)
Surenchère, 217 s.

T

Transparence, 335
Transport, 44
Tribunaux de commerce, 73
 — compétence, 75
 — procédure, 80

V

Vente de fonds de commerce, 196
 — action résolutoire, 200, 201
 — conditions, 198
 — formalités, 218, 200
 — privilège, 208
 — publicité, 212, 213
 — sanction, 202
Vente forcée du fonds de commerce 233
Voies de recours 398, 413, 427 (4. et 5)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION (1 à 12)	7
Section 1 - Domaine du droit commercial (1 à 2)	7
Section 2 - Spécificité du droit commercial (3 à 5)	9
Section 3 - Situation du droit commercial (6 à 7)	10
Section 4 - Source du droit commercial (8 à 10)	12
Section 5 - Histoire du droit commercial (11 à 13)	18

TITRE I

ACTES DE COMMERCE ET ACTIVITES COMMERCIALES (14)

CHAPITRE I

DÉFINITION DES ACTES DE COMMERCE (15 à 16)

Section 1 - Les actes de commerce, éléments d'une activité commerciale (17 à 53)	24
§ 1 - Activité de distribution (18 à 27)	25
A - NOTION	25
B - APPLICATION	26
§ 2 - Activité de production (28 à 42)	30
A - ACTIVITES COMMERCIALES	30
B - ACTIVITES CIVILES	37
§ 3 - Activité de services (43 à 53)	40
A - ACTIVITES DE TRANSPORT	40
B - ACTIVITES DE LOCATION	41
C - DEPOT ET GARDE	42
D - ACTIVITES FINANCIERES	42
E - ACTIVITES D'INTERMEDIAIRES	45

Section 2 - Actes de commerce par la forme (54 à 58)	47
Section 3 - Actes de commerce par accessoire (59 à 62)	47

CHAPITRE II

RÉGIME JURIDIQUE

DES ACTES DE COMMERCE (63)

Section 1 - Régime général (64 à 86)	53
§ 1 - Preuve de l'acte de commerce (65 à 66)	53
§ 2 - Exécution de l'acte de commerce (67 à 68)	55
§ 3 - Contentieux des actes de commerce (69)	56
A - PRESCRIPTION (70 à 71)	56
B - MODE DE TRAITEMENT	
DU CONTENTIEUX (72)	57
a) Justice publique	58
b) Justice arbitrale	63
Section 2 - Régime dualiste des actes mixtes (87 à 88)	69

TITRE II

LES COMMERÇANTS (89)

CHAPITRE I

IDENTIFICATION DES COMMERÇANTS (90)

Section 1 - Les commerçants personnes physiques (91 à 92)	75
§ 1 - Caractères de l'activité commerciale	76
A - CARACTERE HABITUEL (93 à 94)	76
B - CARACTERE PROFESSIONNEL (95 à 96)	77
§ 2 - Les différentes catégories de commerçants	
personnes physiques (97)	78
A - COMMERÇANT DE DROIT	
ET DE FAIT (98)	78
B - COMMERÇANT AVEC OU SANS FONDS	
DE COMMERCE (99)	79
Section 2 - Les commerçants personnes morales (100)	80
§ 1 - Personnes morales du secteur privé (101)	80
A - SOCIÉTÉS COMMERCIALES (103 à 106)	81

B - GROUPEMENT D'INTERET	
ECONOMIQUE (G.I.E.) (107 à 110)	84
§ 2 - Personnes morales du secteur public (111)	90
A - LES PROCEDES D'INTERVENTION	
DE L'ETAT (112)	90
B - REGIME JURIDIQUE	
APPLICABLE (113 à 114)	92
 CHAPITRE II	
LE STATUT DES COMMERÇANTS (116)	
Section 1 - Accès à la profession commerciale (117 à 128)	95
§ 1 - La liberté d'établissement (118 à 119)	95
§ 2 - Les limites (120)	96
A - LIMITES ADMINISTRATIVES (121 à 123)	97
B - INAPACITES, INCOMPATIBILITES	
ET INTERDICTIONS (124 à 128)	97
Section 2 - Les obligations des commerçants (129)	101
Sous-section 1 - Immatriculation au registre	
de commerce (130 à 143)	102
§ 1 - Organisation du registre de commerce (131 à 138)	102
§ 2 - Effets de l'inscription (139 à 143)	106
A - PRESOMPTION SIMPLE DE LA QUALITE	
DE COMMERÇANT (140 à 141)	106
B - EFFET DE L'INSCRIPTION	
SUR LA PERSONNE MORALE (142)	107
C - INOPPOSABILITÉ DES FAITS ET	
ACTES NON PUBLIÉS (143)	107
Sous-section 2 - La tenue de la comptabilité (144 à 159).....	108
§ 1 - Contenu de l'obligation	
professionnelle (146 à 151)	108
A - LA TENUE DES DOCUMENTS	
COMPTABLES (147 à 150)	109
B - PRESENTATION ET CONSERVATION	
DES DOCUMENTS (151)	111
§ 2 - Portée de l'obligation professionnelle (152 à 159)	111

A - VALEUR PROBANTE	
DES DOCUMENTS COMPTABLES (153 à 154)	112
B - PRODUCTION DES DOCUMENTS (155)	112
C - SANCTIONS POUR	
IRREGULARITE (156 à 159)	113

TITRE III

LES BIENS DES COMMERCANTS (160)

CHAPITRE I

LE FONDS DE COMMERCE (161 à 233)

Section 1 - Identification du fonds de commerce (165 à 180)	119
§ 1 - Le concept de clientèle (166 à 168)	119
§ 2 - Les éléments du fonds (169 à 178)	122
A - LE LOCAL AFFECTE	
AU COMMERCE (171 à 173)	124
B - ELEMENTS INCORPORELS (174 à 176)	125
C - ELEMENTS CORPORELS (177 à 180)	127
§ 3 - La nature juridique du fonds (179 à 180)	128
Section 2 - L'exploitation du fonds de commerce (181 à 194)	130
§ 1 - Exploitation du fonds par	
le propriétaire (182 à 184)	130
§ 2 - Exploitation du fonds par le gérant :	
gérance libre (185 à 194)	131
A - CONDITIONS DE	
LA GERANCE LIBRE (188 à 190)	132
B - EFFETS DE LA GERANCE LIBRE (191 à 194)	133
Section 3 - Opérations relatives au fonds	
de commerce (195 à 233)	135
§ 1 - La vente du fonds de commerce (115 à 218)	135
A - PROTECTION DES PARTIES (197 à 211)	136
B - PROTECTION DES TIERS (212 à 218)	144
§ 2 - L'apport à la société	
d'un fonds de commerce (219 à 224)	148
A - EVALUATION DE L'APPORT (220)	149

B - JUSTIFICATION DE L'APPORT	
EN SOCIÉTÉ (221)	150
C - RÉGIME JURIDIQUE	
DE L'OPÉRATION (222 à 224)	151
§ 3 - Le nantissement du fonds de commerce (225 à 223) .	152
A - CONSTITUTION (126 à 227)	153
B - EFFETS (228 à 233)	155

CHAPITRE II

LE BAIL COMMERCIAL (234 à 236)

Section 1 - Identification du bail commercial (237 à 240)	162
Section 2 - La propriété commerciale (241 à 252)	165
§ 1 - Acceptation du renouvellement (244 à 247)	168
§ 2 - Refus du renouvellement (248 à 252)	170
Section 3 - Le loyer commercial (253 à 256)	175

CHAPITRE III

LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE (257)

Section 1 - Le brevet d'invention (258 à 280)	180
§ 1 - Conditions de brevetabilité (259 à 261)	181
§ 2 - Délivrance du brevet (262 à 269)	183
§ 3 - Effets du brevet (270 à 280)	189
Section 2 - Dessins et modèles (281 à 287)	193
Section 3 - Marques de fabrique, de commerce	
et de services (286 à 298)	195
§ 1 - Protection de la marque (286 à 290)	195
§ 2 - Droits et obligations du titulaire (291 à 298)	200

TITRE IV

L'ENTREPRISE COMMERCIALE (299)

CHAPITRE I

L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE (300)

Section 1 - Réglementation de la concurrence (301 à 353)	207

Sous-section 1 - Menaces sur	
la libre concurrence (302 à 244)	208
§ 1 - Les atteintes aux mécanismes	
de la concurrence (303 à 333)	208
A - LES DIFFÉRENTES ATTEINTES (304 à 324)	209
a) les ententes	209
b) les abus de domination	216
c) les concentrations d'entreprise	218
B - LE CONSEIL DE CONCURRENCE (325 à 333)	219
a) procédure	222
b) sanctions	224
§ 2 - Les atteintes aux intérêts privés	
des concurrents (334 à 344)	225
A - OBLIGATION DE TRANSPARENCE (334 à 337)	226
a) transparence en amont du contrat	226
b) transparence en aval du contrat	227
B - INTERDICTION DES PRATIQUES	
RESTRICTIVES (338 à 344)	228
a) le refus de vente	228
b) les pratiques discriminatoires	231
c) les pratiques de prix illicites	233
Sous- Section 2 - La loyauté de la concurrence (345 à 353)....	234
§ 1 - Conditions de l'action	
en concurrence déloyale (346 à 347)	235
§ 2 - Les formes de concurrence déloyale (348 à 353)	237
A - IMITATION DU CONCURRENT (349)	238
B - AGRESSION DU CONCURRENT (350 à 353)	239
Section 2 - La protection des consommateurs (354 à 364)	241
§ 1 - Protection de la vérité (355 à 357)	243
§ 2 - Protection de la liberté (358 à 359)	244
§ 3 - Protection de la loyauté (360 à 364)	245
 CHAPITRE II	
LES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE (365)	
Section 1 - La prévention (366 à 376)	249

Sous-section 1 - Procédure d'alerte (367 à 370)	250
Sous-section 2 - Le règlement amiable (371 à 376)	252
Section 2 - Redressement judiciaire (377 à 451)	255
Sous-section 1 - Condition d'ouverture de la procédure (378 à 398)	256
§ 1 - Conditions de fonds (378 à 388)	256
A - DETERMINATION DU DEBITEUR (379 à 384)	256
B - CESSATION DES PAIEMENTS (385 à 388)	258
§ 2 - Conditions de forme (389 à 398)	260
A - COMPETENCE (389 à 390)	260
B - SAISINE DU TRIBUNAL (391)	262
C - JUGEMENT (392 à 398)	264
Sous-section 2 - Plan de redressement	268
§ 1 - Préparation du plan (399 à 451)	268
A - PROJET DE PLAN (399 à 406)	268
B - GESTION DE L'ENTREPRISE (407 à 431)	273
a) Restrictions aux pouvoirs du débiteur (408 à 412)	273
b) Continuation de l'entreprise (413 à 431)	276
1°) Sort des contrat en cours d'exécution	277
2°) Sort des créances antérieures au jugement	279
3°) Sort des créances nées régulièrement après le jugement	286
§ 2 - Approbation et mise en œuvre du plan (432 à 451) ...	289
A - CONTINUAION DE L'ENTREPRISE (435 à 440)	291
B - CESSION DE L'ENTREPRISE (441 à 451)	295
Section 3 - Liquidation judiciaire (452 à 490)	300
Sous-section 1 - Immobilisation du patrimoine du débiteur (453 à 468)	301
§ 1 - Dessaisissement du débiteur (454 à 458)	301
§ 2 - Réalisation de l'actif (459 à 462)	305
§ 3 - Apurement du passif (463 à 468)	308

Sous-section 2 - Responsabilité et sanctions (469 à 490)	311
§ 1 - Sanctions patrimoniales (470 à 477)	311
A - CONTRIBUTION DES DIRIGEANTS AU PAIEMENT DU PASSIF SOCIAL (470 à 474)	311
B - EXTENSION DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE AUX DIRIGEANTS (475 à 477)	314
§ 2 - Déchéance commerciale (478 à 483)	315
§ 3 - Sanctions pénales (484 à 490)	318
INDEX ALPHABÉTIQUE	323
TABLE DES MATIÈRES	327

