



త.ԿԵՍ.Ի Ի ՒԹԿ.ԱՀԱ Ա ՇԵ.ՇԹ.ԻՀԱ Ի Ի Ա Ի Ա

Droit commercial

Filière : Commerce et Marketing Digital/ Semestre 5

Pr : FGUIGUISSE Amal

Année universitaire 2025-2026

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Pour prendre une vue d'ensemble de la discipline très originale que constitue le droit commercial, on étudiera successivement sa définition (Section 1), son évolution historique (Section 2), ses rapports avec le droit civil (Section 3) et enfin ses sources (Section 4).

SECTION 1

DEFINITION ET NOTIONS DU DROIT COMMERCIAL

En Droit positif marocain, il est une législation spéciale, le Droit Commercial, applicable à une certaine catégorie de personnes : les commerçants, et à une certaine catégorie d'actes, les actes de commerce.

§ 1. Qu'est-ce que le Droit Commercial ?

Le Droit Commercial peut être défini comme étant l'ensemble des règles relatives :

- aux commerçants,
- aux biens commerciaux,
- et aux opérations commerciales.

D'un point de vue dynamique, le Droit Commercial correspond à la répartition des richesses.

En effet, il est rare que le consommateur achète directement au producteur les biens qu'il utilise. Des intervenants sont souvent nécessaires. Le producteur par exemple, vend la matière première à un fabricant qui la transforme et la vend à un grossiste, lequel la revend à son tour à un détaillant, qui la revend enfin au consommateur. Cet exemple est des plus simples : souvent le circuit économique est beaucoup plus long et compliqué. Le droit commercial concerne l'ensemble des activités intermédiaires grâce auxquelles les richesses passent du producteur au consommateur.

Les deux bouts de la chaîne restent en dehors du droit commercial. Le producteur initial (par exemple l'agriculteur) est régi par le droit civil, de même que le consommateur final.

Toutes les activités intermédiaires entrent, elles, dans le droit commercial. Il faut donc se garder de croire que le Droit Commercial se limite au commerce tel que l'entendent les économistes, c'est-à-dire à la circulation sans transformation. Le droit commercial étend même son empire jusqu'à certaines prestations de services, telles que celles fournies par les banques, les assurances ou les transports. Il s'agit en effet d'activités qui facilitent la circulation des richesses. Mais ce n'est pas le cas de toutes les prestations de services : les activités libérales (Avocats, médecins, architectes, etc.) restent en dehors du droit commercial. La frontière n'est pas toujours facile à tracer, ni même très logique. Nous ne donnons ici que des idées générales, des précisions seront fournies ultérieurement, et particulièrement dans le chapitre concernant les actes de commerce.

§ 2. Quelle est la raison d'être du Droit Commercial ?

Deux raisons pratiques justifient l'existence du droit commercial, comme discipline juridique distincte du droit civil, la rapidité et le crédit.

A - La rapidité

Contrairement aux institutions du droit civil qui requièrent du temps, pour ménager certaines garanties aux contractants, les opérations commerciales doivent se faire rapidement en raison de la mobilité des cours et de la fréquence des transactions commerciales.

Dès lors il s'avère impossible de contraindre les commerçants à observer les pratiques souvent compliquées minutieuses du droit civil. C'est ce qui explique que chaque fois qu'on le pourra, on se dispensera des formalités longues et onéreuses du droit civil. Il en résulte une série de règles originales :

- La preuve d'un acte de commerce peut se faire par tout moyen, quel que soit l'intérêt en jeu.

- La théorie de l'apparence est admise plus facilement en droit commercial qu'en droit civil.

- Les obligations du droit commercial se prescrivent en principe par cinq ans et non par 15 ans, comme en matière civile.

B- Le crédit

La plupart des opérations commerciales requièrent un délai quant à leur réalisation. Le recours au crédit est par conséquent chose courante entre commerçants. Pour atténuer les risques que comporte la vie des affaires. Le droit commercial accorde aux créanciers des garanties particulières :

* Les entreprises du Droit Commercial sont soumises à une publicité au registre du commerce, destinée à renseigner les tiers qui traitent avec elles.

* Les biens de chaque entreprise sont réunis dans un ensemble, le fonds de commerce, qui peut servir de gage aux créanciers.

* Lorsqu'un contrat du droit commercial fait apparaître plusieurs débiteurs, la solidarité se présume entre eux.

* Lorsqu'une entreprise du droit commercial cesse de payer ses dettes, une procédure est organisée pour régler les créanciers dans la mesure du possible : c'est le droit des entreprises en difficulté.

Il va de soi que l'application automatique de ces règles va singulièrement renforcer le crédit.

SECTION 2

EVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT COMMERCIAL

La circulation des richesses est avant tout un phénomène économique. Le droit commercial est donc lié dans son évolution à l'économie politique. Ceci explique pour nous l'évolution qu'a connue cette discipline au cours de quatre grandes périodes : l'antiquité, le moyen âge, la période moderne, et l'époque contemporaine.

§ 1. L'Antiquité

Cette période peut être négligée, car il n'y avait pas de droit commercial autonome, et les quelques règles qui existaient, n'ont jamais été codifiées, et ont complètement disparu lorsque les invasions barbares ont supprimé le commerce en Europe et en méditerranée.

§ 2. Le Moyen âge

Les origines les plus lointaines du droit commercial actuel remontent au XIe siècle, époque à laquelle renaissent les relations, commerciales. Deux centres très actifs, tous deux caractérisés par leur civilisation urbaine se développent alors : l'Italie du nord et les Flandres. Trois éléments essentiels influent sur la vie commerciale :

a) Les Foires : C'était des groupements périodiques de marchands qui se réunissent surtout en Allemagne, dans les Flandres et surtout en champagne - Carrefour géographique naturel entre les pays de l'Europe de l'ouest, ils ont permis l'éclosion d'un véritable droit commercial international (*le jus Mercatorum*) - ainsi ont été imaginé la lettre de change et la faillite.

b) Les Croisades : La nécessité d'assurer le ravitaillement des armées en marche vers la terre sainte, a permis le développement des relations entre l'Occident et le Moyen-Orient entraînant de lourdes dépenses ; d'où le problème financier à l'origine des banques (les Templiers).

c) La prohibition canonique du Prêt à intérêt, avec deux effets essentiels :

1- Les activités bancaires et financières ont été concentrées entre les mains des juifs et des Lombards qui n'étaient pas concernés par la prohibition canonique.

2- Afin de tourner la prohibition un certain nombre d'institutions se sont développées.

* La *commanda* ou société : le capitaliste au lieu de prêter constitue une société avec le commerçant qui a besoin d'argent. Le capitaliste est donc associé aux bénéfices, mais aussi aux risques, d'une manière plus étroite que dans le simple prêt.

* Le *périclum* sortis ou danger du capital. Le prêteur qui accepte des risques plus importants que dans la normale peut obtenir une rémunération de ce risque : Le cas se rencontre notamment dans les opérations maritimes.

* La *distancia loci*, le prêteur peut se faire accorder une rémunération spéciale lorsque le remboursement du prêt doit se faire dans un lieu autre que celui où les deniers ont été fournis à l'emprunteur.

On ne peut terminer l'étude de cette période sans évoquer le rôle qu'ont joué les Arabes et la civilisation Islamique dans la formation du droit commercial.

En effet, les Arabes se sont imposés comme un peuple commerçant à partir du 7ème et 8ème siècle. C'est à eux que revient la découverte de nombre d'institutions commerciales telles que la lettre de change, le droit des sociétés et la liberté de la preuve. Sur ce dernier point, le verset 281 de la sourate Al Bakara pose en termes clairs le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale.

Le Coran fut ainsi la première source écrite à avoir consacré la liberté de la preuve dans les affaires commerciales.

§ 3. La période moderne

Avec la découverte de l'Amérique, la prépondérance passe de l'Italie aux nations plus occidentales. En outre l'insécurité des transports maritimes entraîne la décadence du commerce en méditerranée.

Deux faits essentiels marquent cette époque :

En premier lieu, une importance croissante des problèmes financiers dans la vie commerciale, avec quelques conséquences dont le développement du commerce de banque, et l'émission de titres par les souverains et les Etats, d'où la naissance des opérations de bourse (Lyon, Anvers).

En second lieu, le caractère international du droit commercial s'estompe avec la constitution des grandes nations en Etats. D'où le caractère de plus en plus national du droit commercial.

§ 4. La période contemporaine

A – Au niveau international

Les principes individualistes du libéralisme politique et économique, et qui dans un premier temps vont permettre l'essor d'un régime capitaliste libéral, engendreront des abus et conduiront de plus en plus l'Etat à intervenir dans le domaine économique pour assurer la protection des plus faibles. C'est la période de l'interventionnisme étatique qui commencera dès la fin du XIXe siècle et se poursuivra jusqu'à nos jours.

Au terme de son évolution, le droit commercial semble reprendre quelques uns de ses caractères d'origine. JUGLART et IPPOLITO nous en donnent une énumération précise :

- Il perd le plus souvent son caractère objectif pour redevenir le droit des commerçants, c'est-à-dire un droit professionnel, qui de plus en plus teinté de droit public « se publicise ».

- Il demeure certes un droit écrit, mais avec une tendance très marquée à l'unification sur le plan international.

B- Le cadre marocain

À la différence de certains pays (Royaume-Uni, Etats-Unis, l'Italie), il existe au Maroc une législation spéciale ; le Droit Commercial applicable aux commerçants, personnes physiques et sociétés, et aux actes de commerce.

Les premiers codes régissant l'activité commerciale n'ont vu le jour que sous le protectorat. Auparavant les Marocains disposaient, pour résoudre leurs problèmes commerciaux, d'un potentiel juridique important dont les principes essentiels sont issus du Droit Musulman, la coutume et ses usages locaux.

SECTION 3

RAPPORT DU DROIT COMMERCIAL AVEC LE DROIT CIVIL

Le droit civil et le droit commercial font, tous deux, parties du droit privé : ils s'occupent des personnes privées et des relations entre elles. Mais le droit civil et le droit commercial ne sont pas sur le même plan. Le droit commercial est un droit d'exception. Cela signifie que le droit civil a vocation à s'appliquer à toute matière, même à la circulation des richesses. Il ne s'efface que là où le droit commercial comporte une règle particulière.

La question se pose alors de savoir s'il y a unité ou dualité du droit privé. Y'a-t-il soumission à l'autonomie du droit commercial par rapport au droit civil général ?

Le problème est théoriquement lié au conflit entre la conception objective qui conduirait nécessairement à un droit privé unique gouvernant tous les actes exécutés ou non par des commerçants, et la conception subjective qui conduirait normalement à un droit professionnel, donc à la dualité.

En fait, l'autonomie du droit commercial et donc la dualité du droit est une nécessité pratique.

En effet, la vie commerciale requiert un droit mieux adapté, plus technique, plus enclin à la mobilité et plus perméable aux influences étrangères, du fait de l'internationalisation des relations commerciales.

SECTION 4

SOURCES DU DROIT COMMERCIAL

Il est d'usage en droit civil de distinguer les sources créatrices du droit (essentiellement la loi), et les sources d'interprétation (jurisprudence et doctrine).

Partant d'un point de vue plus pragmatique, les commercialistes constatent qu'à côté des sources recensées par le droit civil (§1), il en existe d'autres qui jouent en droit commercial un rôle très important (§2).

§1. Les sources communes au Droit Civil et au Droit Commercial

Il s'agit de la loi, la jurisprudence et la doctrine.

A- La loi

La loi au sens large est une règle écrite et obligatoire édictée par l'autorité souveraine, et générale dans son application. Elle est ou bien impérative et ne peut-être écartée par les intéressés, ou bien supplétive et ne s'applique qu'en l'absence de volonté contraire des intéressés.

On peut distinguer deux catégories de lois qui gèrent l'activité commerciale au Maroc : des lois proprement commerciales, et certaines lois civiles qui s'appliquent en l'absence d'une règle commerciale contraire.

I- Les Lois commerciales

Les principales sources du droit commercial marocain sont les suivantes :

1) Le Dahir formant Code de Commerce du 01/08/1996, en lieu et place du dahir du 12 Août 1913 qui a fait son temps et qui ne répondait plus aux contraintes de l'économie marocaine.

2) Le Dahir formant Code de Commerce maritime du 31 Mars 1919 (modifié et complété par la loi 46-12 promulguée par le dahir n° 1-16-47 du 27 avril 2016 et publiée au BO n°6466 du 19 mai 2016), inspiré de la loi fédérale américaine du 15 Mars 1893 et d'un projet de révision du livre II du Code de Commerce Français.

3) Le Dahir du 13 Février 1997 sur les sociétés commerciales.

4) Le Dahir du 30 Août 1996 relatif à la société anonyme.

5) Le dahir du 1-14-193 du 1^{er} *rabii* 1436 (24 décembre 2014) portant promulgation de la loi n° 103-12 relative aux établissements de crédit et assimilés.

D'autres textes ont été adaptés, et expriment la volonté du Maroc de répondre aux exigences de la conjoncture internationale et de la mondialisation.

Outre ce qui précède, l'environnement juridique des affaires a été renforcée par la mise en place des Tribunaux de Commerce (Dahir du 12 Février 1997), la loi relative à la protection de la propriété industrielle (Dahir du 15 Février 2000), la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence (Dahir du 5 Juin 2000) ou encore le dahir du 5 Février 1999 relatif aux groupements d'intérêts économiques.

II- Les Lois Civiles

Nous avons posé comme principe que le droit civil constitue le droit commun en matière commerciale chaque fois que la loi commerciale n'édicte pas des règles particulières. Ce principe sur lequel la quasi-unanimité de la doctrine s'accorde, trouve son origine dans l'application stricte de l'article 2 du Code de Commerce qui dispose ce qu'« **Il est statué en matière commerciale conformément aux lois ; coutumes et usages du Commerce, ou au droit civil dans la mesure où il ne contredit pas les principes fondamentaux du droit commercial.** »

La règle posée par l'article 2 du Code de Commerce confirme la nécessaire complémentarité du Droit Civil et du Droit Commercial. En effet, malgré la

spécificité du Droit Commercial qui devait pousser à la reconnaissance de son autonomie, celui-ci ne se suffit pas à lui-même, et ne constitue pas une branche absolument autonome du droit. Il a besoin des autres branches et principalement le droit civil. Deux exemples peuvent illustrer ce propos.

Le D.O.C comporte, dans les articles 982 et suivants des dispositions générales concernant toutes les sociétés. Si un problème d'interprétation se pose à propos d'une société commerciale, l'on cherchera d'abord à le résoudre dans le cadre des lois spécifiques au droit des sociétés, si le problème persiste l'on se tournera vers les articles 982 et suivants du D.O.C. Celui-ci est d'application subsidiaire, il comble les lacunes de la loi sur les sociétés commerciales, ou permet d'en éclairer les dispositions.

En matière de contrat de vente : Le régime juridique de la vente commerciale est régi essentiellement par les textes du droit civil, et notamment les articles 478 et suivants du D.O.C

B- La jurisprudence

Les juges ont à appliquer la loi et à l'interpréter, c'est-à-dire à rechercher son sens exact :

- soit parce qu'elle est obscure ou ambiguë,
- soit parce qu'elle n'a pas donné de solutions au cas d'espèce envisagé.

Ces décisions ainsi émises constituent ce que l'on appelle la jurisprudence. Leur rôle est très important dans l'élaboration du Droit Commercial.

Le rôle de la jurisprudence commerciale est devenu d'autant plus évident que le législateur a promulgué en date du 12 Février 1997 le Dahir n°1-97-65 constituant la création des tribunaux de Commerce et des cours d'appels de Commerce.

I- les tribunaux de commerce

1- Organisation

Il ressort de l'article 2 de la loi du 12 Février 1997 que les tribunaux de commerce comprennent :

- Un président, des vice-présidents et des magistrats.
- Un ministère public composé du Procureur du Roi et de un ou plusieurs substituts.
- Un greffe et un secrétariat du Ministère Public.

Ces Tribunaux peuvent être divisés en chambres suivant la nature des affaires dont ils sont saisis. Toutefois, chaque chambre est habilitée à connaître de tout litige du ressort de ces Tribunaux.

Pour assurer l'exécution des décisions des Tribunaux de Commerce, le Président désigne, sur proposition de l'assemblée générale du Tribunal, un Juge pour l'application des jugements et des ordonnances.

2- Compétence

Aux termes du Dahir du 12 Février 1997, les Tribunaux de Commerce sont compétents pour connaître :

- Des actions relatives aux contrats commerciaux.
- Des actions entre commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales.
- Des actions relatives aux effets de commerce.
- Des différends entre associés d'une société commerciale.
- Des différends à raison de fonds de commerce

Sont exclus de la compétence des Tribunaux de Commerce les affaires relatives aux accidents de la circulation, même si ces litiges se rapportent aux activités commerciales et intéressent les commerçants. A l'exception de cet empêchement d'ordre légal, le commerçant et le non commerçant peuvent convenir ensemble d'attribuer compétence aux tribunaux de commerce pour

connaître des litiges pouvant les opposer à l'occasion de l'une des activités du commerçant.

Il ressort de l'article 6 de la loi que Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître des demandes dont le principal excède la valeur de 20.000.

II- Les Cours d'Appel de Commerce

1- Organisation

Les Cours d'Appels de Commerce comprennent :

- Un premier président, des présidents de chambre, et des conseillers.
- Un parquet général composé d'un Procureur Général et des substituts généraux.
- Un greffe et un secrétariat du parquet général.

Elle se subdivisait en chambres selon la nature des litiges. Toutefois, chaque chambre reste compétente pour connaître de tout litige porté devant la Cour.

2- Compétence

Les Cours d'Appels de Commerce, connaissent des appels interjetés contre les décisions rendues en premier ressort seulement par les tribunaux de Commerce. Le délai d'appel est fixé à 15 jours à compter de la date de notification de la décision.

Les décisions de la Cour d'Appel peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour Suprême qui constitue le sommet de la hiérarchie judiciaire au Maroc.

C- La doctrine

La doctrine commerciale - l'œuvre généralement d'universitaires ou de praticiens - influence le législateur mais aussi les Tribunaux qui s'en inspirent pour l'interprétation de certains textes législatifs.

Le Code de Commerce étant incomplet, la doctrine a pu jouer un rôle très important dans l'énonciation des grands principes qui dominent la discipline, l'élaboration des théories importantes, ou l'émergence de matières nouvelles tels que le droit bancaire, le droit de la concurrence ou le droit de la distribution.

§2. Les sources propres au droit commercial

On trouve en droit commercial des sources qui sans être ignorées du droit civil jouent ici un rôle prépondérant. Il s'agit des usages et des conventions internationales.

A- Les usages et la coutume

Les usages commerciaux sont un ensemble de pratiques qui naissent spontanément du commerce juridique par un assentiment général, tacite et constant, soit dans le cadre d'une profession, soit dans un lieu géographique. Ces pratiques sont tellement usitées qu'elles acquièrent en quelque sorte force de loi.

Bien que la loi écrite ait tendance à étendre son domaine d'application, les usages conservent une place importante en matière commerciale. En effet, la législation écrite ne saurait réglementer toutes les transactions commerciales, et s'en remet aux pratiques suivies par les commerçants.

Le D.O.C renvoie souvent à l'usage du Commerce, notamment aux articles 25,470, 448/2 et 556/c, mais surtout il édicte deux règles essentielles : l'une sur les caractères que doit revêtir l'usage pour pouvoir être invoqué et l'autre sur la place de l'usage dans la hiérarchie des règles juridiques.

Aux termes de l'article 476, l'usage ne peut être invoqué que s'il est général ou dominant et s'il n'a rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

L'article 475 précise quant à lui que l'usage ne saurait prévaloir contre la loi lorsqu'elle est formelle.

B- Les conventions internationales

L'un des traits spécifiques du droit commercial, est sa vocation internationale. D'où l'importance et l'utilité des conventions internationales.

Il peut s'agir de simples conventions bilatérales pour régler un problème particulier entre deux Etats telles que les conventions douanières, les accords de change, ou les conventions fiscales pour éviter les doubles impositions.

Il peut aussi s'agir de convention d'union, dont le but est de remédier à la diversité des législations. De telles conventions créent des lois qui deviennent applicables au niveau interne de chaque Etat rallié à la convention. C'est le cas notamment pour les textes régissant les effets de commerce au Maroc, et qui reprennent les termes des conventions internationales, délibérées à Genève pour l'unification du droit des effets de commerce.

Nous étudierons successivement dans le cadre de ce précis :

- Le Statut juridique du commerçant personne physique (Titre I)
- Les groupements de biens du commerçant (Titre II)
- Les activités du commerçant (Titre III)

TITRE I

LE STATUT JURIDIQUE DU COMMERÇANT

L'étude du statut juridique du principal acteur du droit commercial qui est le commerçant (Chapitre II), exige de connaître les actes juridiques accomplis par lui et qui jouent un rôle essentiel dans la détermination de son statut : les actes de commerce (Chapitre I).

CHAPITRE I

LES ACTES DE COMMERCE

Le code de commerce marocain confère un rôle essentiel à la notion d'acte de commerce puisque le commerçant est celui qui accomplit les actes de commerce.

La notion de commerçant est ainsi commandée par celle d'acte de commerce. Mais inversement et à certaines conditions, la qualité de commerçant rejaillit sur l'activité alors présumé commerciale. Dans le premier cas, le droit commercial est réel, objectif : l'acte de commerce lui sert de fondement, quelle que soit la personne qui réalise cet acte. Dans le second cas, le droit commercial est personnel, subjectif : c'est le droit des séries commerçantes.

Le droit commercial marocain est fondé sur les deux conceptions : La conception objective (c'est le droit des actes de commerce), et la conception subjective (c'est le droit des commerçants).

Quelle que soit la conception retenue, la détermination des actes de commerce est essentielle (Section I), avant d'exposer leur régime juridique (Section II).

SECTION I

LA TYPOLOGIE DES ACTES DE COMMERCE

Les actes de commerce sont énumérés par les articles 6 et 7 du code de commerce. Mais l'article 7 vise les actes de commerce maritime dont nous n'aurons pas à nous occuper, puisque le droit maritime constitue une branche totalement autonome.

Nous ne retiendrons donc ici que l'article 6 du code, qui se contente en la matière de dresser sans aucun ordre une liste des actes considérés comme commerciaux.

Nous verrons donc l'énumération de l'article 6 (sous section 1) et nous nous interrogerons ensuite sur l'existence ou non d'un critère général de la commercialité (sous section 2).

Sous-section 1

L'énumération du code de commerce

La lecture de l'article 6 et suivants du code permet de distinguer quatre catégories d'actes :

- Les actes de commerce par nature (§ 1)
- Les actes de commerce par la forme (§ 2)
- Les actes de commerce par accessoire (§ 3)
- Les actes de commerce mixtes (§ 4)

§ 1. Les actes de commerce par nature

L'acte de commerce par nature est commercial en raison de son objet. En principe, cette qualification est réservée à des actes accomplis en entreprise, c'est-à-dire professionnellement par un commerçant.

Ces actes sont expressément énumérés par l'article 6 du code de commerce. D'après cet article 6, sont considérés actes de commerce par nature : les activités de distribution (A), de production (B), de finance (C), et d'intermédiation (D).

A- Les activités de distribution

Les activités de distribution recouvrent toutes les opérations qui s'insèrent entre la production et la consommation. On peut classer dans cette catégorie :

I- L'achat pour revendre

Le législateur a érigé « l'achat pour revendre » en prototype de l'acte de commerce. Celui-ci peut porter sur des biens meubles ou immeubles.

A- L'achat de biens meubles pour les revendre

Il ressort de l'article 6, alinéa 1 que l'achat de meubles corporels ou incorporels en vue de les revendre soit en nature, soit après les avoir travaillés et mise en œuvre... » est réputé comme activité commerciale.

Une telle opération suppose la succession de deux contrats reliés entre eux par l'intention de réaliser un bénéfice.

Il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'un achat. C'est-à-dire un acte de circulation et non de production qui s'entend de tout mode d'acquisition à titre onéreux. Ainsi un contrat d'achat au sens strict ou un échange. Mais pas une acquisition par donation.

L'exigence d'un achat conduit à exclure de la commercialité plusieurs activités très importantes sur le plan économique. Il en est ainsi des activités agricoles, des activités intellectuelles ou artistiques et les professions libérales.

Il faut ensuite qu'il s'agisse d'un achat portant sur un bien meuble, peu importe sa qualification corporel ou incorporel, qu'il reste en fait dans le même état ou qu'il subisse une transformation. L'essentiel est que la chose revendue le soit à titre principal et non comme simple accessoire d'un travail non commercial dans lequel elle sera incorporée.

Enfin, l'achat doit être fait avec l'intention de revendre. Peu importe que le résultat recherché ait été atteint ou non. Seul compte l'intention de réaliser dès l'achat un bénéfice.

B- L'achat de biens immeubles pour les revendre

Dans le code de commerce de 1912, l'achat pour revendre ne pouvait porter que sur des meubles, les immeubles étant considérés traditionnellement comme ne pouvant pas faire l'objet du commerce. Cette approche ne correspondait plus au développement de l'économie marocaine, et au développement croissant de la spéculation foncière. Aussi le nouveau code de commerce dans son article 6 alinéa 3 qualifie-t-il de commercial « l'achat d'immeubles en vue de les revendre en l'état ou après transformation ».

Il en résulte que la personne physique ou morale qui achète un bien immeuble, et qui le revend en l'état ou après transformation (rénovation ou édification) accomplit une activité commerciale.

II- L'entreprise de location de meubles

L'article 6, alinéa 2 du code de commerce considère comme activité commerciale « la location de meubles corporels ou incorporels en vue de leur sous-location ».

Il en résulte que les entreprises de location de meubles sont commerciales.

Rentrant dans cette catégorie, les entreprises de location de voitures, de matériels informatiques ou de télévision, ou encore les entreprises de crédit-bail ou location-vente.

Par contre la location d'immeubles est civile : Tel est le cas de l'entreprise qui donne en location des appartements, des chambres meublés ou des boutiques. Cependant l'activité de l'hôtelier est commerciale, car celui-ci dispose d'une véritable entreprise de location de meubles (lits, linge, etc.). Mais il acquiert également la commercialité au titre de la fourniture de service diverses qu'il rend à son client (chauffage,).

III- L'entreprise de fournitures

La loi répute acte de commerce toute entreprise de fournitures de produits et services (Art.6 al.14).

L'opération consiste de la part du fournisseur à assurer pendant une période déterminée des prestations successives de marchandises ou de produits qu'elles se procurent au fur et à mesure des livraisons. On peut faire entrer dans cette catégorie les entreprises de distribution, de journaux de vivres ou services divers, etc.

IV. Les établissements de vente aux enchères publiques (Art. 6, al. 16)

Ils ont pour objet de vendre aux enchères publiques des denrées ou marchandises.

Sorte de courtier, l'entrepreneur d'une salle de vente publique est un intermédiaire dans la circulation des richesses.

V. L'exploitation d'entrepôts et de magasins généraux (Art. 6, al.10)

Les magasins généraux sont des entrepôts où les marchandises peuvent être déposées. Ils sont utilisés en général pour permettre la mise en gage des marchandises. Le déposant reçoit un récépissé qui atteste le dépôt, et un warrant qui permet par endossement de donner la marchandise en gage à un créancier. Le magasin général assure la garde des marchandises, et au besoin organise la vente lorsque le porteur du warrant demande l'exécution de son gage.

B- Les activités de production

On peut classer dans cette catégorie :

I- L'exploitation des mines et carrières (Art. 6, al. 4)

L'exploitation des mines et carrières n'était pas considérée comme commerciale. Le dahir du 16 Avril 1951 avait commercialisé les sociétés qui étaient constituées sous forme de sociétés par actions. Le nouveau code de commerce dans l'alinéa 4 de l'article 6 a élargi la notion de commercialité à la recherche minière et à l'exploitation des mines et carrières même lorsque l'accomplissement d'une telle activité se fait par un simple particulier pourvu que ce soit de manière habituel et répétitive.

II- L'entreprise industrielle ou artisanale (Art. 6, al. 5)

Les entreprises industrielles sont celles qui ont pour objet la manipulation des matières premières, ou des produits ayant déjà subi une première fabrication.

Sous cette appellation on retrouve nombre d'activités transformatives (métallurgique mécanique, construction électrique, industrie chimique, industrie alimentaire, textile, cuir, bois, papier), entreprises d'énergie (électricité, gaz, eau, pétrole, charonnages), entreprises de construction (matériaux, bâtiment, etc.).

III- Les entreprises de transports (Art. 6, al. 6)

Rien ne fait perdre aux entreprises de transport leur caractère commercial. Qu'il s'agisse de transport par terre, par mer ou par air, et peu importe qu'il s'agisse de transport de personnes ou de marchandises.

Cependant, ne sont pas considérés comme commerciales, les écoles de pilotage, les écoles de voile etc., qui fournissent à titre principal un service de nature intellectuelle.

IV- Les établissements de spectacle publics (Art. 6, al. 15)

Leur objet est de distraire le public, moyennant une rétribution, par un spectacle ou un divertissement quelconque : cinéma, théâtre concert, etc.

Ils sont généralement considérés comme des entreprises commerciales en raison des moyens matériels souvent mis en œuvre, ce qui rendait nécessaire leur soumission à la rigueur du droit commercial.

V- Les entreprises d'éditions (Art. 6, al. 11)

Les entreprises d'éditions interviennent dans la circulation des œuvres de l'esprit. Elles sont commerciales quel que soit le monde d'édition : livres, partitions, disques, cassettes, films, vidéos, etc.

C- Les activités financières

Le code prévoit les opérations de banque, de crédit et les transactions financières (Art.6, al.7), ainsi que les opérations d'assurances à prime fixe (Art. 6, al. 8).

I- Les opérations de banque

Les opérations sont très variées. Elles comprennent « la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle de tous moyen de paiement ou leur gestion » (Article premier de la loi 103-12 relative aux établissements de crédit et assimilés).

II- Les opérations du crédit

Le commerce de l'argent a toujours été considéré comme une des branches les plus importantes de l'activité économique.

L'importance de cette branche a poussé le législateur à soumettre les établissements de crédit à une réglementation spéciale. L'article 18 de la loi 103-12 limite cette activité aux banques et aux sociétés de financement.

Constitue une opération de crédit tout acte, à titre onéreux, par lequel une personne:

- met ou s'oblige à mettre des fonds à la disposition d'une autre personne, à charge pour celle-ci de les rembourser ;
- ou prend, dans l'intérêt d'une autre personne, un engagement par signature sous forme d'aval, de cautionnement ou de toute autre garantie.

Sont assimilées à des opérations de crédit :

- les opérations de crédit-bail et de location avec option d'achat et assimilées;
- les opérations d'affacturage ;
- les opérations de vente à réméré d'effets et de valeurs mobilières et les opérations de pension telles que prévues par la législation en vigueur (Article 3 de la loi 103-12).

III- Les transactions financières

Il s'agit essentiellement des opérations sur valeurs mobilières dont la commercialité ne fait aucun doute, et qui, en application des articles 18 et 35 de la loi du 21 septembre 1993 ne peuvent s'opérer qu'à la bourse des valeurs, et par l'intermédiaire de sociétés de bourse.

IV- Les opérations d'assurances

L'article 6, alinéa 8 du code de commerce répute commerciales « les opérations d'assurances à primes fixes ». La généralité de la formule conduit à considérer comme activité commerciale aussi bien l'assurance maritime que terrestre.

Il y a lieu à distinguer ici entre les compagnies d'assurances qui pratique ces assurances dans un but de spéculation, et qui sont considérés comme commerciales, et les sociétés mutuelles d'assurances, qui ne cherchent pas à réaliser des bénéfices et font des opérations civiles.

D- Les activités des intermédiaires

Le terme d'intermédiaire englobe tous ceux qui - contre rémunération - concourent à la distribution, soit comme revendeurs ; soit comme auxiliaires des fournisseurs.

Le code (Art.6, al.9 et 13) recense trois catégories d'intermédiaires: les courtiers, les commissionnaires, et les agents d'affaires.

I- Les courtiers

Le courtier a pour fonction de mettre en rapport des personnes qui ne se connaissent pas et qui désirent contracter. Exemple : les courtiers d'assurances.

A la différence du commissionnaire qui s'engage en son propre nom, le courtier n'intervient pas dans la conclusion du contrat, il se borne à préparer celle-ci en rapprochant les contractants.

II- Les commissionnaires

Le commissionnaire est celui qui passe un acte juridique en son nom propre mais pour le compte d'autrui, dont il ne révèle pas l'identité.

Les commissionnaires en douane, ou de transport, les agents de change appartiennent à cette catégorie et exercent par conséquent une activité commerciale.

III- Les agents d'affaires

Les agents d'affaires font profession de gérer les biens d'autrui et de faciliter la conclusion de contrats. Leurs opérations sont très variés : agence de publicité, d'assurance, de voyage, cabinets de contentieux, gérants d'immeubles. En les réputant commerçants, les rédacteurs avaient pour objectif de donner les garanties inhérentes à la profession.

Au terme de cette présentation des différents actes de commerce, il convient de préciser que la jurisprudence a reconnu la qualité d'actes de commerce à divers actes en raison de leur objet, confirmant ainsi le caractère non

limitatif de l'énumération légale. Il s'agit notamment des actes relatifs au fonds de commerce, celui-ci étant l'ensemble des biens servant à l'exploitation de l'entreprise. Il peut être l'objet de divers contrats tels que le nantissement, la vente ou la location gérance. Ces contrats constituent des actes de commerce, car le plus souvent ils sont passés par des commerçants pour les besoins de leur commerce. Toutefois une partie de la doctrine et de la jurisprudence s'accorde pour reconnaître que ces actes restent commerciaux même s'ils sont accomplis par des non commerciaux. C'est le cas notamment de la vente d'un fonds de commerce par un héritier non commerçant, ou encore l'achat d'un fonds de commerce par une personne non encore commerçante.

À l'instar d'autres auteurs, nous pensons qu'il faut admettre la commercialité objective de ces actes, car ils touchent le fonctionnement de l'entreprise commerciale, et doivent par conséquent relever du droit commercial, au même titre que les actes relatifs aux sociétés commerciales.

La jurisprudence française va plus loin en étendant la commercialité :

- aux cautionnements donnés en garantie des dettes d'une société commerciale par les dirigeants ou encore les principaux associés de celle-ci.
- à la souscription des parts ou actions d'une société commerciale, ainsi qu'à leur cession, du moins lorsqu'elle emporte au profit du cessionnaire le contrôle de la société.

§ 2. Les actes de commerce par la forme

Les actes de commerce en raison de la forme ont toujours le caractère commercial, quels que soient l'objet et le but de l'acte, et quelle que soit la personne qui les accomplit même si c'est un non-commerçant. Il s'agit d'une commercialité formelle. Le type par excellence de l'acte objectif de commerce. Elle concerne deux domaines importants : celui des sociétés et de la lettre de change.

A- Les sociétés commerciales par la forme

Il ressort des dispositions des dahir : du 30 Août 1996, et du 13 Février 1997 que « sont commerciales à raison de leur forme et quel soit leur objet » :

- les sociétés anonymes (Article 1 de la loi du 30 Août 1996).
- les sociétés en nom collectif, les sociétés en commodité (simple et par actions), les sociétés à responsabilité limitée (Article 2 de la loi du 13 Février 1997).

Sont exclus de cette liste :

- les sociétés en participation qui ne sont commerciales que si leur objet est tel.
- Les groupements d'intérêt économique (G.I.E) dont la commercialité dépend également de leur objet (Article 5 du Dahir du 5 Février 1999).

B- La lettre de change

La lettre de change est un écrit par lequel une personne, le tireur, donne l'ordre à une autre personne, le tiré de payer une somme déterminée, à une date déterminée à l'ordre d'une tierce personne, le bénéficiaire ou porteur.

Aux termes de l'article 9 du code de commerce alinéa 1, la lettre de change est réputée acte de commerce entre toutes personnes. Il en résulte que toute personne qui signe une lettre de change comme tireur, tiré, acceptant, endosseur ou donneur d'aval, se soumet aux règles du droit commercial et, notamment la compétence des tribunaux de commerce.

La question se pose à propos des autres effets de commerce notamment le chèque et le billet à ordre.

Le premier sera qualifié de commercial au titre de la commercialité par accessoire. De ce fait, le signataire d'un chèque ne s'oblige commercialement que s'il signe pour les besoins de son commerce.

Le second est réputé commercial lorsqu'il résulte d'une transaction commerciale (Article 9, al. 2).

§ 3. Les actes de commerce par accessoire

Nous verrons successivement le principe et ses applications.

A- Le principe

La règle est que les actes accomplis par un commerçant à l'occasion de son commerce, sont des actes de commerce. Ainsi selon la formule de THALLER, « la commercialité part de l'acte et frappe la personne. Puis en vertu d'un choc en retour, elle retombe sur les actes afin d'en saisir le plus grand nombre ». C'est l'application de l'adage « *accessorium sequitur principale* » ; autrement dit l'accessoire doit suivre le principal. Par exemple, l'acquisition d'un mobilier de bureau, c'est un acte civil, mais il devient commercial en vertu de la théorie de l'accessoire parce qu'il est fait par un commerçant dans l'intérêt de son commerce.

La théorie de l'accessoire trouve son fondement en droit marocain dans l'article 10 du code de commerce qui dispose ce qui suit : « Sont également réputés actes de commerce les faits et actes accomplis par le commerçant à l'occasion de son commerce sauf preuve contraire ».

B- Application du principe

Aux termes d'une évolution de la jurisprudence sans cesse progressive, la théorie de l'accessoire s'applique dans deux domaines, celui des engagements extracontractuels et contractuels.

I- Les engagements contractuels

Les contrats passés par le commerçant sont considérés comme commerciaux, sauf preuve contraire. (Achats de consommation, contrats à titre gratuit, etc.).

1 - L'étendue du principe

a- Les contrats qui ne soulèvent pas de difficultés :

Ces contrats sont :

- * Le contrat de travail conclu pour le fonctionnement de l'entreprise, sous réserve de l'application du droit du travail.
- * Les opérations de transport nécessaires aux besoins du commerce du commerçant.
- * Le mandat donné pour les besoins du commerce du mandant, ainsi que la stipulation pour autrui.
- * le contrat d'assurance comme l'assurance incendie du local commercial, ou l'assurance contre les risques du transport.
- * Le dépôt à titre onéreux dans l'intérêt du commerçant, par exemple le dépôt de marchandises dans un magasin général.
- * L'emprunt, lorsque les sommes empruntées sont nécessaires au commerce.

b - Les contrats qui soulèvent des difficultés :

Ce sont surtout les contrats accessoires constitutifs d'une sûreté, il en est ainsi :

- * du contrat de gage, qui ne devient commercial que lorsqu'il est conclu pour garantir le paiement d'une dette commerciale.
- * Le cautionnement est en principe civil même s'il garantit une dette commerciale, sauf s'il prend la forme d'un aval de lettre de change ou si la caution en fait sa profession (un banquier par exemple) ou si c'est dans l'intérêt de son commerce.

2- Les exceptions

Les contrats portant sur les droits de propriété industrielle sont traditionnellement soumis au droit civil.

II- Délit, quasi-délit et autres engagements extracontractuels

La jurisprudence a étendu la théorie de l'accessoire aux engagements extracontractuels. Il s'agit d'engagements intervenus non pour les besoins du commerce, mais à l'occasion du commerce. Les illustrations en sont nombreuses :

- * Les quasi-contrats, comme la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause ou le paiement de l'indu, dans lesquels l'obligation prend naissance sans accord de volonté et sans aucune faute du débiteur.
- * Les délits qui sont le résultat d'une faute volontaire, et qui ont été commis à l'occasion d'une opération commerciale (acte de concurrence déloyale).
- * Les quasi-délits, qui sont le résultat d'une imprudence ou d'une négligence (accidents causés à l'occasion du commerce).

§ 4. Les actes de commerce mixtes

Nous en verrons le principe ainsi que les exceptions.

A- Le principe

Les actes mixtes sont ceux qui présentent un caractère commercial pour une partie et un caractère civil pour l'autre partie.

Hormis la lettre de change qui est un acte de commerce entre toutes personnes, la solution pour tous les autres actes est qu'il n'y a pas acte de commerce qu'au regard de celui qui remplit les conditions de la commercialité. Ainsi l'achat ou la vente n'est commercial que pour celui qui a l'intention de spéculer. Pareillement, l'opération de crédit et d'assurance n'est acte de commerce que pour celui qui recherche à cette occasion un bénéfice. Ce n'est pas le cas pour celui qui en concluant la même opération ne cherche qu'à satisfaire ses besoins sans intention de profit.

B- Conséquences du principe

Lorsque l'acte est réputé mixte, il se trouvera soumis à un régime de solution dualiste. C'est ainsi qu'on appliquera les règles civiles à la personne pour qui l'acte est civil, et les règles commerciales à l'égard de la personne pour qui il est commercial (Article 4 du code de commerce).

C'est sur la base de cette idée que sont résolus les problèmes relatifs à la compétence du tribunal, et à la preuve des actes mixtes.

I- La compétence du tribunal

En cas d'acte mixte, la compétence juridictionnelle est déterminée en considération de la personne du défendeur.

Lorsque c'est le non commerçant qui est assigné en justice, c'est le caractère civil de la partie qui l'emporte et c'est le tribunal de première instance qui est compétent.

Si c'est au contraire le commerçant qui est assigné, une option sera offerte au demandeur civil. Il a alors le choix d'assigner ou bien devant le tribunal de commerce ou bien devant le tribunal de 1ère instance.

II- La preuve

En matière commerciale la preuve des contrats est libre, alors qu'en matière civile elle obéit à des règles plus strictes. En matière d'actes mixtes, il est admis que le régime de la preuve sera fonction de la personne contre laquelle la preuve doit être faite. Elle se fera selon les formes civiles contre celui qui a la qualité de civil. Elle est libre contre l'autre partie.

Sous-section 2

Les Critères de l'acte de commerce

Plusieurs critères de l'acte de commerce ont été proposés par la doctrine classique. Nous n'en retiendrons que trois : Celui de la spéculation (§ 1), de la circulation des richesses (§ 2), et celui de l'entreprise (§ 3).

§ 1 : Le critère de la spéculation

Cette thèse se fonde sur l'idée de spéculation et de recherche de profit qui caractérise l'acte de commerce. C'est à partir de cette idée que la doctrine du 19ème siècle a construit la théorie de la commercialité. Les actes désintéressés n'ont pas leur place en droit commercial.

Ce critère permet de justifier beaucoup de solutions. Mais il n'est pas totalement fiable. De nombreuses activités non commerciales poursuivent la recherche du profit. Il en est ainsi des professions libérales ou agricoles.

Condition nécessaire de la commercialité, la spéculation en constitue une condition insuffisante.

§ 2 : Le critère de la circulation des richesses

Pour d'autres auteurs notamment THALLER qui est l'auteur de cette analyse, l'acte de commerce est un acte d'entremise dans la circulation des produits depuis la production jusqu'à la consommation. Ainsi énoncée, ce critère apparaît insuffisant à expliquer la commercialité. Il en est ainsi de l'activité industrielle qui est plus une activité de transformation que de distribution.

§ 3 : Le critère de l'Entreprise

Ce critère proposé par ESCARA définit l'acte de commerce comme étant un acte accompli dans le cadre d'une entreprise méthodiquement organisée. Cependant, en l'état de notre droit, le critère de l'entreprise demeure inadapté.

En effet, d'une part, la notion d'entreprise a des contours flous. Le terme est à la fois trop général ou trop restreint pour désigner l'ensemble des activités

soumises à des règles spécifiques. D'autre part, il existe des entreprises ayant des activités purement civiles (Les entreprises agricoles ou libérales).

Il ressort de ce qui précède qu'aucun des critères proposés n'est à lui seul suffisant à expliquer la commercialité d'un acte. Il faut en réalité renoncer à rechercher un critère unique et admettre que c'est la pluralité des critères qui permet une définition aisée de l'acte de commerce, qui serait ainsi « tout acte animé par une volonté de spéculation, relevant du processus de circulation des biens et des services et qui s'exerce en entreprise ».

SECTION II

Le régime Juridique des Actes de Commerce

Le régime juridique des actes de commerce se caractérise par une certaine originalité. Celle-ci apparaît aussi bien lorsqu'on examine les règles de fonds (Sous-section 1), que les mécanismes d'exécution des contrats commerciaux (Sous-section 2).

Nous envisagerons successivement, en ne retenant toutefois que celles qui nous paraissent symptomatiques.

Sous-section 1

Originalité des règles de fond

§ 1 : La preuve

En matière civile il est prévu un système de preuves préconstituées. En règle générale l'écrit n'est plus exigé pour la preuve des obligations dont le montant excède 250 Dhs comme le prévoyait l'article 443 du D.O.C. Cet article dans sa nouvelle version, (Modifié, D. 6 juillet 1954 - 5 kaada 1373, article 5 de la loi n° 53-05 promulguée par le dahir n° H1-07-129H du 30 novembre 2007 - 19 kaada 1428 ; B.O. n° 5584 du 6 décembre 2007) prévoit que les conventions et

autres faits juridiques ayant pour but de créer, de transférer, de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits et excédant la somme ou la valeur de dix mille dirhams (10 000 Dhs) ne peuvent être prouvés par témoins. Il doit en être passé acte authentique ou sous seing privé.

Par exception à cette règle, l'alinéa 2 de l'article 448 du D.O.C. admet la recevabilité de la preuve testimoniale « entre commerçants, dans les affaires où il n'est d'usage d'exiger une preuve écrite».

Cette exception combinée avec l'article 60 du code de commerce sert généralement de fondement au principe de la liberté de la preuve, en droit commercial. Par exception à cette règle, l'article 334 du Code de Commerce dispose que la preuve est libre en matière commerciale. Cette règle se justifie d'une part par la rapidité des transactions commerciales, et d'autre part le fait que les commerçants tiennent des livres de commerce. Cependant la consécration de la liberté de la preuve par le droit commercial ne signifie pas qu'il soit toujours exempt d'un certain formalisme. C'est le cas notamment pour certains actes comme les effets de commerce ou certains contrats comme ceux relatifs aux sociétés et au fond de commerce.

§ 2 : La prescription extinctive

Il s'agit d'un mode de libération résultant de l'inaction du créancier pendant un certain temps.

Alors que le délai de prescription de droit commun est de quinze ans, entre commerçants la prescription est de cinq ans (article 388 du D.O.C.).

Cette mesure s'explique par le fait qu'une longue incertitude sur l'existence des dettes commerciales peut-être de nature à compromettre les intérêts généraux du commerce, et d'autre part en raison du traitement rigoureux qui est fait au débiteur par le droit commercial, et qui justifie de le libérer plus rapidement de ses engagements.

Sous-section 2

Originalité des mécanismes d'exécution

§ 1 : Compétence judiciaire

La nature commerciale d'une opération donne lieu à une règle de compétence judiciaire territoriale spéciale. En vertu de l'article 28 du code de procédure civile, les actions sont portées, en matière commerciale par le demandeur à son choix, devant le tribunal du domicile du défendeur ou devant celui dans le ressort duquel l'exécution devait être effectuée.

§ 2 : Clause compromissoire

La clause insérée dans un contrat, par laquelle les parties conviennent que les litiges nés de l'application de ce contrat seront obligatoirement soumis à des arbitres, constitue la clause compromissoire. Aux termes de l'article 309 du code de procédure civile cette clause est valable dans tout contrat. Une particularité cependant lorsqu'il s'agit d'actes de commerce, les parties peuvent à l'avance désigner les arbitres. Cette désignation est soumise toutefois à un certain formalisme : la clause compromissoire doit être spécialement approuvée par les parties à peine de nullité. L'obligation de l'écrire à la main n'est plus d'actualité.

§ 3 : La solidarité

En matière civile la solidarité entre co-débiteurs ne se présume pas (Article 164 du D.O.C.). Elle ne peut donc jouer que si elle est expressément stipulée.

Il résulte par contre de l'article 165 du D.O.C. que la solidarité entre débiteurs est de droit dans les obligations contractées entre commerçants pour affaires de commerce sauf dispositions contraires. Cette règle a été d'ailleurs confirmée par l'article 335 du nouveau code de commerce. En conséquence, les co-débiteurs commerçants d'une obligation commerciale sont tenus pour la totalité de la dette.

On retrouve cette solidarité présumée par le D.O.C. en matière de mandat et de cautionnement lorsque ces contrats sont conclus à l'occasion de transactions commerciales. Ainsi en cas de pluralité de mandataires, ceux-ci répondent solidairement de l'exécution de leur mandat (Article 912 du D.O.C.). De même le cautionnement est solidaire lorsqu'il constitue un acte de commerce pour la caution (Article 1133 du D.O.C.).

Enfin lorsque plusieurs personnes ont cautionné la même dette, elles se trouvent engagées solidairement envers le créancier si le cautionnement constitue un acte de commerce de la part des cautions (Article 1138 du D.O.C.).

§ 4 : Les intérêts

Aux termes de l'article 873 du D.O.C., les intérêts ne peuvent être calculés que sur la base d'une année. Toutefois en matière commerciale, les intérêts peuvent être calculés au mois. Le même article permet dans son dernier alinéa l'anatocisme (intégration des intérêts produits au capital et produisant eux aussi des intérêts) à condition que la capitalisation des intérêts ne se fasse qu'à la fin de chaque semestre, et ce, même en matière de compte courant. Cette technique est prohibée en matière civile, elle est sanctionnée par la nullité (Article 874 du D.O.C.).

Notons au passage qu'en application du Dahir du 16 Juin 1950 le taux légal des intérêts est le même pour les dettes civiles et commerciales (6%).

§ 5 : Délais de grâce

A la différence du débiteur civil (Article 243 du D.O.C.), le débiteur commerçant bénéficiera rarement de délais de grâce pour l'acquittement de sa dette. Ces délais sont formellement exclus quand une dette résulte d'une lettre de change.

L'article 197 du c. com. va plus loin, et considère tout commerçant qui cesse de payer ses dettes en état de faillite.

§ 6 : Procédure d'exécution collective

Lorsqu'une entreprise commerciale cesse de payer ses dettes, une procédure collective et organisée s'instaure, afin de régler les créanciers proportionnellement à leur créance.

Par ailleurs, et à la différence du débiteur civil qui peut continuer à exercer son activité, et à ne pas payer ses dettes, le débiteur commerçant en cessation de paiement peut être déchu à l'avenir de l'exercice de tout commerce.

CHAPITRE II

LE COMMERÇANT

N'est pas commerçant qui veut. En effet, la qualité de commerçant suppose un certain nombre de conditions (Section I), et l'acquisition de cette qualité exige de sa part le respect d'un certain nombre d'obligations (Section II).

SECTION I

LES CONDITIONS D'ACCES A LA QUALITE DE COMMERÇANT

Les conditions d'accès à la qualité de commerçant sont tantôt liées à la personne du postulant (Sous-section I), tantôt à l'activité professionnelle (Sous-section II).

Sous-section I

Les conditions d'accès liées à la personne

Dans son article 35, la constitution de juillet 2011 a élevé le principe de la liberté d'entreprendre au rang des principes constitutionnels. A ce principe, des entraves toujours plus importantes sont apportées. Ces conditions assurent une double protection ; tantôt il s'agit de protéger la personne qui veut entreprendre une activité commerciale en exigeant d'elles des conditions de capacité (§ 1) ; tantôt il s'agit de sauvegarder l'intérêt général en écartant du circuit commercial des personnes qui ne paraissent pas avoir leur place dans de telles professions, et ce pour les raisons les plus diverses (§ 2).

§ 1 : Conditions tendant à protéger la personne qui veut entreprendre le commerce : la capacité

La capacité d'une personne peut être définie comme étant l'aptitude à jouir de ses biens et de ses droits, à contracter des obligations et à ester en justice.

Toute personne ayant atteint l'âge de la majorité, jouit de la pleine capacité pour exercer ses droits et assumer ses obligations, à moins qu'un motif quelconque établi ne lui limite ou ne lui fasse perdre cette capacité (Article 210 du code de la famille).

Titulaires de la capacité civile d'exercice, les majeurs disposent - c'est le principe - de la pleine capacité commerciale. Cette règle n'est démontrée qu'en ce qui concerne le mineur (A), et les incapables majeurs (B). La situation des étrangers (C) et de la femme mariée (D) doit aussi retenir notre intérêt.

A- Le mineur

Est considéré comme mineur quiconque n'a pas atteint l'âge de la majorité qui, en vertu de la loi, est fixée à 18 ans grégoriens révolus (Article 209 code de la famille).

I- L'expérience de majorité

Il ressort de l'article 218 du code de la famille que « Lorsque le mineur a atteint l'âge de seize ans, il peut demander au tribunal de lui accorder l'émancipation.

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

La personne émancipée entre en possession de ses biens et acquiert sa pleine capacité en ce qui concerne la faculté de gérer et de disposer de ses biens. L'exercice des droits, autres que patrimoniaux, demeure soumis aux textes les régissant ».

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

Une autorisation est accordée, à cet effet, par le tuteur légal ou par décision du juge chargé des tutelles, sur demande du tuteur testamentaire ou datif du mineur intéressé.

Le juge chargé des tutelles peut annuler l'autorisation de remise des biens, sur demande du tuteur testamentaire ou datif, du ministère public ou d'office, en cas de mauvaise gestion, dûment établie, des biens autorisés.

II- La déclaration de majorité

Aux termes de l'article 218 du code de la famille le mineur peut être émancipé dès l'âge de 16 ans par son tuteur, s'il est jugé apte à être affranchi de la tutelle.

L'émancipation telle que édictée par l'article 218 du code de la famille a l'avantage de conférer au mineur la pleine capacité et aucune limite n'est apportée à l'exercice par lui du commerce.

III- L'étendue de la capacité commerciale du mineur

En vertu de l'article 7 du D.O.C, le mineur autorisé à exercer le commerce, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce, dans les limites de l'autorisation qui lui a été donnée, celle-ci comprend dans tous les cas, les actes qui sont nécessaires à l'exercice du commerce qui fait l'objet de l'autorisation. Les dispositions de cet article font échec à l'article 56 du D.O.C qui dispose que la lésion donne ouverture à la rescission lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur dans les formes déterminées par la loi, dès lors que la lésion dépasse le tiers entre le prix porté à l'acte et la valeur de la chose.

On en déduit que le mineur commerçant régulièrement habilité à la même capacité que s'il était majeur pour l'exercice de son commerce.

Dans le cas de survenance de motifs graves, l'autorisation d'exercer le commerce peut-être révoquée avec l'autorisation du tribunal, le mineur entendu (Article 8 du D.O.C).

B- Les incapables majeurs

Ils sont assimilés au mineur non émancipé. Ce sont le prodigue ou le faible d'esprit. Afin de les protéger contre eux-mêmes, ils font l'objet d'une mesure de tutelle (régime de la représentation) ou de curatelle (régime de l'assistance).

Leur éloignement du circuit commercial est parfaitement logique, car ils ne pourraient pas lutter à armes égales avec leurs concurrents. Comme le soulignait si bien THALLER, le droit commercial est le droit des forts.

C- La situation des étrangers

L'article 15 du code de commerce qui posait comme principe que le mineur étranger est réputé majeur à 20 ans quel que soit l'âge de majorité prévu par sa loi nationale n'est plus d'actualité. En effet, Cet article a été amendé par la loi n° 54-17 qui harmonise désormais les dispositions du statut personnel (Code de la famille) avec celles du code de commerce. La modification de l'article 15 met les étrangers et nationaux sur un pied d'égalité, c'est-à-dire il suffit d'avoir 18 ans révolus pour exercer les actes de commerce et ce, quelques soit l'âge de majorité exigée par la loi nationale de l'étranger.

D- La femme mariée

L'article 6 de l'ancien code de commerce disposait que « la femme mariée ne peut être marchande publique au Maroc sans le consentement de son mari quels que soit les dispositions de son statut personnel ». Cette règle qui était d'ordre public rentrait en contradiction flagrante avec les dispositions du code du statut personnel qui confèrent à la femme l'entièvre liberté d'administrer et de disposer de ses biens.

Dans son article 17, le nouveau code de commerce a corrigé cette anomalie en disposant ce qui suit : « La femme mariée peut exercer le commerce sans autorisation de son mari. Toute disposition contraire est réputée nulle. »

§ 2 : Conditions tenant à protéger l'intérêt général

Elles assurent une double protections : tantôt elles sont posées comme garantie pour la clientèle (déchéance ou défaut d'honorabilité) (A), tantôt elles protègent l'intérêt général du commerce (Incompatibilité ou autorisation) (B).

A- Restrictions subjectives : les déchéances

Afin de garantir la moralité commerciale, le législateur interdit l'accès aux professions commerciales à certaines catégories de personnes. Les textes allant dans ce sens sont d'inspiration disparate. Elles sont complétées par les dispositions du Code Pénal Marocain.

I- Cas de la déchéance

En règle générale, l'interdiction de faire le commerce concerne les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement pour crime, ceux qui ont fait l'objet d'une condamnation à une peine égale ou supérieure à trois mois d'emprisonnement sans sursis, pour certains délits d'affaires (Vol, abus de confiance, escroquerie, usure..) ou certains délits contre la morale (outrage aux bonnes mœurs).

Il en est de même des commerçants et des dirigeants sociaux ayant fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et contre

lesquels ont été relevés des faits dénotant de leur mauvaise gestion et de leur mauvaise foi (Voir les articles 747 et 748 du Code de Commerce).

II- Etendue de la déchéance

L'article 750 du Code de Commerce précise que la déchéance commerciale emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement toute entreprise commerciale ou artisanale, et toute société commerciale ayant une activité économique.

Lorsque le Tribunal prononce la déchéance commerciale, il doit en fixer la durée qui ne doit être inférieure à cinq ans (Art. 752).

S'il apporte une contribution suffisante au paiement de l'insuffisance d'actif, l'intéressé peut toujours demander au tribunal de le relever de tout ou partie de la déchéance commerciale et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. La décision du tribunal emporte réhabilitation (Art. 753).

L'exercice du commerce au mépris d'une interdiction n'empêche pas d'acquérir la qualité de commerçant (Art. 11 du Code de Commerce), et les actes conclus demeurent valables. Mais le contrevenant s'expose généralement à des sanctions correctionnelles. A cet effet, l'article 324 du Code Pénal prévoit un emprisonnement d'un à six mois, et une amende de 100 à 2000 Dhs.

B- Restrictions plutôt objectives

I- Incompatibilités

On entend par incompatibilité l'interdiction faite à certaines personnes d'exercer le commerce en raison de leurs professions ou de leurs fonctions.

La mise en place de ces incompatibilités est justifiée par l'indépendance ou la dignité que le législateur veut assurer aux professions visées. Il en est ainsi des fonctionnaires des administrations marocaines qui ne peuvent exercer une profession industrielle ou commerciale (Article 15 du Dahir du 25 Février 1958 formant statut de la fonction publique).

C'est le cas également pour les professions libérales auxquelles le règlement de leur ordre défend le commerce (Avocats, notaires, médecins etc.).

Le mécanisme des incompatibilités entraîne des sanctions pénales disciplinaires. Mais les actes de commerce faits en infraction demeurent valables, et le contrevenant est considéré comme un commerçant de fait (Art. 11 du Code de Commerce). Par conséquent, il peut en cas de cessation de paiement être déclarée en liquidation des biens, et possible de faillite personnelle ou de banqueroute.

II- Réglementations et autorisations

Certains commerces sont interdits aux particuliers pour des motifs variés (défense nationale, ordre public, monopole d'Etat). D'autres sont réglementées et ne peuvent être exercées que dans les conditions légales définies par le législateur. Il en est ainsi notamment pour les activités suivantes : établissements dangereux insalubres ou incommodes, assurances, banques, magasins généraux, transports publics de voyageurs et de marchandises, raffinage de pétrole, montage de véhicule automobiles, pharmacie.

Dans tous les cas, l'ouverture du commerce est soumise au principe de l'autorisation, qui, le plus souvent est exigée dans un but de police. Parfois elle constitue une exception aux mesures d'interdiction (autorisation, agrément, licence).

Les personnes ayant méconnu, le principe encourtent des sanctions pénales ou administratives. Néanmoins les coupables seront considérés comme commerçants et les actes accomplis par eux seront valables. Par conséquent, en cas de cessation de paiement, la liquidation judiciaire sera obligatoire, et on appliquera les peines de la banqueroute.

Nous avons examiné jusqu'ici les conditions d'accès liées à la personne. Elles sont nécessaires pour acquérir la qualité de commerçant, mais elles sont insuffisantes. L'intéressé doit en outre entreprendre une activité commerciale.

Sous-section 2

Les conditions d'accès liées à l'activité

Il ressort de l'article 6 du nouveau code de commerce que la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel ou professionnel des activités dites commerciales.

§1 : L'accomplissement des actes de commerce à titre de profession habituelle

Cette deuxième condition comporte deux éléments : L'habitude et la profession. Précisons ces deux notions.

A- L'habitude

L'habitude se caractérise d'abord par un élément matériel. Elle suppose donc une répétition d'actes du même genre. Combien d'actes ? Cela est une affaire d'espèce. Le nombre importe moins que le dessein qu'il révèle. En réalité, il y aurait lieu de parler d'activité et non d'actes et plus exactement encore d'entreprise.

L'habitude suppose également un élément intentionnel. Par conséquent ne devient pas commerçant le simple particulier qui achète accidentellement des deniers pour les revendre.

B - La profession

La profession implique une activité déployée d'une façon continue, régulière et indépendante. A ce titre le professionnel s'oppose à l'amateur, dans le sens où le premier agit dans un but de spéculation afin de se procurer les moyens réguliers d'existence et bénéficie d'une certaine organisation et d'une certaine compétence.

Mais il n'est pas nécessaire que l'exercice de la profession soit notoire, ni qu'elle soit la seule. Un individu peut avoir simultanément plusieurs professions ; du moment que l'une d'elle est commerciale.

§ 2 : L'accomplissement d'actes de commerce de manière personnelle et indépendante

Malgré le silence du code sur ce point, il est admis que l'existence de la profession commerciale suppose une véritable indépendance. Comme l'observe un auteur : « ce n'est pas le fait matériel et de se tenir dans la boutique, de servir la clientèle, mais celui de prendre les profits et d'assurer les responsabilités de l'activité qui confère la qualité de commerçant ». Autrement dit, les actes de commerce doivent être effectués par le commerçant en son nom et pour son compte. Il en résulte un certain nombre de conséquences :

1. N'ont pas la qualité de commerçant les salariés liés au commerçant par un contrat de travail. Ceci est vrai pour tous les auxiliaires de commerce qui sont dans un état de dépendance (par exemple les voyageurs placiers ou représentants).

2. Dans les sociétés de personnes, les associés en nom sont commerçants. Par conséquent leur patrimoine est personnellement et solidairement engagé. Ce qui n'est pas le cas dans une société de capitaux.

3. Dans les sociétés commerciales, les administrateurs ne sont pas personnellement commerçants. Ce ne sont que des mandataires. Et c'est le patrimoine de la société qui est engagé par leurs actions.

Cependant, le dirigeant est parfois assimilé à un commerçant et peut être soumis à une responsabilité personnelle et aux déchéances de la faillite personnelle en cas de liquidation judiciaire de la société.

Nous avons jusqu'à ici fait l'inventaire des conditions requises pour acquérir la qualité de commerçant. Il s'agit maintenant pour nous de déterminer les conséquences qui en découlent.

SECTION II

LES OBLIGATIONS AFFERENTES AUX COMMERÇANTS

Les obligations qui incombent aux commerçants sont très nombreuses. On se bornera ici à l'étude de celles d'entre elles qui sont les plus importantes : L'obligation de s'inscrire au registre du commerce (Sous-section 1), et l'obligation de tenir une comptabilité (Sous-section 2).

Sous-section 1

L'obligation de s'inscrire au registre de commerce

Le registre de commerce est un répertoire officiel des entreprises commerciales, précisant leur condition ainsi que celle de leurs dirigeants. C'est le dahir formant code de commerce de 1913 (aujourd'hui abrogé) qui a créé au Maroc le registre du commerce.

À l'origine, l'immatriculation au registre était facultative. Mais le Dahir du 1er Septembre 1926, complété par un arrêt viziriel de même date, a rendu obligatoire l'immatriculation au registre de commerce.

§ 1 : Organisation du registre du commerce

A- Tenue du registre

Au Maroc le registre de commerce est constitué de deux éléments :

- **Le registre local** tenu par le secrétariat greffe de chaque tribunal de commerce ou à défaut du tribunal de 1ère Instance, sous la surveillance du Président du Tribunal ou d'un juge qu'il désigne chaque année à cet effet (article 28 du code de commerce).

- **Le registre central** tenu par l'administration (notamment l'office de la propriété industrielle de Casablanca) (Article 29 du Code de Commerce). Il est constitué des doubles des déclarations remises aux greffiers des tribunaux compétents et transmises par ces derniers à l'office. Il a pour tâche de centraliser pour l'ensemble du Royaume, les renseignements mentionnés dans les divers registres locaux, de veiller à l'exakte application des dispositions légales applicables aux personnes instruites ou à leurs entreprises, et de mettre à la disposition des administrations ou organismes intéressés les renseignements recueillis (Art. 13).

B- Inscription au registre

Toutes les personnes physiques, et morales marocaines ou étrangères, exerçant une activité commerciale sur le territoire marocain doivent dans les trois mois de l'ouverture de l'établissement (pour les personnes physiques), de la création ou de la constitution (pour les personnes morales) requérir du secrétariat greffe du tribunal compétent leur immatriculation au registre de commerce (Article 75 du Code de commerce). 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 (Article 75, al. 4).

La demande d'immatriculation doit être requise par le commerçant lui-même ou son mandataire (Art. 38, al. 1) auprès du greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé l'établissement (Article 39, al. 2).

S'agissant d'une société la demande d'immatriculation doit être requise par le représentant légal de ladite société (Art. 38, al. 2) au lieu du siège social (Art. 39).

Quand un commerçant cesse d'exercer son commerce ou vient à décéder, ou quand une société est dissoute, il y a bien de procéder à la radiation de l'immatriculation qui peut être requise par le commerçant ou ses héritiers, ou par la liquidation pour ce qui concerne les sociétés (Article 51).

C- Les mentions du registre

I- Pour les personnes physiques

Les déclarations aux fins d'immatriculation des personnes physiques doivent contenir des indications sur l'identité, la nationalité, l'état, la capacité, le régime matrimonial, le nom commercial, les fonds exploités et tous les autres éléments de la situation juridique et de l'activité commerciale de l'intéressé dont les tiers ont besoin pour traiter avec lui en toute sécurité (Art. 42).

Outre les inscriptions modificatives (Art. 40), un certain nombre d'actes juridiques intéressant le fonds de commerce doivent être inscrits au registre du commerce, il s'agit notamment :

- Des brevets d'invention et marques de fabrique.
- Des décisions judiciaires relatives au redressement ou à la liquidation judiciaire.
 - Des actes de cession de fonds de commerce.
 - Des décisions judiciaires et actes affectant le régime matrimonial du commerçant étranger.
 - Du nantissement du fonds de commerce.
 - Du renouvellement et de la radiation de l'inscription du privilège du créancier gagiste (Art. 43).

II- Pour les personnes morales

Les sociétés commerciales doivent mentionner dans leur déclaration d'immatriculation outre l'état civil des associés, et de ceux indéfiniment responsables des dettes sociales, la raison ou dénomination sociale, l'objet de la société, sa forme juridique, son siège social, le montant du capital social, et le nom des associés et des tiers autorisés à administrer, gérer et signer pour la société (Art. 45).

Les mêmes obligations pèsent sur les établissements publics à caractère industriel ou commercial soumis par leur statut à l'immatriculation au registre du commerce. Les représentations commerciales ou agences commerciales des Etats, collectivités ou établissements publics étrangères, et les groupements d'intérêt économique doivent fournir tous les éléments permettant leur identification, et ce, conformément aux articles 47 et 48 du code.

§ 2 : Effets et sanctions des inscriptions au registre du commerce

A- Les effets de l'inscription

I- La présomption simple de la qualité du commerçant

En principe toute personne inscrite au registre du commerce est présumée avoir la qualité de commerçant. Mais ce n'est là qu'une présomption simple susceptible par conséquent de preuve contraire (Art. 58). Inversement, la non immatriculation au registre du commerce ne fait pas obstacle à ce qu'une personne ait la qualité de commerçant (Art. 59 in fine).

II- L'émergence de la personnalité morale

La présomption de commercialité ne joue pas pour les sociétés. Mais c'est à partir de l'inscription au registre du commerce que la société acquiert la personnalité morale (Voir à cet égard l'article 2 sur les sociétés commerciales, et l'article 20 sur la société anonyme).

III- Inopposabilité des faits et actes non publiés

L'article 61 du code dispose que les personnes assujettis à l'immatriculation ne peuvent dans l'exercice de leur activité, opposer aux tiers qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes qui doivent être inscrits et qui ne le sont pas.

Toutefois cette règle n'est pas applicable si le commerçant établit qu'au moment où il a traité, les tiers en cause avaient connaissance des faits et actes dont il s'agit (Art. 61, al. 3).

B- Les sanctions du défaut d'inscription

Le non respect par le commerçant des obligations afférentes à l'inscription le rend possible de sanctions civiles et de sanctions pénales.

I- Sanctions civiles

L'article 59 du code de commerce dispose que la personne non immatriculée ne peut se prévaloir à l'égard des tiers du statut de commerçant. En outre celui qui a omis de publier une information obligatoire ou qui a publié une fausse information est tenu de réparer le préjudice subi par les tiers conformément aux articles 77 et 78 du D.O.C.

II- Sanctions pénales

Le commerçant qui ne requiert pas son inscription au registre du commerce dans les délais prescrits, ou qui ne fait pas procéder aux rectifications nécessaires encours la condamnation à une amende de 1.000 à 5.000 Dhs (Art. 62).

Une deuxième amende peut être prononcée si dans les deux mois de l'injonction judiciaire, les formalités n'ont pas été accomplies (Art. 63). S'il s'agit de l'ouverture d'une succursale ou d'une agence d'un établissement situé en dehors du Maroc, le tribunal peut ordonner la fermeture de l'établissement jusqu'à l'exécution de la formalité requise.

Le commerçant qui, de mauvaise foi fournit des indications inexactes en vue de l'immatriculation ou de l'inscription au registre de commerce est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 1.000 à 5.000 Dhs ou de l'une de ces deux peines seulement (Art. 64). Ces peines sont doublées en cas de récidive (Art. 67).

Sous-section 2

L'obligation de tenir une comptabilité

La comptabilité peut être définie comme étant une mission d'information consistant à collecter, recenser, classer et traiter toutes les opérations exprimées sous forme monétaire qu'effectue une entreprise.

Ces opérations ou « flux quantitatifs » constituent ce que l'on dénomme les « faits comptables », ils ont pour origine des pièces comptables indispensables car elles représentent l'élément de preuve de l'enregistrement comptable.

L'article 19 du Code de Commerce exige des commerçants la tenue d'une comptabilité conformément au Dahir du 25 Décembre 1992 portant promulgation de la loi N° 9-88 relative aux obligations comptables des commerçants.

Nous verrons successivement le contenu de cette obligation (§ 1), puis sa portée (§ 2).

§ 1 : Contenu de l'obligation

Les commerçants sont astreints à tenir des documents comptables (A). L'inobservation de cette règle entraîne des sanctions (B).

A- La tenue des documents comptables

Certains documents sont obligatoires (I), d'autres sont facultatifs (II).

I- Documents obligatoires

Il s'agit des livres comptables d'une part, et des états de synthèse d'autre part.

1- Les livres comptables

Ils sont au nombre de trois :

- **Le livre journal**, qui enregistre opération par opération, et jour après jour tous les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise (Art. 1 du dahir du 25/12/1992).

- **Le grand livre**, qui permet l'enregistrement des écritures du livre journal qui y sont recopiées, mais cette fois réparties entre les différents comptes. L'article 2 al. 4 de la loi précise que le plan de comptes doit comprendre des classes de comptes de situation, des classes de comptes de gestion et des classes de comptes spéciaux.

- **Le livre inventaire**, qui regroupe, les données de l'inventaire lequel, au moins dressé une fois par exercice, est un état descriptif et estimatif de l'ensemble des divers éléments de l'actif et du passif (Article 5 du dahir). Il doit être suffisamment détaillé pour justifier le contenu de chacun des postes du bilan.

2- Les états de synthèse

Les états de synthèse doivent être établis trois mois (Art. 18) suivant la date de clôture de l'exercice, au vu des différents livres comptables (Art. 9). Ils doivent donner une image fidèle des actifs et passifs ainsi que de la situation financière et des résultats de l'entreprise (Art.11). Ils comportent plusieurs

documents dont seuls le bilan et le compte de produits et charges sont requis des entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur ou égal à 7.500.000 dirhams (Art. 21).

- **Le bilan** décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise (Art. 10, al. 1).

- **Le compte de produits et charges** récapitule les produits et charges de l'entreprise, sans considération de leur date d'encaissement ou de paiement (Art. 10, al. 2).

- **L'état des soldes de gestion** décrit la formation du résultat net et celle de l'autofinancement (Art. 10, al. 3).

- **Le tableau de financement** 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 effectué (Art. 10, al. 4).

- **L'état des informations complémentaires** complète et commente l'information donnée par le bilan, le compte de produits et charges, l'état des soldes de gestion et le tableau de financement (Article 10, al 5).

II- Documents facultatifs

Aux termes de l'article 3 de la loi, le livre journal et le grand livre peuvent être détaillés en autant de registres subséquents dénommés « journaux auxiliaires » et « livres auxiliaires » que l'importance ou les besoins de l'entreprise l'exigent.

Les écritures portées sur les journaux ou les livres auxiliaires sont centralisées une fois par mois sur le livre journal et le grand livre.

B- Sanctions des exigences légales

Elles sont diverses et nombreuses :

I- Sur le plan pénal

Le fait pour un commerçant d'avoir tenu une comptabilité fictive, d'avoir fait disparaître des documents comptables ou de s'être abstenu de tenir une comptabilité conforme aux règles légales, ou encore d'avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière l'exposera en cas de cessation de ses paiements à une condamnation pour banqueroute (Art. 754 du code de commerce), qui pourra se doubler du prononcé de la faillite personnelle.

II- Sur le plan civil

En application des principes généraux du droit civil, le commerçant ne peut utiliser en justice des documents comptables irrégulièrement établis pour faire preuve en sa faveur.

Par ailleurs, les tiers trompés sur la base d'un bilan inexact qui fait de l'entreprise une présentation exagérément optimiste pourraient selon le cas agir à l'encontre du commerçant en dommages intérêts, ou obtenir la nullité de l'acte de cession de l'entreprise ou de parts sociales pour dol.

§ 2 : Portée de l'obligation

Les documents comptables régulièrement tenus font foi en justice. En cas de tenue irrégulière, ils peuvent valoir à titre de présomption de fait, mais ne sauraient être invoquées par leur auteur à son profit. La valeur des livres régulièrement tenus diffère suivant qu'ils sont invoqués contre le commerçant qui les a tenus, ou par le commerçant contre les tiers.

A- Contre le commerçant qui les a tenus

Il ressort des termes de l'article 21 du Code de commerce que les documents comptables qui correspondent à un double qui se trouve entre les mains de la partie adverse constituent pleine preuve contre elle et en sa faveur.

B- Par le commerçant contre les tiers

Contre un non commerçant, ils n'ont aucune valeur probatoire spéciale. Entre commerçants, ils sont admis par le Juge pour faire preuve entre commerçants à raison des faits de commerce (Art. 19 du Code de Commerce). Les tiers peuvent opposer au commerçant le contenu de sa comptabilité même irrégulièrement tenue (Art. 20 du Code de commerce).

Au cours d'une instance judiciaire, le tribunal peut ordonner d'office ou à la requête de l'une des parties la représentation ou la communication des documents comptables :

- La représentation consiste à extraire de la comptabilité les seules écritures qui intéressent le litige soumis au tribunal (Art. 23 du Code de Commerce)

- La communication quant à elle consiste en la production intégrale des documents comptables. En raison de sa gravité, elle ne peut avoir lieu que dans les affaires de succession, de partage, de redressement ou liquidation judiciaire et dans les cas où les documents sont communs aux parties au procès (Art. 24 du Code de Commerce).

Lorsque, sur injonction du juge, le commerçant refuse de produire sa comptabilité ou déclare ne pas en avoir, le juge peut déférer le serment à l'autre partie pour appuyer ses prétentions (Art. 25 du Code de Commerce).

Section III

CAS EXCEPTIONNEL DES COMMERÇANTS AYANT LE STATUT D'AUTO- ENTREPRENEUR

La création du statut juridique dédié aux auto-entrepreneurs, initié par la loi 114-13 relative au statut d'auto-entrepreneur, a pour objectif de permettre la réduction des activités exercées de manière informelle, développer l'esprit entrepreneurial et également de permettre l'accès facile aux jeunes au marché du travail grâce à l'auto-emploi.

Cependant, le statut d'auto-entrepreneur n'est pas ouvert à tout le monde (§1). Aussi, les bénéficiaires profitent d'un certain nombre d'avantages (§2).

§ 1 : Les conditions d'accès au statut d'auto-entrepreneur

Ces conditions d'éligibilité sont liées à la personne et son activité (A), ainsi qu'au chiffre d'affaires généré (B). Aussi, certaines activités sont exclues du champ d'application de la législation sur le statut d'auto-entrepreneur (C).

A- Les conditions liées à la personne et à son activité

Le statut de l'auto-entrepreneur est accordé à toute personne physique exerçant à titre individuel, une activité industrielle, commerciale ou artisanale ou prestataire de services.

De même, une personne associée ou actionnaire dans une entreprise sans y exercer une activité reste éligible au statut de l'auto-entrepreneur.

Toutefois, il est précisé que le statut de l'auto-entrepreneur n'est pas accordé si l'entrepreneur exerce déjà une activité soumise à la taxe professionnelle, en tant que personne morale ou physique. Il devra, au préalable, accomplir les démarches de cessation d'activité avant de s'inscrire au registre national de l'auto-entrepreneur.

B- Les conditions liées au chiffre d'affaires

Pour bénéficier du régime fiscal de l'auto-entrepreneur, le chiffre d'affaires annuel encaissé ne doit pas dépasser :

- 500.000,00 Dhs pour les activités industrielles, commerciales et artisanales ;
- 200.000,00 Dhs pour les prestataires de services.

C- Les activités exclues

Sont exclus de ce régime, les contribuables exerçant les professions, activités et prestations de services suivantes :

- Architecte; artistes-auteurs; assureurs; avocats; changeurs de monnaies ; chirurgiens ; chirurgiens dentistes ;
- Commissaires aux comptes; commissionnaires en marchandises; comptables; débitants de tabac; éditeurs; experts comptables; exploitants d'auto-école; exploitants de salles de cinéma ;
- Exploitants de cliniques; exploitants de laboratoire d'analyses médicales ; exploitants d'école d'enseignement privé; géomètres; hôteliers ; huissiers de justice ; imprimeurs ;
- Ingénieurs conseils ; libraires ; lotisseurs et promoteurs immobiliers ; loueurs d'avions ou d'hélicoptères ; mandataires négociants ; marchands de biens immobiliers ;
- Marchands en détail d'orfèvrerie, bijouterie et joaillerie ; marchands en gros d'orfèvrerie, bijouterie et joaillerie ; marchands exportateurs ; marchands importateurs;
- Mètres-vérificateurs; médecins; notaires; prestataires de services liés à l'organisation des fêtes et réceptions; pharmaciens; producteurs de films cinématographiques;
- Opticiens et lunetiers; radiologues; tenants un bureau d'études; transitaires en douane;
- Topographes ; vétérinaires.

§ 2 : Les avantages liés au statut d'auto-entrepreneur

Les personnes physiques, exerçant à titre individuel en tant qu'auto-entrepreneurs conformément à la législation et la réglementation en vigueur, sont soumises à l'impôt sur le revenu, en appliquant au chiffre d'affaires encaissé l'un des taux suivants :

- 1% sur le montant qui ne dépasse pas 500.000,00 Dhs pour les activités commerciales, industrielles et artisanales ;
- 2% sur le montant qui ne dépasse pas 200.000,00 Dhs pour les prestations de service.

Les taux susvisés sont libératoires de l'impôt sur le revenu.

A- Plus-values nettes

Les plus-values nettes résultant de la cession ou du retrait des biens corporels et incorporels affectés à l'exercice de l'activité sont imposables par voie de rôle suivant les modalités prévues à l'article 40-I du C.G.I et selon les taux du barème prévu au code général des impôts.

B- Taxe sur la valeur ajoutée

L'auto entrepreneur est hors champ d'application de la TVA puisque son chiffre d'affaires ne dépasse pas le seuil d'assujettissement de la TVA fixé à 500.000,00 Dhs.

C- Taxe professionnelle

Une exonération de la taxe professionnelle pendant une période de 5 ans à compter de la date du début d'activité ainsi que les terrains, constructions de toute nature, additions de constructions, matériels et outillages neufs acquis en cours d'exploitation, directement ou par voie de crédit-bail.

TITRE II

LES BIENS DU COMMERÇANT

Depuis quelques années la composition des patrimoines commerciaux a connu une profonde mutation. En effet, la richesse des entreprises ne repose plus exclusivement sur la notion de fonds de commerce. D'autres types de biens ont fait leur apparition. Il en est ainsi des droits sociaux, des droits personnels, et des droits de la propriété industrielle.

Nous étudierons ici dans autant de chapitres les deux catégories de biens qui jouent un rôle important en matière commerciale :

- Le fonds de commerce (Chapitre I)
- Les droits de la propriété industrielle (Chapitre II).

CHAPITRE I

LE FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce est né de la pratique. L'article 79 du code de commerce le définit comme étant « un bien meuble incorporel constitué par l'ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice d'une ou de plusieurs activités commerciales ».

En fait, le fonds de commerce se présente comme le groupement d'un certain nombre d'éléments hétéroclites, destinés à acquérir une clientèle. Chacun des éléments concourant à l'existence du fonds, dispose d'un régime juridique et d'une valeur propre. Toutefois, la réunion de tous ces éléments sous une direction unique, et l'action respective qu'ils ont les uns sur les autres créent « le fonds de commerce ».

On examinera successivement le statut juridique du fonds de commerce (Section I), puis les principales opérations auxquelles il donne lieu (Section II).

SECTION 1

LE STATUT JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

Il convient d'analyser les éléments du fonds de commerce (Sous-section 1), pour s'interroger ensuite sur sa nature juridique (Sous-section 2), et la protection particulière dont il fait l'objet (Sous-section 3).

Sous-section 1

Les éléments du fonds de commerce

Le fonds de commerce peut être défini comme étant l'ensemble des biens meubles corporels et incorporels qu'un commerçant groupe et met en œuvre en vue de satisfaire aux besoins de sa clientèle.

L'article 80 du code de commerce propose une énumération de ces éléments, qui ne peut être considéré comme limitative. En effet, les éléments du fonds varient d'un commerce à l'autre, et au cours du temps à l'intérieur d'un même fonds.

§ 1 : Les éléments corporels

Ces éléments comprennent des droits sur des choses corporelles et mobilières, à l'exclusion des immeubles. Ils portent sur le matériel et l'outillage, ainsi que sur les marchandises.

A- Le matériel et l'outillage

Ce sont des biens qui servent à l'exploitation du fonds et qui ne sont pas destinés à être vendus.

Au point de vue économique et comptable, le matériel entre comme les immeubles dans le capital fixe de l'entreprise.

Mais sur le plan juridique, le matériel entre par sa nature dans la catégorie des meubles. Il n'en est autrement que dans le cas où le matériel devient immeuble par destination.

C'est le cas lorsque l'immeuble et le matériel appartiennent au même propriétaire, et que le matériel est affecté à l'immeuble auquel il suivra le sort de l'immeuble principal, et peut notamment être hypothéqué avec lui.

B- Les marchandises

Ce sont tous les meubles corporels destinés à être vendus. Elles constituent l'élément le moins stable du fonds.

Deux particularités caractérisent le statut des marchandises :

- En cas de cession du fonds, elles font l'objet d'une évaluation distincte
- En cas de nantissement du fonds, elles en sont toujours exclues.

§ 2 : Les éléments incorporels

Ces éléments comprennent un ensemble de droits indispensables à l'exploitation commerciale. Parmi eux, on distingue ceux qui font partie de la généralité des fonds de commerce (A), ceux qui s'y retrouvent de manière beaucoup plus exceptionnelle (B) et ceux qui en sont exclus (C).

A- Les éléments incorporels ordinaires

La clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce : sans clientèle, un fonds n'aura aucune valeur. Cependant, si la clientèle est un élément nécessaire du fonds de commerce, ce n'est pas un élément suffisant. Il lui faut, en effet, un point de fixation (emplacement, bail commercial) ou un signe de ralliement (enseigne, nom commercial).

I- La clientèle

Les premiers éléments du fonds de commerce sont la clientèle et l'achalandage, c'est-à-dire l'ensemble des consommateurs qui sont en relation d'affaires avec le commerçant.

La doctrine a parfois tenté de donner un sens à cette distinction : la clientèle, désignerait les personnes qui se fournissent habituellement auprès du titulaire du fonds de commerce, et lui sont plus ou moins fidèles en raison de sa compétence ou de son savoir-faire ; l'achalandage serait constitué de la clientèle de passage, celle qui tient davantage à la situation du fonds qu'à la personnalité du commerçant.

Toutefois, la distinction de la clientèle et de l'achalandage n'a pas de conséquences sur le plan juridique, car dans le commerce de détail, il est souvent difficile de savoir si l'on est en présence d'un simple chaland ou d'un client régulier.

Pour qu'il y ait fonds, il faut qu'une clientèle lui soit attachée. Encore faut-il que cette clientèle réunisse deux conditions : il faut qu'elle existe et qu'elle soit propre au fonds.

- **La clientèle doit exister.** Une clientèle seulement virtuelle ou potentielle ne saurait être prise en considération. Il n'est donc pas suffisant d'ouvrir les portes de l'établissement au public pour que la clientèle fasse son apparition, il est indispensable aussi que la mise en exploitation ait effectivement débutée.

Tant qu'il n'y a pas d'exploitation effective, on se trouve en présence d'un fonds possible, mais non d'un fonds déjà né. Un commencement d'exploitation est donc nécessaire. Cependant, une certaine jurisprudence admet que pour certains fonds de commerce (station-service notamment), la clientèle existe bel et bien dès l'ouverture des portes de la station.

Cette solution paraît possible, lorsque l'établissement jouit dans le public d'une renommée incontestable à tel point qu'il constitue le « point de passage obligé » d'une clientèle.

La cessation de l'exploitation fait disparaître la clientèle, et par voie de conséquence le fonds de commerce.

- En deuxième lieu, **la clientèle doit être personnelle à l'exploitant**. Ce qui suppose qu'elle soit propre au fonds, et qu'elle n'appartienne pas à un autre. Cette condition n'est pas toujours remplie lorsque la clientèle est dépendante d'une clientèle plus vaste dont elle ne constitue qu'une fraction. Tel est le cas lorsqu'on se trouve en présence d'un commerce dépendant, c'est-à-dire installé dans l'enceinte d'un autre établissement, comme par exemple le petit commerce exploité dans l'enceinte d'une grande surface, ou le restaurant installé dans une entreprise plus vaste. Il en irait de même dans le cas d'une station-service.

Dans tous ces cas, le locataire de l'immeuble spécialisé peut prétendre être propriétaire du fonds de commerce s'il a créée une clientèle qui n'existe pas ou qui n'existe plus, mais non s'il a reçu ou développé une clientèle qui avait déjà une existence réelle et certaine.

II- Le nom commercial

Le nom commercial est l'appellation sous laquelle une personne exerce son activité. Ce peut-être son nom patronymique précédé du prénom. Il se peut également que le nom soit de pure fantaisie.

Pour les sociétés, le nom commercial est désigné sous le vocable de « raison sociale » dans les sociétés de personnes, et de « dénomination sociale » pour les sociétés de capitaux.

À la différence du nom civil qui est un droit de la personnalité et ne peut être cédé, le nom commercial est un élément du fonds de commerce et peut être transmis avec lui ou à titre isolé.

L'acquéreur peut alors s'en servir comme signature commerciale, à condition qu'il avertisse les tiers du changement de propriétaire (« ancienne maison... », « Successeur de ... »).

Le nom commercial a un caractère patrimonial. Ceci explique la protection dont il bénéficie contre les usurpations ou les confusions voulues, par le biais de l'action en concurrence déloyale.

III- L'enseigne

Le nom commercial peut s'accompagner d'une enseigne, qui sert à individualiser le fonds de commerce. Elle peut consister en une inscription, un sigle, un logo, ou une image apposée sur un local et se rapportant à l'activité qui s'y exerce.

L'enseigne bénéficie de la même protection que le nom commercial, à condition qu'elle soit spéciale, et que celui qui l'utilise justifie d'une priorité d'usage.

IV- Le droit au bail

C'est le droit de créance du locataire commerçant à l'égard de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds, et dont l'objet est la jouissance des lieux loués.

En raison de son importance – surtout pour le commerce de détail – le droit au bail fait l'objet d'une protection spéciale, qui confère au commerçant un véritable droit de renouvellement de son bail, à défaut duquel le bailleur doit lui verser une indemnité d'éviction.

B- Les éléments incorporels extraordinaires

Aux éléments incorporels ordinaires viennent parfois s'ajouter d'autres éléments satellites qui donnent à leur titulaire des droits exclusifs qui sont des monopoles d'exploitation.

I- Droit de propriété littéraire et artistique

L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a sur celle-ci, du seul fait de sa création, un droit de propriété incorporel exclusif :

- **Droit moral d'abord**, qui permet à l'auteur de disposer de son œuvre comme il l'entend (droit de divulgation, de retrait, de repentir etc.).
- **Droit pécuniaire ensuite**, qui revient de droit à l'auteur tant que l'œuvre est publiée ou exposée. Ils s'étendent aux héritiers pour une période de 50 ans, avant de tomber dans le domaine public.

II- Droit de propriété industrielle

Ces droits sont : les brevets d'invention, les marques de fabrique, de commerce ou de service, et les dessins et modèles.

C- Les éléments exclus du fonds de commerce

L'absence d'unité juridique du fonds de commerce, condamne un certain nombre d'éléments incorporels, qui par conséquent ne peuvent être cédé avec lui.

I- Les créances et les dettes

Il s'agit des créances inscrites aux comptes des valeurs disponibles ou réalisables à court terme. En effet, ces droits personnels ne deviennent pas nécessairement un élément du fonds de commerce, et ne peuvent donc être cédé avec lui. Elles obligent celui qui a contracté et non pas le fonds qui n'a pas une entité juridique reconnue.

II- Les Livres de commerce et autres documents comptables

Ils restent la propriété du vendeur qui doit les conserver pendant 10 ans. L'acquéreur a toutefois le droit d'y puiser les renseignements des trois dernières années qui pourront lui être utiles.

III- Les contrats et marchés

Il s'agit des contrats conclus avec le fournisseur ou avec des clients. Ils ne sont pas cédés avec le fonds, sauf clause contraire. Cependant, il existe des exceptions à l'effet relatif des contrats : L'acheteur du fonds est lié par les contrats de travail conclus par le cédant, il en est de même pour les contrats d'assurance qui suivent la chose assurée.

IV- Les immeubles

Le caractère mobilier du fonds exclut les immeubles. Ce principe s'applique aussi bien aux immeubles par nature, qu'aux immeubles par destination. Ainsi lorsque le propriétaire du fonds exploite son établissement dans un immeuble dont il détient également la propriété, le matériel attaché à l'exploitation emprunte à l'immeuble sa nature et se trouve donc exclu du fonds de commerce. Toutefois, l'immobilisation ne se produit que lorsque deux conditions sont réunies :

- L'exploitant doit être propriétaire de l'immeuble et du fonds de commerce.
- Les meubles en question doivent être affectés au service de l'exploitation de l'immeuble.

Sous-section 2

La nature juridique du fonds de commerce

Le fonds de commerce est un groupement d'éléments disparates permettant d'attirer et de conserver une clientèle. Pris distinctement, chacun de ces éléments a sa nature propre. Le fonds de commerce apparaît alors comme une appellation de ces éléments disparates, unis par leur destination commune : « l'affectation à une activité industrielle ou commerciale ». Toutefois, cette unité n'a pas de caractère juridique. En effet, chacun de ces éléments conserve son statut juridique propre, et peut donc être vendu, ou donné en gage selon les règles de publicité qui lui sont propres. Cette ambivalence du fonds de commerce a conduit les juristes à discuter de sa nature juridique.

Selon l'opinion dominante, le fonds de commerce doit être considéré comme une universalité (§ 1), figurant dans la catégorie des meubles corporels (§ 2), ce qui doit permettre de le distinguer des institutions voisines (§ 3).

§ 1 : Le fonds de commerce, universalité-bien

Pour la plupart des commercialistes, le fonds de commerce est une universalité. Le problème est de savoir de quelle universalité il s'agit.

A- Théorie de l'universalité juridique

Selon une certaine doctrine, le fonds de commerce, ne serait pas une réunion accidentelle des choses, ce serait une chose unique qui aurait son individualité propre.

Il constituerait de ce fait, un patrimoine à part, affecté à l'exploitation commerciale, c'est-à-dire un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine du commerçant, propriétaire du fonds.

Cependant, cette théorie ne peut être admise en droit positif marocain qui, en vertu du principe de l'unité du patrimoine considère qu'une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine englobant tous ses droits et ses obligations.

Il en résulte que les créanciers civils du commerçant peuvent poursuivre le recouvrement de leurs créances sur les éléments composant le fonds et inversement, les créanciers du fonds peuvent se payer sur les biens affectés à la vie civile du commerçant (voir notamment l'article 1241 du D.O.C).

Par ailleurs, en cas de cession du fonds, l'acheteur n'acquiert que l'actif, et n'est pas tenu du passif, qui reste attaché à la personne.

B- Théorie de l'universalité de fait

En vertu de cette théorie, le fonds de commerce, ne serait qu'un groupement de biens réunis par un simple lien de fait en vue de l'affectation à un but commun, le négoce. Cependant, cette affectation n'est pas juridiquement reconnue, et demeure une situation de fait. En conséquence, cette qualification décrit un état de fait, mais ne l'explique pas, ce qui la rend inutile.

§ 2 : Le fonds de commerce, meuble incorporel

Si les auteurs divergent d'opinion sur le choix de l'idée qui permet de rendre compte du caractère composite du fonds de commerce, ils s'accordent pour reconnaître au fonds la qualification de bien meuble incorporel.

A- Le fonds de commerce est un meuble

Si dans un lointain passé, on s'est interrogé sur la nature mobilière ou immobilière du fonds de commerce, l'unanimité est aujourd'hui acquise en doctrine comme en jurisprudence.

En effet, le fonds de commerce est un meuble parce que les éléments qui le composent sont ou bien des meubles corporels (matériels, outillage, marchandises) ou bien des droits mobiliers (par exemple le droit au bail).

Mais le fonds de commerce est un meuble de nature particulière en ce qu'il est stable. D'où les garanties particulières qu'il peut offrir pour les besoins du crédit du commerçant. De là, le nantissement, c'est-à-dire une sorte de gage sans dépossession immédiate qui rappelle beaucoup l'hypothèque.

B- Le fonds de commerce est un meuble incorporel

L'élément central du fonds de commerce, c'est toujours la clientèle ; or elle est incorporelle, donc le fonds lui-même ne peut qu'être objet d'une propriété incorporelle en toutes circonstances.

En conséquence, la règle de l'article 456 du D.O.C est inapplicable : entre deux acquéreurs successifs, on préférera celui dont le titre d'acquisition est le premier en date.

Il faut distinguer le fonds de commerce de l'entreprise, de la société et de la succursale.

§ 3 : Fonds de commerce et notions voisines

Il faut distinguer le fonds de commerce de l'entreprise, de la société et de la succursale.

A- Fonds de commerce et entreprise

Appréhendée économiquement, l'entreprise peut être définie comme étant le rassemblement plus ou moins vaste et plus ou moins complexe, d'éléments matériels et humains en vue d'une activité économique donnée de production ou de distribution. A partir de cette définition, trois différences entre fonds de commerce et entreprise doivent être signalées :

- L'entreprise comprend un élément humain qui fait défaut dans le fonds de commerce.
- A la différence de l'entreprise, le fonds de commerce ne comporte en principe ni créance, ni dette.
- Les immeubles peuvent faire partie des éléments matériels de l'entreprise, alors qu'ils sont exclus du fonds de commerce.

A tout bien considérer, le concept de l'entreprise transcende celui du fonds de commerce, celui qui constitue l'élément central : on ne conçoit pas d'entreprise sans certain nombre de biens permettant son exploitation. Le fonds

de commerce est donc l'élément nécessaire, même s'il est certainement insuffisant à toute entreprise.

B- Fonds de commerce et société

La société est un concept juridique, donc une personne, alors que le fonds de commerce est un ensemble de biens. Il en résulte que le fonds est un élément de patrimoine de la société qui compte d'autres valeurs d'actif, mais aussi de passif. Sur le plan comptable, le bilan de la société ne comporte pas nécessairement de rubrique « fonds de commerce », cependant les divers éléments corporels qui le composent sont ventilés entre différents postes d'actif (matériel, stock), tandis que les éléments incorporels (clientèle, nom commercial) n'apparaissent que de manière exceptionnelle

C- Fonds de commerce et succursale

La succursale se caractérise d'une part par l'absence de personnalité, ce qui permet de la distinguer de la filiale, et d'autre part pas l'autonomie de gestion, ce qui lui permet de disposer d'une clientèle propre, et donc d'un fonds de commerce distinct de celui de l'entreprise.

Sous-section 3

La protection du fonds de commerce

La protection du fonds de commerce consiste à assurer la permanence des éléments auxquels la clientèle est liée.

D'une manière générale, cette protection peut être assurée de deux manières :

- Par l'action en concurrence déloyale contre les manœuvres déloyales émanant des concurrents (§ 1).
- Par l'institution d'un droit au renouvellement du bail commercial au profit du locataire (§ 2).

§ 1 : Protection du fonds de commerce contre la concurrence déloyale

Dans notre système libéral, la concurrence doit pouvoir s'exercer librement. Toutefois, dans le jeu de la séduction commerciale, tous les procédés ne sont pas permis. Il en est ainsi des actes et des pratiques contraires à l'honnêteté professionnelle, que la jurisprudence condamne sous le nom de concurrence déloyale.

Dans son article 10, la Convention de Paris qualifie de déloyale « tout acte de concurrence contraire aux usages honnête en matière industrielle et commerciale ».

De manière générale, la concurrence déloyale peut être définie comme étant « **le fait d'un commerçant qui, de mauvaise foi, détourne ou tente de détourner la clientèle, nuit ou tente de nuire aux intérêts d'un concurrent par des moyens contraires aux lois, aux usages et à l'honnêteté professionnelle** ».

La doctrine distingue entre la concurrence déloyale et la concurrence interdite. La première suppose que la concurrence est libre, et consiste en l'emploi d'un procédé irrégulier. La seconde est faite au mépris d'une stipulation

légale ou conventionnelle, ici c'est la concurrence elle-même qui est illicite, même si le procédé utilisé est loyal et régulier.

En l'absence de fondement spécifique, c'est à partir des articles 84, 77 et 78 du D.O.C que la jurisprudence marocaine a édifiée une théorie générale de la concurrence déloyale dont il faut étudier les conditions d'exercice (A), et les sanctions (B).

A- Les conditions d'exercice de l'action en concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale s'inspire des principes généraux de la responsabilité civile délictuelle et exige pour sa mise en œuvre, la réunion des trois conditions traditionnelles : une faute, un dommage, et un lien de causalité.

I- La faute

L'article 84 du D.O.C prévoit certains cas de concurrence déloyale. L'énumération qu'il donne est simplement énonciative, et les juges pourront toujours apprécier souverainement si les faits à eux soumis constituent une concurrence déloyale. On aboutit en définitive comme en matière de responsabilité délictuelle, en général à retenir une appréciation abstraite de la faute commerciale. Cette démarche est d'autant plus aisée que l'article 84 du D.O.C n'est qu'une application particulière de la responsabilité civile. La référence faite par la jurisprudence aux articles 77 et 78 du D.O.C est donc justifiée.

De manière générale, la faute doit consister, soit dans une négligence ou une imprudence, soit dans un acte intentionnel.

La question se pose alors de savoir si la preuve de la mauvaise foi du commerçant doit être exigée. La lecture de l'article 84 du D.O.C permet de répondre par la négative.

Toutefois, une certaine jurisprudence n'hésite pas à exiger la preuve d'une faute intentionnelle. Cette conception est à notre sens trop restrictive par rapport à la notion générale de la faute, et protège mal les intérêts du

commerçant. D'où notre soutien à une jurisprudence presque constante qui sanctionne comme fautif des comportements non intentionnels.

II- Le dommage

Le dommage se traduit généralement par la perte de clientèle. Son évaluation est difficile à prouver, plus encore à chiffrer. C'est la raison pour laquelle, les tribunaux se contentent souvent d'une simple possibilité de préjudice, du moment que son existence est certaine.

Cet élargissement des conditions de la responsabilité civile s'explique par le fait que l'action en concurrence déloyale a pour objet non seulement de réparer le dommage déjà causé, mais également et surtout de faire cesser pour l'avenir l'emploi de procédés déloyaux. Or, de ce second point de vue, il suffit que le préjudice soit vraisemblable.

III- Le lien de causalité

La perte de la clientèle doit être la conséquence de l'acte de concurrence déloyale. Mais il faut admettre que le lien de causalité est ici difficile à apprécier. En effet, la perte de la clientèle peut avoir des causes autres que les actes déloyaux de concurrence.

Nous pensons par conséquent, que la preuve d'une relation de causalité entre faute et jurisprudence doit être relégué – en matière de concurrence déloyale – au second plan. D'ailleurs, les tribunaux n'hésitent pas à faire preuve de beaucoup de souplesse, en admettant l'existence du lien de causalité entre faute et préjudice, une fois que la faute est prouvée.

B- Sanction de la concurrence déloyale

Le commerçant victime d'acte de concurrence déloyale peut obtenir la condamnation du concurrent selon trois formes de sanctions qui peuvent être ordonnées cumulativement dans la mesure où le préjudice n'est réparé qu'une seule fois.

- La victime pourra se voir attribuée des dommages et intérêts compensatoires du préjudice subi, conformément aux articles 77 et 78 du D.O.C.
- Elle pourra obtenir pour l'avenir et sous astreinte, la cessation du trouble concurrentiel. C'est le cas notamment en matière de nom commercial.
- Enfin, la publication de la décision aux frais du concurrent, afin d'attirer l'attention de la clientèle sur les procédés déloyaux qui ont été utilisés.

§ 2 : Protection du fonds de commerce contre le bailleur des locaux : la propriété commerciale

Il arrive souvent que le commerçant ne soit pas propriétaire des locaux dans lesquels il exerce son activité. Il est alors locataire et son droit de créance vis-à-vis du propriétaire de l'immeuble constitue un bien incorporel très important pour lui. Ce droit au bail reçoit dans la pratique, le nom peu juridique de « pas de porte ». Il est parfois confondu, à tort, avec deux autres notions : celle du fonds de commerce, qui est plus large car elle englobe l'ensemble des biens de l'entreprise, et celle de propriété commerciale, qui est plus étroite puisqu'elle constitue l'un des attributs du droit au bail.

Le droit au bail trouve sa source dans le contrat de louage entre bailleur et locataire, contrat qui se matérialise par la rédaction du bail, et dont le D.O.C traite longuement de façon purement supplétive (les articles 626 et 722 du D.O.C). Mais, dans les baux commerciaux comme d'ailleurs dans la plupart des louages immobiliers, la liberté contractuelle est fortement réduite par une législation spéciale impérative dont le but est de protéger le locataire.

En effet, si à l'expiration du bail, le bailleur refuse de le renouveler, le commerçant locataire risque de perdre sa clientèle, qui généralement est liée à la situation du local. La perte de jouissance des locaux loués pourrait, sinon entraîner la ruine du commerçant locataire, du moins l'exposer à des frais de réinstallation souvent considérables.

Afin, de protéger les commerçants contre le risque d'appauvrissement, le dahir n°1-16-99 du 18 juillet 2016 a maintenu en leur faveur un véritable droit au renouvellement du bail, et à défaut une indemnité d'éviction.

Il faut donc commencer par examiner le domaine d'application de la législation sur les baux commerciaux (A), avant d'en étudier le contenu (B).

A- Champ d'application de la législation sur les baux commerciaux

Les dispositions du Dahir n°1-16-99 du 18 juillet 2016 portant promulgation de la loi n°49-16 s'appliquent aux baux des immeubles dans lesquels un fonds est exploité. Le champ d'application du Dahir se définit ainsi en deux propositions : il doit exister un bail (I) et le locataire doit être propriétaire d'un fonds de commerce, d'industrie ou d'artisanat (II).

I- Existence d'un contrat de bail

Il faut s'interroger sur sa nature et son objet :

1- La nature du contrat

a- La nature des contrats visés

Aux termes de l'article 3 du dahir n°1-16-99 du 18 juillet 2016 portant promulgation de la loi n°49-16 : « Le bail commercial doit faire l'objet d'un contrat écrit ayant date certaine, avec obligation de réaliser un état descriptif des lieux loués (les parties à un bail verbal peuvent convenir à tout moment de conclure un contrat conforme à la loi).

Le bail commercial doit donc être rédigé dans un acte écrit ayant date certaine avec un inventaire des lieux lors de la conclusion du contrat de bail. En outre, le locataire bénéficiera du droit au renouvellement du droit au bail après une période d'occupation de deux années. Le locataire ayant versé une somme d'argent en contre partie du droit au bail, sera privé de la condition de la durée. Ainsi, la durée de quatre années pour les baux verbaux successifs n'est plus dans

la présente loi. De même, l'enregistrement des baux commerciaux est obligatoire (au taux fixe de 200 Dhs).

A la différence du consensualisme adopté par l'ancien régime, désormais la loi invite les parties à rédiger un écrit, sans pour autant préciser les mentions obligatoires qui doivent y figurer, ni de se référer à un contrat type en la matière. Il en découle que le législateur a privilégié la voie d'un formalisme modéré qui se limite au principe de l'exigence de l'écrit tout en laissant à la volonté commune des parties le soin de choisir les clauses qu'elles entendent y transcrire.

La jouissance des lieux pendant un minimum de deux années consécutives est une condition essentielle pour l'acquisition du droit au renouvellement, mais elle constitue également une condition pour rendre applicable les dispositions de la loi n°49-16.

Auparavant, le locataire devait justifier une jouissance consécutive de deux années en vertu d'un ou plusieurs baux écrits successifs ou de quatre années, ou bien d'un ou plusieurs baux verbaux successifs (ou bien de baux écrits ou verbaux successifs).

b- Les contrats exclus

Seront exclus du champ d'application de la loi plusieurs contrats comme le dispose l'article de 2 de la loi (exemple : les baux relatifs aux locaux situés dans des centres commerciaux gérés sous une seule enseigne, ainsi que les locaux destinés à recevoir des investissements dans le secteur de l'industrie et de l'informatique).

Seront, également, exclus du champ d'application de la loi, les baux emphytéotiques et les contrats de crédit-bail.

Le bail commercial doit avoir une durée initiale prévue de moins de 10 ans, faute de quoi il sera réputé être un bail emphytéotique (Art. 121 du Code des droits réels) et, par conséquent, exclu du champ d'application de la nouvelle loi.

2- L'objet du contrat

a- Les locaux visés

La loi n°49-16 s'applique aux baux d'immeubles ou de locaux. Le mot « immeuble » doit être entendu dans le sens d'immeuble bâti. C'est ce qui résulte expressément des dispositions de l'article premier de ladite loi : **« la loi s'applique aux baux d'immeubles ou locaux dans lesquels est exploité un fonds de commerce appartenant à un commerçant, artisan ou industriel et les baux d'immeubles ou de locaux accessoires au lieu où est exploité le fonds de commerce ».** Ainsi, cette loi ne régit pas les locations de terrains nus, par exemple un terrain loué sans aménagements à un exploitant de parc de stationnement. Toutefois, la loi s'applique à ces locations si le preneur édifie sur le terrain nu avec le consentement du propriétaire, des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal (Art. 1er. Alinéa 4 dispose en effet que : « la loi s'applique aux baux de terrains nus sur lesquels ont été édifiées avant ou après la location, des constructions pour l'exploitation d'un fonds de commerce sous réserve de l'acceptation du propriétaire »).

La loi ne régit pas davantage la location de constructions mobiles ou de constructions démontables. En effet, la notion de local exige, d'après la jurisprudence marocaine, fixité et solidité. Il faut noter ici que le caractère mobilier ou immobilier de la construction est essentiellement une question de fait qui doit être résolue en suivant les règles posées par le droit civil.

La loi n°49-16 a élargi le champ d'application de ses dispositions à certains locaux. Ainsi, seront soumis aux dispositions de la présente loi les baux d'immeubles ou de locaux relevant du domaine privé de l'Etat (sauf ceux relevant de l'utilité publique), les baux des immeubles loués par les coopératives, les établissements d'enseignement privés, les cliniques privées, les laboratoires pharmaceutiques et autres organismes assimilés dans le cadre de leurs activités.

b- Les locaux exclus

Certains locaux sont exclus du champ d'application de la loi n°49-16, en raison principalement de la personne du propriétaire :

- **Baux d'immeubles constitués en habous.** Pour des considérations d'ordre social et religieux et en vue de laisser intact le statut traditionnel de ces fondations pieuses ; les locations portant sur les biens habous ne sont pas soumises au statut de la propriété commerciale et demeurent régies par le Dahir du 21 Juillet 1913, réglementant la mise en valeur des habous publics, en vertu duquel doivent être loués aux enchères publiques pour une durée de deux ans.

- **Baux d'immeubles domaniaux.** Sont exclus du champ d'application de la nouvelle loi : les baux relatifs aux immeubles ou locaux entrant dans le domaine public de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et les baux d'immeubles ou locaux à usage commercial, industriel, artisanal appartenant au domaine privé de l'Etat, aux collectivités territoriales ou aux établissements publics, si ces biens sont affectés à l'intérêt général. C'est le cas également des baux relatifs aux immeubles ou locaux situés dans les espaces réservés aux projets d'entreprises exerçant leurs activités dans les secteurs de l'industrie et des technologies de l'information réalisés par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics ou les entreprises détenues par l'Etat ou une personne de droit public.

- **Les baux résultant d'une décision judiciaire** seront aussi exclus du champ d'application de ladite loi.

- **Les baux relatifs aux locaux situés dans des centres commerciaux.** Le développement des centres commerciaux a eu pour conséquence, sur le plan juridique, d'alimenter le débat relatif à la notion du fonds de commerce et plus spécialement sur son élément essentiel qu'est la clientèle. En effet, pour qu'il y ait fonds de commerce, il ne suffisait pas que la clientèle existe, encore faut-il que le commerçant apporte la preuve que celle-ci lui appartienne et lui soit propre et personnelle. Et en se basant sur ces critères, la jurisprudence constante des

tribunaux a persisté à refuser aux exploitants de magasins situés dans des centres commerciaux ou complexes touristiques le bénéfice du statut du bail commercial. En conséquence, la loi 49-16 s'inscrit dans cette lignée en écartant clairement de son champ d'application les baux d'immeubles ou de locaux situés dans les centres commerciaux.

Rappelons que les baux exclus du champ d'application de la nouvelle loi, sont régis, pour l'essentiel, par les articles 627 à 699 du Dahir du 12 août 1913 formant Code des obligations et des contrats (DOC).

II- L'exploitation du fonds de commerce

L'application de la loi n°49-16 est subordonnée à l'exploitation dans les biens loués d'un fonds de commerce, que ce fonds appartienne à un commerçant, à un industriel ou à un artisan. Toutefois, cette protection peut être étendue à des baux d'immeubles dans lesquels aucun fonds n'est exploité.

1- Le principe l'existence d'un fonds

Le statut des baux commerciaux est fait pour protéger le fonds de commerce, donc la clientèle du commerçant. Il s'ensuit que le commerçant qui se borne à exploiter la clientèle d'autrui sera exclu du droit au renouvellement.

2- L'exception : l'absence d'un fonds

Le statut des baux commerciaux est étendu à des baux d'immeubles dans lesquels aucun fonds de commerce n'est exploité : C'est le cas notamment des exploitations suivantes :

- Les locaux accessoires du local principal à condition que ces locaux soient indispensables à l'exploitation du fonds de commerce, et que leur utilisation jointe soit acceptée par le bailleur.
- Les baux d'immeubles ou de locaux relevant du domaine privé de l'Etat, les baux des immeubles loués par les coopératives, les cliniques privées, les laboratoires pharmaceutiques et autres organismes assimilés dans le cadre de leurs activités.

- Les baux d'immeubles ou locaux abritant des établissements d'enseignement. Cette protection est accordée quelque soit le caractère de l'établissement (Privé ou public, religieux ou laïc, lucratif ou non lucratif)

B- Contenu de la législation sur les baux commerciaux

Le louage est un contrat synallagmatique. S'il fait naître des droits au profit du locataire, il met une obligation à sa charge : celle de rémunérer le propriétaire. Sur le plan des droits, comme sur celui des obligations, des règles impératives dérogatoires au droit commun sont posées par la loi n°49-16.

I- Les droits du locataire

1-Droit de jouissance

La jouissance peut être considérée comme le principal droit que le bail confère au locataire. Ce droit est l'essence de tout contrat de louage. L'article 643 du D.O.C est à cet égard très explicite en disposant que le bailleur se doit de garantir au locataire une jouissance de la chose louée.

Pour la détermination précise du contenu du droit de jouissance, la liberté contractuelle est en principe totale, sous la réserve ordinaire de l'ordre public et des bonnes mœurs. C'est l'accord des parties, matérialisé dans le bail qui définit la destination des lieux, qui répartit la charge des réparations, qui fournit des détails sur la façon d'utiliser les lieux.

Qu'en est-il dans le cas où le locataire veut changer la nature de son commerce. Le bailleur peut-il l'en empêcher ? En effet, le locataire peut élargir l'usage commercial du local à des activités non prévues par le contrat de bail, à condition que ces activités ne soient pas incompatibles avec l'objet et les caractéristiques de l'immeuble, ne compromettent pas la sécurité de la construction et que l'accord du bailleur ait été obtenu (Article 22).

De la combinaison de ces règles, il résulte que le locataire ne peut affecter l'immeuble à un usage différent de celui déterminé par la convention ou par la

nature de l'immeuble (Art. 663 du D.O.C). En cas de contestation et en l'absence de titre, on doit décider en faveur du propriétaire (Art. 669 du D.O.C).

2- Cession du bail et sous-location

a – Cession du bail

La cessation du bail est le contrat par lequel le titulaire du bail transmet à un tiers les droits et les obligations qui y sont attachés. A l'égard du bailleur, la cession de bail réalise un changement de locataire.

Dans le droit commun, la cession du bail à un tiers ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du bailleur.

La règle est différente en droit commercial. Le locataire a désormais le droit de céder son droit au bail avec ou sans les autres éléments du fonds de commerce sans obtenir l'accord du bailleur. La signification de la cession au bailleur est obligatoire. A défaut, celle-ci lui sera inopposable. La nouvelle loi institue un droit de préemption au profit du bailleur, qui peut reprendre le local moyennant le versement ou le dépôt des sommes engagées par le nouveau locataire, et ce dans un délai de 30 jours à compter de sa signification. Au-delà, il sera déchu de se prévaloir de son droit de préemption.

L'article 25 de la loi 49-16 dispose en effet que « le locataire d'un bail commercial peut céder son droit de bail, avec ou séparément des autres éléments du fonds de commerce, par un acte écrit ayant date certaine ». La première condition à laquelle doit répondre cette cession est d'informer le bailleur. À défaut, la cession ne produira pas d'effet à son égard. Le locataire initial demeure redevable envers le bailleur de toutes ses obligations et le nouveau preneur ne sera obligé que devant son cocontractant.

La cession du bail lorsqu'elle intervient, obéit au formalisme de la cession de créance de l'article 195 du D.O.C à moins que le locataire ait été dispensé de cette formalité par une clause du contrat. Dans tous les cas, la cession régulière

du bail transfère au cessionnaire tous les droits et obligations découlant du contrat de location (Art. 673 du D.O.C).

b – La sous-location

La sous-location est l'acte par lequel le titulaire d'un bail consent à un tiers un bail différent sur tout ou partie des lieux dont il est lui-même locataire. La sous-location se distingue de la cession du bail en ce qu'elle superpose un second bail au premier, alors que la cession réalise un simple transfert de contrat.

En droit commercial, La sous-location (totale ou partielle) des locaux loués est autorisée sauf stipulation expresse du bail à l'effet contraire.

Si le loyer de la sous-location est supérieur au loyer principal, le bailleur a le droit de demander la révision du loyer nonobstant les dispositions de la loi n° 03-07.

Auparavant interdite, la sous-location fait désormais son entrée dans le cadre du nouveau texte. Le preneur peut sous-louer tout ou partie du bien à condition d'en informer le bailleur sauf disposition contractuelle prohibant cette possibilité. Les preneurs (initial et sous-locataire) restent solidaires vis-à-vis du bailleur.

3- Droit de renouvellement

La nouvelle loi change les conditions du droit au renouvellement : dorénavant, pour avoir le droit au renouvellement, le locataire devra soit avoir occupé les lieux au moins deux années consécutives, ou avoir déjà payé un montant en contrepartie du «droit au bail».

a- Le renouvellement du bail commercial

Le locataire bénéficie du droit au renouvellement du contrat de bail lorsque la durée de l'occupation est d'au moins deux années consécutives. Cette condition ne sera pas requise s'il a déjà payé un montant en contrepartie du droit au bail.

Cependant, l'article 61 de la loi n° 17-04 portant code du médicament et de la pharmacie précise que, par dérogation aux dispositions de l'ancien article 5 du dahir de 1955 abrogé, le bénéfice du renouvellement du bail s'applique dès l'ouverture de l'officine. Une modification s'impose donc pour adapter l'article à la nouvelle loi.

Remarquons que la nouvelle loi a supprimé la condition de jouissance consécutive de quatre années que prévoit l'ancien texte. Or, si le bailleur refuse le renouvellement, il doit verser au locataire une indemnité égale au préjudice occasionné par l'éviction.

b- Le refus de renouvellement du bail commercial

Le bailleur a le droit discrétionnaire de refuser le renouvellement du bail commercial venu à terme. Un refus sans motif légitime exposera le bailleur au versement d'une indemnité d'éviction. Il en sera dispensé dans le cas de refus motivé.

Le locataire bénéficie malgré toute clause contraire du droit au renouvellement et son bail ne peut prendre fin que conformément aux dispositions de la loi n° 49-16.

Le bailleur souhaitant mettre un terme au contrat de bail doit mettre en demeure le locataire en précisant la raison qu'il invoque et accorder un délai pour l'éviction à compter de la réception de la mise en demeure :

- Délai de 15 jours si le motif est le non-paiement des mensualités locatives ou si le local menace de tomber en ruine.
- Délai de 3 mois dans les autres cas.

À compter de l'expiration du délai, le bailleur a le droit de saisir la justice pour l'homologation de la mise en demeure à l'intérieur d'un délai de 6 mois de la fin du délai accordé au locataire.

Le président du tribunal vérifie l'exactitude du motif justifiant le congé et se prononce conformément à la demande ou la rejette (sans possibilité d'accorder des délais additionnels comme c'était le cas sous l'ancienne législation).

En cours de procédure, le locataire a la possibilité de formuler une demande en indemnisation.

Dans ce cas, la décision d'éviction n'est exécutoire que sous réserve du dépôt du montant de l'indemnité dans un délai maximum de 3 mois, faute de quoi il sera considéré comme ayant renoncé à l'exécution.

Le locataire peut aussi introduire une action en indemnisation dans les 6 mois suivant la notification de la décision définitive d'éviction.

b.1 – Refus sans motif légitime

Le propriétaire des locaux peut opposer un refus à la demande de renouvellement et donner congé définitif. Cependant lorsque ce refus n'est pas motivé, il sera tenu de verser une importante indemnité d'éviction au locataire. Cette indemnité représente pour le locataire la contrepartie financière des avantages que lui aurait procuré le renouvellement.

Cette indemnité doit tenir compte des pertes subies par le locataire suite à son expulsion. L'indemnité pour refus non justifié est égale :

- à la valeur du fonds de commerce calculée sur la base des déclarations fiscales des quatre dernières années.
- A cela s'ajoutent, les frais d'aménagements et travaux réalisés par le locataire
- et les frais de déménagement.

Toutefois le bailleur dispose de la possibilité de prouver que le préjudice subi par le locataire est moindre sans que l'indemnisation ne soit inférieure au montant «du pas-de-porte».

La loi interdit aussi toute clause dans le contrat qui priverait le locataire d'une indemnisation sauf dans certains cas notamment s'il est débiteur d'au moins trois mois de loyer et qu'il ne s'en acquitte pas dans un délai de 15 jours à compter la réception d'une mise en demeure.

b.2 – Refus justifié

Le propriétaire peut refuser le renouvellement du bail sans être tenu au paiement d'aucune indemnité.

En effet, le bailleur ne sera pas tenu de payer cette indemnité d'éviction dans certains cas énumérés par l'article 8 de la loi 49-16 dont notamment :

- le défaut de paiement du loyer dans un délai de 15 jours à compter de la réception d'une mise en demeure envoyée par le bailleur,
- le changement d'activité du fonds de commerce sans l'accord du bailleur (sauf engagement de remettre les lieux en état dans les 3 mois),
- le fait d'opérer des changements sur les locaux sans l'accord du bailleur nuisant à l'immeuble et à sa sécurité ou augmentant ses charges (sauf engagement de remettre les lieux en état dans les 3 mois),
- la perte de la clientèle et de la réputation du fonds en cas de cessation d'activité suite à la fermeture du local pendant au moins 2 ans.
- Si le local péri du fait du locataire, de la force majeure ou du cas fortuit
- Sous-location en violation d'une stipulation contractuelle

L'éviction du locataire est possible lorsque le bailleur décide de démolir et de reconstruire le local.

Cependant, celle-ci est conditionnée par le paiement au locataire d'une indemnité égale à 3 années de loyer et la garantie de la reprise du bail lorsque les travaux seront achevés. Le locataire peut demander au juge d'astreindre le

bailleur à prendre en charge les frais d'attente. Le bailleur à un délai de 2 mois pour entamer les travaux à compter de la date d'éviction, faute de quoi, il devra payer au locataire l'indemnité d'éviction, sauf en cas de force majeure.

NB : Cas de reprise des locaux en cas d'impayés.

En vertu de l'article 32 de la nouvelle loi, le bailleur peut demander en référé la reprise des locaux, si ces derniers restent fermés ou sans usage pendant une durée de six mois, et si le locataire ne procède pas au paiement de son dû durant la même période. Dans ce cas, le président du Tribunal en sa qualité de juge des référés, peut ordonner l'ouverture du local et l'autorisation de sa restitution au propriétaire.

La demande du bailleur doit toutefois être accompagnée de certaines pièces justificatives : principalement le contrat de bail, les constatations prouvant la fermeture ou l'abandon du local (tout en précisant une date approximative) ainsi que la mise en demeure de respecter les obligations contractuelles adressées au locataire. Sur la base de cette demande, le juge ordonne une expertise afin de vérifier l'état de fermeture ou d'abandon des lieux.

Ensuite, le juge pourra ordonner l'ouverture du local et autoriser la restitution des locaux. Les effets de l'exécution de la décision intervenue en référé sont définitifs si l'absence du locataire se prolonge pendant une durée dépassant six mois à compter de la date de la décision, ce qui entraîne alors la résiliation du contrat de bail et la vente de l'ensemble des biens meubles aux enchères.

Toutefois, si le locataire apparaît pendant la procédure d'exécution, les mesures décidées seront automatiquement suspendues. Dans ce cas, le juge accorde au locataire un délai ne dépassant pas 15 jours afin de régulariser la situation, faute de quoi la procédure d'exécution se poursuivra.

Par contre, si le locataire apparaît après l'exécution de la décision judiciaire, ce dernier, après avoir prouvé qu'il a payé toutes ses dettes locatives, peut solliciter du président du Tribunal en sa qualité de juge des référés, de l'autoriser à une reprise de la situation contractuelle telle qu'elle était. Le

locataire peut également demander des indemnités pour tous les préjudices qu'il aurait subis suite à l'engagement d'une telle procédure à son encontre s'il démontre avoir payé régulièrement les loyers, sans omettre qu'il a également la faculté de demander la restitution du local, si ce dernier reste vide ou non exploité.

En cas d'indemnisation d'un locataire évincé, ce dernier devra s'acquitter de ses dettes auprès de ses créanciers inscrits au registre de commerce.

II- Les obligations du locataire :

Les obligations qui pèsent sur le locataire commerçant sont du même ordre que celles qui pèsent habituellement sur un locataire. Mais sa situation est originale en ce qui concerne le paiement des loyers, et le versement dans certains cas d'une rémunération supplémentaire, payée dès la conclusion du contrat et appelée « pas-de-porte ».

1- Le paiement des loyers

Les loyers et charges sont librement négociés entre les parties. Les charges sont présumées être comprises dans le loyer au cas où le contrat ne donnerait aucune précision.

Les conditions ouvrant au bailleur le droit de demander en référé la reprise des locaux et la résiliation du contrat de bail lorsqu'un locataire cumule trois mois de loyers impayés consistent dorénavant en l'existence d'une clause résolutoire dans le contrat et la preuve que le locataire ait vainement été mis en demeure de payer. Dans ce cas, le locataire évincé ne peut prétendre à aucune indemnité.

Les conditions de révision du loyer d'un local à usage commercial sont prévues par la loi 07-03 relative à la révision du montant du loyer des locaux à usage d'habitation ou à usage professionnel, commercial, industriel ou artisanal.

La loi 07-03 dispose que l'augmentation du loyer ne peut être que triennale, c'est-à-dire une fois toutes les trois années et ce, soit à compter de la

date de l'acte initial, soit à compter de la date de la dernière révision. Ladite loi fixe également un seuil d'augmentation plafonné à 10 % en ce qui concerne les locaux à usage commercial.

Exceptions : Cependant, la loi 49-16 a prévu des cas où la loi 07-03 ne trouve application notamment :

- Lorsque le locataire se réinstalle dans un immeuble reconstruit suite à une démolition en attendant la mise en place du nouveau contrat de bail qui sera fixé par voie conventionnelle ou judiciaire ;

- En cas de déspecialisation totale ou partielle, le propriétaire est en droit de demander la fixation d'un nouveau loyer, lequel prend effet à compter de la demande faite au tribunal ;

- Lorsque le loyer de la sous-location est supérieur au prix de la location principale, le propriétaire à la faculté d'exiger une augmentation du loyer de la location principale

- **Charges :** La nouvelle loi n'a pas fixé la liste des charges incomptant à chacune des parties, ce qui fait que l'ensemble des réparations et taxes peut être mis à la charge du locataire.

- **Clause résolutoire :** Contrairement à l'ancien régime, la nouvelle loi introduit une clause résolutoire où le pouvoir d'appréciation du juge semble réduit.

Ainsi en présence d'une clause résolutoire, le bailleur peut mettre en demeure le locataire défaillant n'ayant pas payé 3 mensualités.

Si cette mise en demeure reste infructueuse pendant 15 jours à compter de sa réception, il peut saisir le juge des référés pour constater la réalisation de la condition et ordonner la restitution du local

2- Le pas-de-porte

L'un des principaux apports de la loi sur le bail commercial concerne l'officialisation du principe du pas de porte (telle que nous l'avons traité dans le titre relatif aux conditions de renouvellement du bail).

En guise de rappelle, c'est une disposition importante car elle permettra de calculer l'indemnité en cas d'éviction d'un locataire qui ne peut être inférieure au montant du pas de porte. L'indemnité correspond à la perte du fonds de commerce et au dédommagement des transformations et des travaux de réparation et d'entretien du local. Il faut s'attendre à une avalanche de conflits au regard des difficultés actuelles en cas de rupture du contrat de bail.

Par conséquent, elle doit obligatoirement être inscrite sur le contrat de bail ou tout autre contrat sous seing privé.

L'autre barème pour calculer l'indemnité d'éviction porte sur les déclarations fiscales des quatre dernières années. Cette mesure est structurante en ce sens qu'elle devrait pousser les commerçants à plus de transparence dans leur comptabilité.

SECTION II

LES OPERATIONS RELATIVES AU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce est un bien. Comme tout élément actif du patrimoine il peut faire l'objet de nombreuses opérations.

Nous retiendrons parmi elles, les plus spécifiques et les plus courantes : la vente (Sous-section 1), l'apport en société (Sous-section 2), le nantissement (Sous-section 3), et la location gérance (Sous-section 4).

Sous-section 1

La vente du fonds de commerce

La vente du fonds de commerce est une opération plus complexe qu'une vente mobilière ordinaire, et même qu'une vente immobilière. Il convenait donc d'assurer la sauvegarde des intérêts en présence : ceux des parties contractantes, et ceux des tiers en l'occurrence les créanciers du vendeur.

C'est pour répondre à ces différentes exigences de protection que le législateur est intervenu. D'abord au travers du dahir du 30 Décembre 1914, ensuite au travers des articles 81 et suivants du nouveau code de commerce.

La vente du fonds de commerce est donc une opération rigoureusement réglementée. Nous en étudierons successivement les conditions (§ 1), puis les effets (§ 2).

§ 1 : Conditions de validité de la vente du fonds

La vente du fonds est soumise à des conditions de fonds, de forme et de publicité.

A- Conditions de fond

La vente de fonds de commerce est soumise aux conditions générales de validité des contrats et aux exigences propres au contrat de vente.

En conséquence :

- Le consentement doit être existant et non vicié par la violence, le dol ou l'erreur.
- Les parties doivent avoir la capacité commerciale.
- L'objet de la vente doit obligatoirement porter sur les éléments incorporels susceptibles d'attirer la clientèle. Facultativement, la cession peut porter sur tout ou partie des éléments corporels ou incorporels.
- Enfin comme dans tout contrat synallagmatique la cause doit exister et être licite.

La question se pose à propos de la nature de la vente du fonds de commerce. S'agit-il d'un acte civil ou d'un acte commercial. Elle est considérée comme un acte de commerce. Il ne s'agit pas d'un acte de commerce par nature puisque l'opération est isolée, et que les cessions de fonds ne sont pas énumérées par l'article 6 du code de commerce. Mais il s'agit assurément d'un acte de commerce par accessoire. Pour parvenir à cette qualification la théorie de l'anticipation doit ici se combiner avec la théorie de l'accessoire. En effet, on peut admettre que l'acte est commercial parce que fait par un futur commerçant pour les besoins de son futur commerce. Quel que soit le fondement de cette solution, elle permet en cas de litige de faire appel aux règles de preuve du droit commercial.

B- Conditions de forme

I- Les exigences formelles

Aux termes de l'article 81 du code de commerce, l'acte de vente doit être rédigé par écrit. Cet écrit peut être authentique ou sous seing privé et doit de plus être enregistré. Le droit d'enregistrement exigé est de 5%, calculé sur la valeur du fonds (Article 77 du code de l'enregistrement). En outre l'acte constatant la cession du fonds doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires :

- Le nom du vendeur.
- La date et la nature de son acte d'acquisition.
- Le prix de l'acquisition en spécifiant distinctement les prix des éléments incorporels, des marchandises et du matériel.
- L'état des inscriptions des priviléges et nantissement grevant les fonds.
- S'il y a lieu, le bail, sa date, sa durée, le montant du loyer actuel, le nom et adresse du bailleur.
- L'origine de la propriété du fonds.

II- Les sanctions des exigences formelles

Lorsque l'une des mentions prescrites par l'article 81 du code de commerce ne figure pas dans l'acte de vente, l'acquéreur peut demander l'annulation du contrat si l'absence de cette mention lui a porté préjudice. Lorsque les mentions figurant à l'acte sont inexactes, l'acheteur peut demander l'annulation du contrat ou la réduction du prix si cette inexactitude lui a porté préjudice.

Dans les deux cas, l'action doit être intentée dans un délai maximum d'un an à compter de la date de l'acte de vente.

III- Conditions de publicité

Elles sont destinées à renseigner les créanciers du cédant. L'acte doit être inscrit sous forme d'extrait au registre de commerce.

Cette inscription est publiée en entier et sans délai - mais la loi n'impose pas de délai de rigueur – par le secrétaire-greffier, dans le bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal où se trouve le fonds de commerce en cause. Cette insertion est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le huitième et le quinzième jour après la première insertion (Art. 83 du Code de Commerce).

Si la vente comprend des succursales, la publication doit être faite également dans un journal d'annonce légale au lieu du siège de ses succursales.

L'inobservation des formalités de publicité rend le paiement inopposable aux créanciers du vendeur.

§ 2 : Effets de la vente du fonds

Aux effets généraux du droit commun, viennent s'ajouter des effets spécifiques à la vente du fonds de commerce.

A- Effets de la vente à l'égard des parties

I- Obligations du vendeur

Le vendeur est tenu de la double obligation de délivrer le fonds qu'il vend, et de garantir l'acheteur contre l'éviction et les vices cachés.

1 – Obligation de délivrance

L'obligation de délivrance consiste pour le vendeur de mettre en possession l'acquéreur de tous les éléments du fonds énumérés dans le contrat.

Les modalités de la délivrance varient selon la nature des éléments du fonds. En ce qui concerne la clientèle, il est généralement prévu dans le contrat que le vendeur facilitera les rapports de son successeur avec elle, en la lui présentant et en l'assistant techniquement durant une phase de transition.

2 – Obligation de garantie

Il s'agit essentiellement de la garantie contre les vices cachés, et du fait personnel.

Sur le premier point le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue. Conformément aux règles de droit commun.

Sur le deuxième point, le vendeur est garant de l'éviction de son acheteur : garantie conforme au droit commun en ce qui concerne l'éviction du fait d'un tiers. La garantie du fait personnel prend la forme d'une interdiction de troubler l'acquéreur dans la jouissance paisible de l'exploitation. Il ne peut en conséquence se rétablir à proximité du fonds vendu. Le plus souvent l'acte de vente contient une clause de non concurrence ou de non rétablissement. Bien qu'elle fasse échec au principe de la liberté du commerce, une telle clause est néanmoins valable à condition qu'elle soit limitée dans le temps et dans l'espace. L'interdiction absolue, perpétuelle et générale est nulle.

II- Obligations de l'acheteur

L'obligation principale de l'acheteur est de payer le prix convenu, et les frais accessoires (droit de timbre des actes, des billets de fonds, droit d'enregistrement, frais de publication légale). Il doit également continuer les contrats de travail du personnel employé, cette obligation est une exception à l'effet relatif des contrats.

B- Les règles particulières

Ces règles ont pour but de protéger les intérêts des parties en présence.

I- La protection du vendeur

Afin de prémunir le vendeur contre le risque de non paiement, le législateur a créé à son profit un privilège et une action résolatoire.

1- Le privilège du vendeur

Le vendeur tant qu'il n'a pas été payé dispose d'un droit qui lui permet de se faire payer prioritairement sur le prix du fonds en cas de revente.

Pour bénéficier de ce privilège, celui-ci doit avoir été inscrit au registre de commerce (Article 92 du Code de Commerce).

Le privilège ne porte que sur les éléments du fonds de commerce énumérés dans la vente et dans l'inscription. A défaut de désignation précise, le privilège ne portera que sur les éléments incorporels notamment le nom commercial et l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage (Art. 92, al. 3). À peine de nullité, ce privilège doit être inscrit dans les 15 jours de la vente. Le privilège du vendeur confère à ce dernier un droit de préférence et un droit de suite.

a- Droit de préférence :

C'est-à-dire un droit de priorité sur le prix obtenu en cas de revente du fonds de commerce par l'acquéreur originaire ou de vente forcée qui permet au premier vendeur d'être payé avant les autres créanciers.

Aux termes de l'article 91 du Code de Commerce, al. 5, le privilège couvre successivement la partie du prix représentative des marchandises, puis celle afférente au matériel et enfin celle relative aux éléments incorporels.

Il en ressort que le privilège du vendeur ne garantit pas le paiement du prix global de ce fonds, il garantit le paiement du prix de chacune des composantes. Cette divisibilité du privilège est dérogatoire au droit commun des

sûretés réelles. Elle implique, pour que le privilège puisse jouer pleinement, que le prix ait été ventilé dans l'acte de vente et dans l'inscription.

Au cas de paiements partiels, la divisibilité du privilège du vendeur requiert que soit défini un ordre d'imputation.

Pour les paiements qui ont été effectués lors de la vente, autrement dit les paiements comptants, la loi ne pose aucune directive, il en résulte que les parties sont libres d'imputer ces paiements dans l'ordre qu'elles souhaitent.

Pour les paiements partiels effectués de manière différée, le code impose l'ordre d'imputation d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel.

Il est permis de regretter cette divisibilité du privilège car elle abouti à une réduction de son assiette naturelle.

a- Droit de suite:

C'est-à-dire la possibilité pour le vendeur de poursuivre le fonds en quelque main qu'il se trouve. Cela signifie que si le fonds a été revendu, le vendeur peut le saisir entre les mains du sous-acquéreur, pour le faire vendre en justice et se faire payer sur le prix de la vente.

2- L'action résolutoire

C'est le droit conféré au vendeur de faire résoudre la vente et de reprendre la possession du fonds. Pour produire effet, elle doit être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription du privilège prévue à l'article 92 du Code de Commerce. Le défaut d'inscription du privilège entraîne donc, vis-à-vis des tiers la perte de l'action résolutoire (Article 99 du Code de Commerce).

Comme le privilège, cette action est limitée aux seuls éléments qui font partie de la vente.

Le vendeur qui entend utiliser cette garantie doit la notifier aux créanciers inscrits sur le fonds (Art. 101 du Code de Commerce). Le jugement ne

peut intervenir que 30 jours après la notification. Cette notification est également exigée en cas de résolution de plein droit, ou si le vendeur a obtenu de l'acquéreur la résolution à l'amiable. La résolution encourue ou consentie ne deviendra définitive que trente jours après la notification ainsi faite (Article 102). Cette disposition a pour effet de permettre aux créanciers nantis de l'acquéreur d'éviter la résolution en désintéressant le vendeur.

Dans le cas où la résolution devient effective, le vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du fonds, même ceux pour lesquels le privilège serait éteint (1er alinéa de l'article 100 du Code de Commerce). Cette solution a pour but d'éviter la dislocation du fonds. Le vendeur est alors comptable, à l'égard de l'acheteur des éléments payés par ce dernier, et qui restent le gage des créanciers inscrits ou à défaut des créanciers chirographaires (Article 100, 2e al).

II - La protection de l'acheteur

La protection de l'acheteur se trouve assurée par les mentions à inscrire dans l'acte et destinées à renseigner sur la valeur réelle du fonds. En cas d'inexactitude de ces mentions, l'acheteur peut faire jouer le droit commun de la nullité relative pour dol (Article 52 du D.O.C). Si les inexactitudes sont non dolosives, on peut les assimiler à des vices cachés auquel cas elles donneront lieu soit à la résolution de l'acte, soit à la diminution du prix et l'attribution de dommages intérêts.

III - La protection des créanciers du vendeur

La publicité de la vente a pour but d'informer les créanciers qui disposent à compter de cette date de droits très efficaces.

1 – La publicité de la vente

Toute session de fonds de commerce doit faire l'objet d'une inscription au registre de commerce, et d'une publication au bulletin officiel, et ce, dans les quinze jours de la date de l'acte de la vente (Article 83, al. 4).

Cette publication est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le 8^e et le 15^e jour après la première insertion (Art. 83, al. 5).

2 – L'opposition des créanciers

Dans les quinze jours qui suivent la deuxième insertion, tout créancier même si sa créance n'est pas échue peut faire opposition à la remise du prix au vendeur (Art. 84, al. 1).

Cette opposition peut avoir lieu par simple lettre recommandée avec accusé de réception adressée au secrétaire-greffier du tribunal qui a reçu l'acte ou par dépôt de l'opposition auprès dudit secrétariat contre récépissé.

3- Surenchère du Sixième

Les créanciers disposent également d'un droit de surenchère s'ils estiment que le prix de vente du fonds ne correspond pas à sa valeur réelle. Ils peuvent donc demander que le fonds soit mis en vente aux enchères publiques, mais ils s'engagent à se porter acquéreurs pour le prix initial majoré du sixième de la valeur des éléments incorporels, si aucune autre offre n'est faite. Cela explique qu'en pratique les surenchères soient rares (Art. 94 du Code de Commerce).

Sous-section 2

L'apport en société du fonds de commerce

L'apport en société du fonds de commerce ressemble beaucoup à celui de la vente. En effet, dans les deux cas la propriété du fonds est transmise à titre onéreux. D'ailleurs un certain nombre de dispositions relatives à la vente sont applicables à l'apport à une société d'un fonds de commerce notamment les dispositions concernant les mentions obligatoires contenues dans l'acte, la garantie d'éviction et des vices cachés.

Toutefois une différence persiste entre les deux opérations. Elle concerne le mode de paiement. En effet, l'équivalent fourni à l'apporteur n'est pas ici une somme d'argent, mais des parts sociales ou des actions. Cette différence entraîne quelques modifications dans la situation des créanciers.

§ 1 : La publicité légale

L'apport d'un fonds de commerce à une société est soumis à la même publicité qu'au cas de vente : Deux insertions dans un journal d'annonces légales, et une insertion au bulletin officiel.

Le but de cette publicité n'est pas de permettre aux créanciers de l'apporteur d'exercer leur droit d'opposition ou de surenchère du sixième, puisqu'il n'y a pas versement de prix, mais de faire courir le délai d'une procédure spéciale dite de « **déclaration de créances** ».

En effet, dans les quinze jours de la dernière publication, les créanciers de l'apporteur doivent faire au greffe du tribunal de première instance, une déclaration indiquant leur qualité de créancier et la somme qui leur est due (Art. 104 du Code de Commerce).

Le créancier négligent perdra toute action contre la société, et sera réduit à une action personnelle contre l'apporteur seul.

Une telle procédure permet d'informer les associés de l'apporteur sur les créances inscrites qui gèrent le fonds, et ouvre un délai pendant lequel ils disposent d'une option.

§ 2 : L'option des associés

Les associés peuvent accepter ou refuser la reprise du passif déclaré :

- Les associés de l'apporteur peuvent dans les trente jours qui suivent la dernière insertion, former une demande d'annulation de l'apport ou de la société, devant le tribunal du lieu du siège social, qui appréciera s'il doit ou non prononcer la nullité. Si l'annulation est prononcée, le fonds tombe à nouveau dans le patrimoine de l'apporteur, qui demeure responsable personnellement du passif qui le grève.
- Mais les associés peuvent accepter l'apport en société du fonds de commerce. La société est alors tenue solidairement avec le débiteur principal du passif déclaré et dûment justifié (Art. 105, al. 1).

Au lieu d'avoir un seul débiteur, les créanciers en ont désormais deux : l'apporteur et la société. Cette double responsabilité protégera leurs intérêts, mais à l'inverse, elle fera peser sur la société une charge qui ne lui profite d'aucune manière.

Sous-section 3

Le nantissement du fonds de commerce

Le fonds de commerce à une valeur qui lui est propre. C'est cette valeur qui lui permettra de jouer le rôle de moyen de crédit. Il peut servir de garantie ou de gage au créancier prêteur.

En droit commun, le gage nécessite le dessaisissement du débiteur. Une telle solution n'est pas concevable pour le propriétaire d'un fonds de commerce qui ne peut s'en dessaisir sans mettre en péril l'acquittement de sa dette.

C'est pour pallier aux inconvénients de la dépossession en matière de gage ordinaire que le législateur a organisé le nantissement du fonds de commerce qui est une forme de gage sans dépossession.

Le nantissement le plus courant est le nantissement conventionnel, mais il existe d'autres nantissemens dits « particuliers » qui sont également très utilisés en pratique.

§ 1 : Le nantissement conventionnel du fonds de commerce

Le nantissement du fonds de commerce est organisé par l'article 106 et 5 du Code de Commerce.

Des conditions sont requises afin que le nantissement puisse produire ses effets à l'égard des parties et des tiers.

A- Les conditions du nantissement

I- Les conditions de fonds

L'assiette du nantissement dépend de la convention des parties, mais certains éléments sont nécessairement exclus.

1- Les éléments susceptibles d'être compris dans le nantissement

Il ressort de l'article 107 du code de commerce que seuls sont susceptibles d'être compris dans le nantissement les éléments énumérés dans l'article 80 à l'exclusion de la marchandise.

A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Dans le cas où le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège.

2- Les éléments exclus du nantissement

Sont exclus du nantissement :

- **Les marchandises** : En effet, celles-ci sont destinées à être vendues, or cela est incompatible avec la notion de gage qui voudrait que son objet reste le même. D'autre part, les comprendre dans la garantie interdirait leur aliénation laquelle est indispensable à la survie de l'entreprise. Enfin, le débiteur risque de se voir refuser tout crédit de la part de ses fournisseurs qui constateraient que la totalité de son fonds est englobé par le privilège du créancier nanti sur le fonds.

- **Les créances et les contrats qui leur donnent naissance** : Toutefois, les parties gardent la possibilité contractuelle de les inclure dans le nantissement dans les conditions de droit commun (les articles 194 et 195 du D.O.C).

- **Les livres de commerce et la correspondance**, lesquels ne sont pas du reste, considérés comme faisant partie du fonds.

- Le mobilier personnel de l'habitation du débiteur. Le nantissement porte sur le fonds de commerce. Par conséquent, le mobilier personnel ne peut être inclus dans le nantissement.

- L'immeuble où s'exploite le fonds de commerce. Il ne fait pas partie du fonds de commerce, et est soumis au droit foncier. Les droits qui le concernent doivent donc obligatoirement être inscrits sur le livre foncier pour qu'ils puissent produire valablement leurs effets.

En conséquence, le propriétaire du fonds est en même temps propriétaire de l'immeuble dans lesquels s'exploite le fonds et on doit, pour l'obtention d'un crédit, constituer deux sûretés réelles différentes : le gage concernant l'immeuble qui est en réalité une hypothèque immobilière soumise aux dispositions de la loi 39-08 formant code des droits réels et le gage concernant le fonds de commerce qui est un nantissement soumis aux dispositions de l'article 106 et 5 du Code de Commerce.

II- Les conditions de forme et de publicité

Aux termes de l'article 108, le contrat de nantissement est constaté par écrit authentique ou sous-seing privé. L'écrit est ici exigé comme condition de validité, et non à titre de simple preuve.

L'acte doit être enregistré, puis déposé dans la quinzaine de sa date au secrétariat du tribunal dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Au cas où le nantissement porte sur des droits de propriété industrielle, une inscription complémentaire doit être prise à l'office marocain de la propriété industrielle (OMPIC).

Cette inscription n'est pas soumise à la publication dans les journaux (Article 108, al. 3).

B- Les effets du nantissement

Le commerçant reste à la tête de son exploitation. Il conserve ainsi ses principales prérogatives d'administration et de disposition.

Le créancier nanti dispose quant à lui, d'un droit de préférence et d'un droit de suite, ainsi que de quelques garanties annexes. Mais il faut ici préciser que contrairement au droit commun du gage, le créancier nanti ne peut se faire attribuer le fonds en propriété (Article 106 du Code de Commerce).

I- Droit de préférence

1- Définition

Le droit de préférence est un droit qui permet au créancier nanti inscrit sur le fonds de commerce de se faire payer sur le prix du fonds avant les créanciers bénéficiaires d'un nantissement postérieur. Ainsi en cas de non paiement à l'échéance, le créancier nanti peut faire liciter son gage, c'est-à-dire procéder à la vente forcée du fonds de commerce. Son droit de préférence lui permet d'être payé avant les créanciers chirographaires et avant les créanciers bénéficiaires d'un nantissement postérieur (Art. 110 du Code de Commerce). Toutefois, le créancier nanti est primé par le privilège du vendeur, comme le sont le super privilège des salariés, le privilège du trésor public et celui des frais de justice.

2- Mise en œuvre

À défaut de paiement de la dette à l'échéance, le créancier gagiste peut, huit jours après sommation de payer faite au débiteur et au tiers détenteur s'il y a lieu, faire ordonner la vente du fonds qui constitue son gage.

Cette demande est portée devant le tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds. La décision ordonnant la vente est notifiée à toutes les parties intéressées (Art. 115) et s'ouvre alors un délai de 30 jours au terme duquel, faute de paiement, il est procédé à l'adjudication du fonds (Voir l'article 116 du Code de Commerce).

II- Droit de suite

1- Définition

C'est le droit de faire vendre le fonds de commerce en quelques mains qu'il se trouve, qu'il soit entre les mains du débiteur ou entre celles d'un acquéreur ou d'un sous-acquéreur du débiteur.

Toutefois, ce tiers acquéreur peut prendre les devants, et payer le montant total de la créance principale garantie par l'inscription. Il peut aussi user de la procédure de purge (anologue à celle qui existe en matière immobilière) en désintéressant les créanciers nantis et ne verser au vendeur que le reliquat du prix (Article 122).

2- La surenchère du dixième

Au cas où les créanciers nantis ne sont pas satisfaits par l'offre du prix, ils ont le droit de requérir du tribunal une mise en vente aux enchères publique d'un fonds de commerce (Article 123 C. Com).

Le créancier en se déclarant surenchérisseur, doit offrir un prix au moins égal au prix du précédent acquéreur augmenté de 10% sur la valeur des éléments incorporels. Cependant, il ne faut pas confondre cette surenchère avec la surenchère du sixième dont disposent les créanciers opposant en cas de vente de fonds.

La vente judiciaire du fonds de commerce opère purge de plein droit des créanciers inscrites et aucune surenchère n'est alors possible (Article 121).

§ 2 : Les nantissements particuliers

A- Le nantissement judiciaire de fonds de commerce

Il s'agit d'un nantissement qui permet de garantir les créanciers contre l'insolvabilité de leur débiteur commerçant.

En effet, en cas d'urgence, et si le recouvrement de la créance est en péril, le créancier peut demander en justice par voie de requête, un nantissement conservatoire. Le juge exerce à cet égard une appréciation souveraine.

B- Le nantissement conventionnel de l'outillage et du matériel d'équipement

Il s'agit d'une sûreté réelle mobilière, dont le but est de faciliter la modernisation du matériel industriel et commercial, sans grever le fonds dans son ensemble.

Le code de commerce applique à cette technique les dispositions des articles 355 à 377. Il écarte cependant de son domaine, les véhicules automobiles visés par le Dahir du 17 Juillet 1936 réglementant la vente à crédit des véhicules automobiles, les navires de mer visés par le Dahir du 31 Mars 1919 formant Code de Commerce maritime, ainsi que les bateaux de navigation fluviale, les aéronefs visés par le décret du 10 Juillet 1962 portant réglementation de l'aviation civile.

1- Conditions

Les formalités à observer sont voisines de celles du nantissement du fonds de commerce. L'acte de nantissement doit être constaté par un acte authentique ou sous seing privé (Article 356). Lorsqu'il est consenti au vendeur, il est donné dans l'acte de vente. Et lorsqu'il est consenti au prêteur qui avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur, le nantissement est donné dans l'acte de prêt.

À peine de nullité, le nantissement doit être conclu au plus tard dans le délai de 30 jours à compter du jour de la livraison du matériel d'équipement sur les lieux où il devra être installé.

Outre l'exigence de l'écrit, le nantissement doit faire l'objet d'une inscription, et ce, dans un délai maximum de 20 jours à compter de l'acte constitutif. Le privilège qui en résulte s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre spécial tenu au secrétariat greffe du tribunal dans le ressort duquel les biens nantis sont exploités (Article 357).

Lorsque l'acquéreur exerce une activité industrielle ou commerciale et se trouve à ce titre, immatriculé au registre du commerce, l'inscription de ce nantissement doit être également effectué au registre du commerce du tribunal où est inscrite son entreprise.

L'inscription régulièrement prise produit ses effets pendant cinq ans à compter de sa régularisation définitive. Elle cesse d'avoir effet si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai (Article 367).

2- Les effets

L'article 363 dispose que sous peine des sanctions d'emprisonnement et d'amende prévues à l'article 377, le débiteur qui avant le paiement ou remboursement des sommes garanties, veut vendre à l'amiable tout ou partie des biens grevés, doit solliciter le consentement préalable du créancier nanti, et à défaut l'autorisation du juge des référés.

Les peines d'emprisonnement de 6 mois à 2 ans et d'amende de 2 000 à 10 000 DHS menacent également tout acquéreur ou détenteur de biens nantis qui sciemment les détruit ou tente de les détruire, les détourne ou tente de les détourner, ou enfin les altère ou tente de les altérer, d'une manière quelconque, en vue de faire échec aux droits du créancier. Il en est de même des manœuvres frauduleuses tendant à anéantir le privilège du créancier.

Le créancier nanti dispose en outre d'un droit de préférence, et d'un droit de suite. Le premier lui accorde un rang privilégié dans l'encaissement de sa créance ou ce qui en reste dû. Le second lui permet de poursuivre et de saisir le bien en quelques mains où il se trouve. Afin d'éviter les aléas de la présomption de l'article 456 du D.O.C « En fait de meubles, la possession vaut titre », le

créancier nanti peut exiger l'apposition d'une plaque fixée à demeure d'une manière apparente sur le matériel grevé.

Sous-section 4

La location gérance du fonds de commerce

La location gérance est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce le donne en location à une autre personne, dite locataire gérant ou encore gérant libre. Ce dernier a la qualité de commerçant, et est soumis aux obligations qui en découlent.

§ 1 : La nature du contrat

La location gérance est un louage dont l'objet est le fonds de commerce, meuble incorporel. Dans la pratique, cependant, la location gérance risque d'être confondue avec deux autres contrats dont il convient de la distinguer.

A- Distinction de la location gérance et de la gérance salariée

La gérance salariée n'est pas un contrat de louage, mais de travail. Le propriétaire exploite son fonds par l'intermédiaire d'autrui à qui il verse un traitement. Dans la location gérance c'est le locataire gérant qui exploite le fonds pour son propre compte. Il acquiert la qualité de commerçant, et assume les risques de l'entreprise (il perçoit les bénéfices ou supporte les pertes).

La distinction peut soulever quelques difficultés lorsque le propriétaire et le gérant ont décidé de répartir entre eux les bénéfices du fonds. S'agit-il alors d'une gérance salariée ou d'une location gérance ? Pour résoudre la question, il convient de déterminer, par une analyse des clauses du contrat, qui prend en mains la direction de l'exploitation. Si celle-ci appartient au propriétaire, il s'agit d'une gérance salariée. Dans le cas contraire, d'une location gérance.

B- Distinction de la location gérance et du bail commercial

La location gérance est un contrat de louage dont l'objet est le fonds de commerce. Le bail commercial est un contrat de louage dont l'objet est l'immeuble. Cette différence entraîne des conséquences importantes. Elle empêche d'une part d'appliquer à la location gérance la législation sur les baux commerciaux. Elle interdit d'autre part, de considérer la location gérance d'un fonds exploité dans un immeuble loué comme une sous-location de cet immeuble.

§ 2 : Conclusion du contrat de gérance libre

Le contrat de gérance libre est soumis aux dispositions des articles 152 à 158 du Code de Commerce. Il en ressort l'obligation pour les parties de respecter certaines conditions de fond et de forme.

A- Les conditions de fond : Existence d'un fonds de commerce

Pour que la législation ait vocation à s'appliquer, il faut qu'il existe un véritable fonds de commerce. Il aurait été souhaitable pour éviter les locations gérance spéculatives de prévoir une période d'exploitation minimum (un ou 2 ans), avant que le propriétaire ne puisse être autorisé à donner son fonds en location gérance.

B- Les conditions de forme

Bien que le Code de Commerce n'impose pas la rédaction d'un écrit, celui-ci s'avère nécessaire. En effet, les prescriptions relatives à la publicité ne peuvent s'appliquer qu'à un écrit.

L'alinéa 2 de l'article 153 dispose dans ce sens que le contrat de gérance libre doit être publié dans la quinzaine de date, sous forme d'extrait au bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales.

Le bailleur est tenu soit de faire radier du registre de commerce, soit de faire modifier son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en gérance libre. La gérance donne lieu aux mêmes mesures de publicité.

C- Les effets du contrat

I- les effets à l'égard des parties

La location gérance étant un contrat de louage, l'essentiel des règles du bail prévu par le D.O.C s'appliquent. En conséquence, le propriétaire du fonds est tenu des obligations classiques de tout propriétaire. Il doit ainsi mettre le fonds à la disposition du gérant, à le garantir contre les vices cachés, et à lui en assurer une jouissance paisible. Sur ce dernier point, le contrat interdit au bailleur de se rétablir pendant la durée de la location à proximité du fonds. Il s'agit ici d'une véritable clause de non-concurrence ou de non rétablissement, qui fonctionne dans les mêmes conditions qu'en matière de vente de fonds de commerce.

De son côté, le locataire gérant est tenu d'exploiter le fonds conformément à sa destination. Il ne peut en principe ni en changer la nature, ni y adjoindre une activité nouvelle, ni procéder à son déplacement. Il doit en outre payer les redevances convenues, et supporter toutes les charges de l'exploitation.

II- Les effets à l'égard des tiers

En principe, le contrat de gérance libre ne produit ses effets à l'égard des tiers que lorsque la publicité en a été régulièrement effectué, et six mois après la date de la publication (Art. 155).

Outre cette règle de base, le code a instauré des mesures de faveur dans l'intérêt des créanciers. Trois situations peuvent être distinguées :

- Lorsque le contrat de gérance libre est de nature à porter préjudice aux créanciers du bailleur du fonds, le tribunal du ressort peut déclarer exigible les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation dudit fonds.

La demande tendant à déclarer l'exigibilité desdites créances doit à peine de forclusion être introduite dans le délai de trois mois à compter de la date d'insertion dans le bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales (Art. 152, al. 2 et 3).

Il faut noter ici que le délai de trois mois est prévu à peine de forclusion. Il ne peut faire l'objet d'aucune demande de suspension ou d'interruption, et ce, quelque soit les raisons qui sont à l'origine de l'inertie des créanciers.

- Parallèlement, la fin de la gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds contractés par le gérant libre pendant la durée de la gérance (Art. 157).

A la différence de la première hypothèse, les dettes du gérant libre deviennent automatiquement exigibles à la fin de la location, sans nul besoin d'une demande en justice.

En outre, jusqu'à la publication du contrat de location gérance dans un journal d'annonces légales et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le bailleur est solidiairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds (Art. 155). Cette disposition doit être interprétée de manière stricte. Les dettes contractées « à l'occasion de l'exploitation du fonds » doivent correspondre aux nécessités de l'exploitation, ce qui exclut les dettes qui n'ont pas une origine contractuelle, telles que les dettes de responsabilité civile délictuelle ou les dettes fiscales.

CHAPITRE II

LA PROPRIETE INDUSTRIELLE

Trois catégories de biens sont ouvertes à la possession des individus et des sociétés :

- la propriété immobilière, qui se rapporte au sol ou aux biens immobiliers ;
- la propriété mobilière, qui concerne des articles et objets spécifiques dont l'identification est possible ;
- la propriété intellectuelle, qui s'applique aux fruits ou au produit de la créativité humaine, et notamment la littérature, aux slogans publicitaires, aux chansons où à de nouvelles inventions. Par suite, toute propriété par la pensée, c'est-à-dire par l'activité intellectuelle, est appelée propriété intellectuelle.

Un grand nombre des droits de propriété communs la propriété immobilière et la propriété mobilière sont également à la propriété intellectuelle, qu'il est possible d'acheter, de vendre et de donner en licence et qui peut, de même, jouir d'une protection contre le vol ou les violations d'autrui. Il reste que son exploitation est sujette à certaines restrictions. Ainsi, l'acheteur du dernier livre à succès de John GRISHAM aurait le droit de le lire, de le vendre ou de le donner. Mais il n'aurait pas le droit de le photocopier, puis de distribuer et de vendre ces exemplaires. Ces droits restent l'apanage de l'auteur de l'œuvre et sont protégés par le régime juridique du droit d'auteur.

Pourquoi protéger la propriété intellectuelle ?

La propriété intellectuelle est un domaine du droit qui vise à protéger la connaissance par le travail humain pour stimuler et promouvoir le développement de la créativité. Les auteurs d'ouvrages et les compositeurs de chansons ne se lanceraient probablement pas dans une nouvelle entreprise créative sans les perspectives de profit que leur ouvrent leurs activités. Dans le cas où leur travail pourrait être détourné et vendu par d'autres, ils ne seraient pas incités à créer de nouvelles œuvres. De même, les pharmaceutiques n'investiraient pas des millions de dollars dans la recherche et la mise au point de

nouveaux médicaments, si elles n'avaient l'assurance que leurs inventions leur permettraient d'amortir ces coûts. Dès lors, la protection de la propriété intellectuelle profite non seulement à ses créateurs, mais aussi au public.

D'un autre côté, en bénéficiant de droits absous et perpétuels sur son invention ou sur son œuvre, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle jouirait d'un monopole et aurait la possibilité d'imposer pour son invention ou son œuvre des prix excessifs qui nuiraient au public. Le droit de la propriété intellectuelle tente de réconcilier ces objectifs contradictoires, afin que les droits des titulaires à récolter les fruits de leurs efforts et la demande du public pour un marché concurrentiel s'équilibrent. On considère habituellement que le terme de propriété intellectuelle recouvre un certain nombre de domaines séparés du droit, mais dont les chevauchements sont fréquents.

La propriété industrielle entre avec la propriété littéraire et artistique dans la catégorie plus vaste des propriétés intellectuelles, qui désignent des droits très variés dont le caractère commun est de résulter de l'activité créatrice de l'individu. On parle de propriété parce que le titulaire peut opposer son droit à tous et qu'il peut en disposer librement.

Mais cette propriété est très particulière ; elle porte sur une création industrielle et non sur une chose matérielle, elle n'est pas perpétuelle, mais limitée dans le temps.

Au Maroc, le texte de base régissant les droits de la propriété industrielle est la loi N° 17-97 promulguée par le Dahir du 15 Février 2000, (B.O du 16 Mars 2000, p. 135) telle que modifiée et complété par les lois n°31-05 et n°23-13. Elle vise plusieurs types de monopoles d'exploitation qui portent tous sur des créations originales en matière industrielle et commerciale. Enfin au sens de la loi 17-97, la protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'invention, les dessins et modèles industriels, les marques de fabrique, de commerce ou de service (section 1), les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés (section 2).

Elle porte également sur le nom commercial ainsi que les indications géographiques et les appellations d'origine qui ne feront pas l'objet de cette étude.

SECTION I

LES BREVETS D'INVENTION, LES DESSINS ET MODELES INDUSTRIELS, LES MARQUES DE FABRIQUE, DE COMMERCE OU DE SERVICE

Un brevet d'invention est un titre juridique qui, accordé par les autorités nationales, permet à son titulaire d'empêcher autrui de fabriquer, d'exploiter ou de vendre une invention. Les inventions, les dessins et modèles industriels ainsi que les marques de fabrique, de commerce ou de service entrent dans la catégorie des entités brevetables.

Les découvertes ou les inventions ne sont pas toutes éligibles à la protection du brevet. Cette protection du brevet bénéficie exclusivement à un procédé, une machine, une fabrication et une composition complexe de nature nouvelle et utile ou à toute amélioration innovante et utile et l'originalité de l'invention interdit de breveter une invention qui constitue uniquement un ajout ou une modification secondaire concernant une chose déjà existante ou connue.

De même, les dessins et modèles industriels ainsi que les marques de fabriques, de commerce et de service bénéficieront-elles aussi d'une protection adéquate permettant une exploitation exclusive de celui qui s'en revendique initiateur.

Nous verrons, dans ce qui suivra, les dispositions législatives encadrant les brevets d'invention (sous-section I), les dessins et modèles industriels (sous-section 2) ainsi que les marques de fabrique, de commerce ou de service (sous-section 3).

Sous-section I

Les brevets d'invention

Un brevet d'invention est un titre juridique qui, accordé par les autorités nationales, permet à son titulaire d'empêcher autrui de fabriquer, d'exploiter ou de vendre une invention. On compte trois catégories de brevets d'invention: les brevets d'utilité, les dessins et modèles et les brevets d'obtention végétale. Dans leur grande majorité, les brevets d'invention sont des brevets d'utilité, accordés pour des objets ou des méthodes utiles. Généralement, le bénéficiaire d'un brevet est l'inventeur initial, l'invention ou la découverte étant supposées n'être ni connues ni exploitées par autrui au Maroc, ni brevetées ni décrites dans une publication imprimée dans ce pays ou ailleurs.

§ 1 : Brevetabilité d'une invention

Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par l'organisme chargé de la propriété industrielle. Ce titre confère à son titulaire ou à ses ayants droit un droit exclusif d'exploitation de l'invention. Le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur ou à ses ayants droit sous réserve des dispositions de l'article 18 de la loi 17-97 relatif aux dispositions applicables à l'inventeur salarié. Si plusieurs personnes ont réalisé l'invention indépendamment l'une de l'autre, le droit au titre de propriété industrielle appartient à celle qui justifie de la date de dépôt la plus ancienne.

La délivrance du brevet est commandée par le respect de certaines conditions, les unes de fond, les autres de forme et de procédure.

A- Conditions de fond

Si l'on exclut la condition selon laquelle l'invention ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (Article 24, al, 1), deux exigences sont nécessaires à la brevetabilité de l'invention.

I- L'invention doit être brevetable

Les découvertes ou les inventions ne sont pas toutes éligibles à la protection du brevet d'utilité. La protection du brevet bénéficie exclusivement à un procédé, une machine, une fabrication et une composition complexe de nature nouvelle et utile ou à toute amélioration innovante et utile de ceux-ci. Par conséquent, l'inventeur doit démontrer le caractère utile et l'originalité de l'invention ou de la découverte. En général, le droit des brevets d'invention interdit de breveter une invention qui constitue uniquement un ajout ou une modification secondaire concernant une chose déjà existante ou connue.

Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen, avant la date de dépôt de la demande de brevet au Maroc, ou d'une demande de brevet déposée à l'étranger et dont la priorité est valablement revendiquée. Est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu des demandes de brevets déposées au Maroc, qui ont une date de dépôt antérieure et qui ont été publiées à cette date ou à une date postérieure.

Cependant par dérogation à ce que nous venons d'évoquer dans le paragraphe ci haut, la divulgation de l'invention n'est pas prise en considération dans les cas où elle a lieu dans les douze mois précédent la date du dépôt de la demande de brevet d'invention et a été effectuée, autorisée ou obtenue du titulaire de la demande de brevet d'invention. Aussi, elle ne sera pas prise en compte si toutefois elle résulte de la publication, après la date de ce dépôt, d'une demande de brevet d'invention antérieure qui résulte directement ou indirectement d'un abus évident à l'égard du demandeur ou de son prédécesseur

en droit. Enfin, si du fait que l'invention a été présentée pour la première fois par le demandeur ou son prédécesseur en droit dans des expositions internationales officielles ou officiellement reconnues, organisées sur le territoire de l'un des pays de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, dans un tel cas, la divulgation ne serait pas considérée. Toutefois, dans ce dernier cas, l'exposition de l'invention doit être déclarée lors du dépôt de la demande

Certain articles ne bénéficient pas de la protection des brevets. Par exemple, le simple agencement d'éléments imprimés, une substance naturelle, certaines méthodes appliquées pour faire des affaires et un principe scientifique ne font pas partie des éléments brevetables.

De même ne seront également pas brevetables les inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal sauf s'il s'agit de substances ou compositions pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes, les variétés végétales ou les races animales (avec quelques exceptions) ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou de sélection de races d'animaux exceptés les procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés.

Les inventions portant sur les variétés végétales ou les races animales sont brevetables lorsqu'elles ont pour objet soit une matière biologique isolée de la variété végétale ou de la race animale ou produite à l'aide d'un procédé technique, soit des végétaux ou des animaux si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminée, soit d'une variété végétale nouvelle qui n'a pas fait l'objet d'une demande de certificat d'obtention végétale conformément à la législation en vigueur en matière de protection des obtentions végétales.

Les brevets d'invention favorisent le bien commun, dans la mesure où la protection qu'ils dispensent encourage les inventeurs. En échange de la

description complète qu'il donne de l'invention dans sa demande de brevet, l'inventeur bénéficie d'un délai exclusif mais limité, pour l'exploiter. Après l'expiration du brevet, tout individu est libre d'exploiter, de fabriquer ou de vendre l'invention. C'est dire que le droit des brevets établit un équilibre entre le besoin de protéger les inventeurs et celui d'assurer l'accès du public à des découvertes importantes.

II- L'invention doit être susceptible d'application industrielle

Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle lorsqu'elle présente une utilité déterminée, probante et crédible. En d'autres termes, cela signifie que l'invention doit concourir à la production de biens ou de résultats techniques (Voir l'article 22). Ainsi, ne sont pas brevetables les théories scientifiques, les méthodes mathématiques, les créations esthétiques, 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'ordinateurs (Art. 23), les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humains ou animal et les méthodes de diagnostic (Art. 24).

La loi prévoit que l'inventeur peut pendant toute la durée du brevet apporter à l'invention des perfectionnements ou additions qui seront constatés par des certificats d'additions délivrés dans les mêmes conditions que le certificat principal, et produisant les mêmes effets que ce dernier.

Les brevets d'utilité sont les plus courants et concernent une gamme étendue d'inventions et de découvertes (machine à écrire, automobile, machine à coudre etc.). En effet, qui invente ou découvre un procédé, une machine, une fabrication ou une composition complexe nouvelle et utile ou toute amélioration nouvelle et utile de celles-ci peut la faire breveter. En d'autres termes, Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par l'organisme chargé de la propriété industrielle. Ce titre confère à son titulaire ou à ses ayants droit un droit exclusif d'exploitation de l'invention. Le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur ou à ses ayants droit sous

réserves des dispositions de l'article 18 de la loi 17-97 réglementant les droits de l'inventeur salarié. Si plusieurs personnes ont réalisé l'invention indépendamment l'une de l'autre, le droit au titre de propriété industrielle appartient à celle qui justifie de la date de dépôt la plus ancienne. Par conséquent, le titre de propriété industrielle protégeant les inventions est le brevet d'invention, délivré pour une durée de protection de vingt ans à compter de la date de dépôt de la demande.

A l'inverse des idées, les méthodes sont brevetables. Un procédé est une méthode visant à produire un résultat donné. Il constitue une action ou une série d'actions effectuées sur la matière en vue de la transformer et de la ramener à un état différent. Nouveau et utile, il est tout aussi brevetable qu'un élément de machinerie. La délivrance d'un brevet peut porter sur un procédé nouvellement mis au point ou sur une nouvelle utilisation d'un procédé déjà connu. Citons quelques exemples de procédés brevetés : le chromage; la méthode de fabrication de diamants synthétiques; les procédés de vulcanisation du caoutchouc indien, de fusion du mineraï, de tannage et de teinture; le procédé de levure breveté par Louis Pasteur en 1873; le procédé de Clarence Birdseye pour emballer les aliments congelés.

Les autres catégories de brevets d'utilité (machines, fabrications et compositions complexes) sont toutes des produits ou des articles. Une machine est un mécanisme qui réalise un résultat, tel une machine à coudre ou une machine à écrire. Une fabrication inclut tout ce qui est l'œuvre d'humains. On dit fréquemment que la catégorie des « fabrications » est une classe attrape-tout englobant des procédés ou des articles qu'il n'est pas facile de classer comme des machines, des compositions complexes ou des méthodes. Une composition complexe combine au moins deux matériaux chimiques ou autres au sein d'un produit, tel un diamant synthétique ou le tissu connu sous le nom de polyester. Une invention peut également se composer d'une utilisation nouvelle d'un procédé, d'une machine, d'une fabrication ou d'une composition complexe, pour

autant que cette nouvelle utilisation représente un changement signification par rapport à l'invention originale.

B- Conditions de forme et de procédure

La demande ou dépôt du brevet est une opération réalisée par celui qui veut s'assurer le monopole d'exploitation. Mais elle peut l'être également par un tiers à qui l'inventeur a cédé le droit de demander le brevet. Le dépôt est normalement fait auprès de l'office marocain de la propriété industrielle (OMPIC) qui se charge de l'examen de la régularité de la demande, et de la délivrance du brevet.

I- La demande du brevet

La demande se présente sur la forme d'un dossier comprenant les éléments suivants :

- Une requête qui est la demande proprement dite.

Il s'agit du renseignement d'un formulaire de dépôt de demande de brevet d'invention dont le contenu n'est fixé par fixé par la loi 17-97. Une disposition réglementaire a été prévue à cet effet.

- Une description de l'invention.

Cette description est éventuellement assortie de dessins ou d'échantillons qui définissent l'étendue de la protection. L'invention de l'invention comprend l'indication du domaine technique auquel se rapporte l'invention; l'indication de l'état de la technique antérieur, connu du demandeur, pouvant être considéré comme utile pour la compréhension de l'invention; un exposé de l'invention, telle que caractérisée dans les revendications, permettant la compréhension du problème technique ainsi que la solution qui lui est apportée; sont indiqués, le cas échéant, les avantages de l'invention par rapport à l'état de la technique antérieure; une brève description des dessins s'il en existe; un exposé détaillé d'au moins un mode de réalisation de l'invention; l'exposé est en principe assorti d'exemples et de références aux dessins, s'il en existe et enfin l'indication de la

manière dont l'invention est susceptible d'application industrielle, si cette application ne résulte pas à l'évidence de la description ou de la nature de l'invention.

La description de l'invention doit exposer l'invention d'une façon suffisamment claire et complète en divulguant des informations suffisantes permettant à un homme du métier, sans expérimentation excessive, d'exécuter l'invention connue de l'inventeur à la date du dépôt. Lorsqu'une invention concerne l'utilisation d'un micro-organisme auquel le public n'a pas accès et qui ne peut être décrite de manière à permettre à l'homme du métier d'exécuter cette invention, sa description n'est jugée suffisante que si le microorganisme a fait l'objet d'un dépôt auprès d'un organisme habilité. Les modalités d'application du présent alinéa sont fixées par voie réglementaire.

- Une ou plusieurs revendications

Les revendications définissent l'objet de la protection demandée en indiquant les caractéristiques techniques de l'invention. Une revendication ne peut, sauf absolue nécessité, se fonder pour exprimer les caractéristiques techniques de l'invention, sur de simples références à la description ou aux dessins. Les revendications doivent être claires, concises et fondées sur la description. Une invention revendiquée est suffisamment étayée par les informations divulguées lorsque lesdits renseignements montrent raisonnablement à un homme du métier que le demandeur était en possession de l'invention revendiquée, à la date du dépôt de la demande de brevet de l'invention.

- Un abrégé du contenu technique

L'abrégé du contenu technique de l'invention est établi exclusivement à des fins d'information. Il ne peut être pris en considération à d'autres fins, notamment pour apprécier l'étendue de la protection demandée ou sa nouveauté. Cet abrégé doit être concis et peut être accompagné d'un dessin récapitulatif. L'intitulé doit caractériser l'objet de l'invention. Il doit faire apparaître de

manière claire et concise la désignation technique de l'invention et ne comporter aucune dénomination de fantaisie.

- La justification des droits exigibles.

La formalité de la demande permet en outre de préciser les revendications de son auteur. Aux termes de l'article 35, les revendications définissent l'objet de la protection demandée en indiquant les caractéristiques techniques de l'invention. Une revendication ne peut, sauf absolue nécessité, se fonder pour exprimer les caractéristiques techniques de l'invention sur de simples références à la description ou aux dessins.

Enfin, La date de dépôt de la demande de brevet est celle à laquelle le déposant ou son mandataire a produit le formulaire de demande ainsi qu'une description de l'invention et/ou une partie de cette description. Le dossier de demande de brevet ne comportant pas lesdites pièces n'est pas recevable.

II- La délivrance du brevet

Avant la délivrance du brevet, l'OMPIC procède à la régularité en la forme de la demande. Si la demande est conforme, après 18 mois, le brevet est délivré aux risques et périls du demandeur et sans garantie, soit de la réalité de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description, soit du mérite de l'invention (Art. 47).

Cependant, la délivrance du brevet ne le met pas à l'abri de toute contestation ultérieure. En effet, les tiers peuvent ensuite la remettre en cause devant les tribunaux. Et la décision d'annulation d'un brevet est dotée d'un effet absolu.

L'organisme chargé de la propriété industrielle publie le brevet d'invention délivré comprenant la description, les dernières revendications, les dessins s'il en existe et le rapport de recherche définitif accompagné de l'opinion sur la brevetabilité. Sur demande du déposant ou son mandataire, l'organisme chargé de la propriété industrielle lui délivre le titre du brevet d'invention. Le numéro et

la date de la délivrance du brevet d'invention sont inscrits au registre national des brevets. Toute personne intéressée peut, après publication d'une demande de brevet d'invention ou délivrance du brevet d'invention, obtenir sur demande écrite, une copie de ladite demande ou dudit brevet d'invention. La mention de la délivrance du brevet d'invention est publiée dans le catalogue officiel des brevets d'invention.

§ 2 : Obligations du titulaire du brevet

Le titulaire du brevet assure deux sortes d'obligations :

A- Le paiement des annuités

Les taxes annuelles (faible montant), sont dues pour chaque brevet. Elles ne sont pas dues pour les certificats d'addition. La première annuité est due au jour du dépôt de la demande. Les annuités suivantes, sont échues le dernier jour du mois anniversaire de dépôt. La dernière est échue le 19ème anniversaire du dépôt.

Les droits exigibles pour le maintien en vigueur d'un brevet d'invention sont acquittés à l'organisme chargé de la propriété industrielle pour les années qui suivent celle au cours de laquelle le brevet d'invention a été délivré. Le titulaire d'un brevet d'invention qui n'a pas acquitté les droits exigibles pour le maintien en vigueur de ses droits dans les délais prescrits encourt la déchéance desdits droits. Toutefois, le paiement des droits exigibles peut être valablement effectué pendant un délai supplémentaire de six mois courant à compter de la date de son échéance.

Aussi, lorsque le paiement des droits exigibles n'a pas été effectué à la date de son échéance, un avertissement est adressé par l'OMPIC au titulaire du brevet, ou à son mandataire, lui indiquant qu'il encourt la déchéance de ses droits si le paiement n'est pas effectué avant l'expiration du délai de six mois prévu au précédent alinéa.

Cependant, cet avertissement de l'OMPIC ne peut en aucun cas engager sa responsabilité et par conséquent, ne constitue pas une cause de restauration des droits du titulaire du brevet.

Est déchu de ses droits le titulaire d'un brevet qui n'a pas acquitté les droits exigibles à l'expiration du délai de six mois (article 83, loi 17-97).

La déchéance des droits du titulaire du brevet pour défaut de paiement des annuités est constatée par une décision écrite et motivée de l'OMPIC au titulaire du brevet ou à son mandataire. Cette déchéance prend effet à la date de l'échéance du paiement non effectué. Une mention de la décision de constatation de la déchéance est inscrite au registre national des brevets.

Toutefois, le titulaire du brevet peut, dans les trois mois courant à compter de la date de notification de la décision de déchéance, présenter un recours devant l'OMPIC en vue d'être restauré dans ses droits s'il justifie d'une excuse légitime du non acquittement des droits exigibles. La restauration des droits peut être accordée par décision écrite de l'OMPIC sous réserve que lesdits droits exigibles soient acquittés avant l'expiration du délai de trois mois prévu. Une mention de la décision de restauration des droits est également inscrite au registre national des brevets sur lequel est portée en outre mention de la date du paiement des droits exigibles.

B- L'exploitation de l'invention

Le titulaire du brevet doit exploiter son invention trois ans après la délivrance du brevet.

Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet d'invention prennent effet à compter de la date du dépôt de la demande de brevet et confèrent à leur titulaire ou à ses ayants droit le droit exclusif d'exploitation.

L'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins peuvent servir à interpréter les revendications. Si l'objet du brevet porte sur un procédé, la

protection conférée par le brevet s'étend aux produits obtenus directement par ce procédé.

Sont interdites, à défaut du consentement du propriétaire du brevet :

- la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit objet du brevet;
- l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire marocain;
- l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet.

Est également interdite, à défaut du consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire marocain, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie. Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive, ainsi que d'une mise en gage. Les droits conférés par la demande de brevet ou le brevet peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence imposée par la loi.

Enfin, la défaut d'exploitation d'un brevet après l'expiration d'une période de trois ans entraîne sanction. La sanction du défaut d'exploitation consiste dans la déchéance des droits du breveté, ou dans l'octroi d'une licence obligatoire. Ces sanctions n'atteignent pas le breveté s'il justifie d'excuses légitimes (Art. 60).

A côté des brevets d'invention, subsistent les dessins et modèles industriels dont nous verrons le régime de protection.

Sous-section II

Les dessins et modèles industriels

Les dessins et modèles sont des créations qui ont un caractère esthétique, qui donnent au produit une certaine originalité, et une forme plus attrayante. Leur appropriation peut être assurée par les voies de la propriété industrielle (Les articles 104 à 132).

La loi organise d'abord le dépôt des dessins et modèles. Elle détermine ensuite les droits conférés par ce dépôt.

§ 1 : Dépôt des dessins et modèles

Les dessins et modèles, pour être protégés par les dispositions de la loi 17-97, doivent respecter non seulement des conditions de fond (A) mais également des conditions de formalités prescrites par la loi précitée (B).

A- Les conditions de fonds

Les conditions de fond que doivent respecter tout dessin et modèles industriels se résument à leur formes apparentes (I), nouvelles (III) et ne constituant pas une invention brevetable (III).

I- La forme doit être apparentée

C'est en effet une fonction esthétique qui est protégée. Il faut par conséquent que la création soit sensible au regard. L'article 104 de la loi précise dans ce sens « qui est considéré comme dessin industriel tout assemblage de lignes ou de couleurs, et comme modèle industriel, toute forme plastique, associée ou non à des lignes ou à des couleurs, pourvu que cet assemblage ou cette forme donne une apparence spéciale à un produit industriel ou artisanal et puisse servir de type pour la fabrication d'un produit artisanal ou industriel ».

II- La forme doit être nouvelle

La loi ne protège que les créations qui apportent quelque chose de nouveau à la société. Un dessin ou un modèle industriel présente un caractère de nouveauté ou une physionomie propre et nouvelle si l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle rendu accessible au public par une publicité ou tout autre moyen, avant la date de son dépôt ou, le cas échéant, avant la date de priorité valablement revendiquée. Aux termes de l'article 105 un dessin ou modèle industriel est nouveau s'il n'a pas été rendu accessible au public avant la date de son dépôt. Cependant, un dessin ou modèle n'est pas considéré comme rendu accessible au public par le seul fait que, dans les six mois précédent la date de son dépôt, il a figuré pour la première fois dans une exploitation internationale officielle organisée sur le territoire de l'un des pays de l'union internationale pour la protection de la propriété industrielle.

III- La forme ne doit pas constituer une invention brevetable

Lorsque le même objet constitue une invention brevetable, et un dessin ou modèle industriel nouveau, et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou modèle industriel sont inséparables de ceux de l'invention, ledit objet ne peut être protégé que comme conformément aux dispositions applicables aux brevets d'inventions (Article 108).

B- Procédure

Le droit de la propriété intellectuelle sur le dessin ou modèle s'acquiert par le dépôt et l'enregistrement à l'OMPIC. Cependant le dépôt n'a pas la même portée qu'en matière de brevets d'invention. En effet, le dépôt est ici déclaratif et non attributif de droit. La propriété d'un dessin ou modèle industriel appartient à celui qui l'a créée ou à des ayants droit, mais le premier déposant est présumé jusqu'à preuve contraire en être le créateur (Article 106).

I- Objet du dépôt

Le dépôt se fait auprès de l'organisme chargé de la propriété industrielle. Sous peine d'irrecevabilité, le dossier de dépôt doit comporter une demande de dépôt de dessin ou modèle industriel mentionnant l'objet du dessin ou modèle industriel et doit comporter également une reproduction graphique ou photographique en trois exemplaires des dessins ou modèles industrielles et l'intitulé des reproductions graphiques ou photographiques qui s'y rapportent. Cette reproduction peut être accompagnée d'une brève description. Enfin, le dossier doit compter la justification des droits exigibles (Art. 114).

Le dossier de dépôt du dessin ou modèle industriel ne comportant pas les pièces requises n'est pas recevable au moment du dépôt. Le déposant ou son mandataire dispose alors d'un délai de trois mois à compter de la date de son dépôt pour régulariser son dossier. Dans le cas contraire, et lorsque le dossier est recevable, la demande est inscrite par ordre chronologique des dépôts au registre national des dessins ou modèles industriels avec une date et un numéro de dépôt.

Le même dépôt peut porter jusqu'à cinquante dessins ou modèles industriels sous réserve que lesdits dessins ou modèles industriels soient du même genre (Art. 114).

II- Durée du dépôt

L'enregistrement d'un dessin ou modèle industriel produit ses effets durant une période de cinq années (5) à compter de la date de dépôt. A la demande du déposant, elle peut faire l'objet de quatre (4) prorogations successives qui donnent lieu aux mêmes conditions et formalités que le premier dépôt (Art. 122). Dans tous les cas, le droit exclusif d'exploitation attaché au dessin ou modèle industriel prend fin à l'exploitation d'un délai de vingt cinq (25) ans à compter de la date du dépôt initial (Art. 129).

§ 2 : Droits conférés par le dépôt

A- Titulaire du droit

La propriété d'un dessin ou modèle industriel appartient à celui qui l'a créée. C'est là une différence importante avec le brevet qui appartient au premier déposant et non à l'inventeur.

Cependant comme on l'a souligné précédemment le premier déposant du dessin ou modèle industriel est présumé jusqu'à preuve contraire, en être le créateur (Art. 106). Cette disposition reflète le caractère déclaratif et non attributif du dépôt. Le déposant ne jouit que d'une présomption de propriété.

B- Contenu du droit

Le créateur d'un dessin du modèle industriel dispose à compter du dépôt, d'un monopole d'exploitation. Il peut donc commercialiser lui-même son œuvre, ou en transférer les droits soit au moyen d'une cession soit au moyen d'une licence.

Le respect du monopole est assuré par une action en contrefaçon, puisque la contrefaçon de dessins ou modèles industriels constitue une faute civile, et un délit pénal (Art. 219 à 221).

Sous-section III

Les marques de fabrique, de commerce ou de service

La marque est le signe qui permet de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux offerts par la concurrence.

La marque est donc un moyen d'attirer et de retenir la clientèle, et se rapproche de ce point de vue du non commercial et de l'enseigne. Elle s'en distingue toutefois, en ce que le nom commercial sert à identifier l'entreprise, et l'enseigne sert à individualiser l'établissement ou la boutique, alors que la marque sert à individualiser un produit ou un service.

La réglementation des marques résulte en droit marocain des articles 133 et suivants de la loi N°17/97. Elle conduit à distinguer la protection des marques (sous-section 1), leur exploitation (sous-section 2), ou leur transmission (sous-section 3).

§ 1 : La protection des marques

Pour bénéficier de la protection juridique, la naissance d'une marque est soumise à des conditions tenant à la fois à son choix (§ 1) et aux formalités que le titulaire doit remplir (§ 2).

A- Conditions de validité des marques

Pour qu'elle soit reconnue et légalement valable, une marque doit satisfaire à quatre conditions.

I- La marque doit être distinctive

En d'autres termes, elle doit permettre de distinguer un produit ou un service de la masse des produits ou services analogues. Pour cela la marque doit présenter une certaine originalité, et n'être ni générique ni descriptive : générique elle constitue l'appellation habituelle du produit ou du service (Frigidaire, Masculin, Epli, Caoutchouc mousse...); Descriptive, elle ne fait qu'énoncer la qualité essentielle du produit (Fraises de plougastel, Gaine

anticellulite...) Dans les deux cas, l'appellation ne permet pas de distinguer le produit des autres, et il serait inconcevable de leur assurer une protection, privant ainsi les concurrents de la possibilité d'informer le consommateur des qualités de leurs produits (Art. 134).

II- La marque doit être nouvelle

Un signe ne peut être déposé que lorsqu'il est disponible, c'est-à-dire non adopté antérieurement par un tiers pour les mêmes produits.

On parle de l'exigence de « nouveauté », qui revêt ici un sens différent de ce qu'elle signifie en matière de brevet ou de dessins et modèles.

En effet, pour ces derniers, la nouveauté est absolue, alors qu'en matière de marques la nouveauté est relative. La marque doit simplement être disponible au moment où le titulaire en prend possession.

III- La marque ne doit être ni déceptive ni frauduleuse.

Est déceptive une marque qui risque de tromper le public sur l'origine ou sur la nature du produit (Mokalux pour un café de second choix (Ex : Geneva pour des montres qui n'étaient pas suisses) (Art. 136).

IV La marque ne doit pas être illicite ou immorale

En vertu de l'article 135 de la loi, les signes obscènes ou contraires à la morale et à l'ordre public ne sont pas admis au dépôt.

B- Acquisition du droit a la marque

Aux termes de l'article 140, le droit de propriété (ou de copropriété en cas de marque collective) s'acquierte uniquement par l'enregistrement. Cet enregistrement donne lieu à l'établissement d'un titre de propriété industrielle appelé « Certificat d'enregistrement de marque de fabrique, de commerce ou de service » (Art. 143 al. 2). Toute personne souhaitant obtenir un certificat d'enregistrement d'une marque doit déposer auprès de l'organisme chargé de propriété industrielle un dossier de dépôt de marque de fabrique, de commerce

ou de service dans les conditions légales. Le dépôt peut être fait par le déposant sur support traditionnel ou encore sous forme électronique selon les conditions ou formalités réglementaires.

Par exception aux dispositions de l'article 143, la marque notoire peut être protégée en l'absence d'enregistrement. En effet, l'article 142 ouvre pendant les trois années qui suivent l'enregistrement une action en revendication : « Si un enregistrement a été demandé en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice. A moins que le déposant ne soit de mauvaise foi, l'action en revendication se prescrit par trois ans à compter de la date de l'enregistrement de la marque au registre national des marques ».

Le titulaire de la marque est protégé contre toute atteinte à son droit par une action en contrefaçon.

Outre le titulaire de la marque, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation sur la marque peut, sauf stipulation contraire du contrat, agir lui-même en contrefaçon (Art. 202).

Lorsque le tribunal est saisi d'une action en contrefaçon, son président saisi et statuant en la forme des référés, peut interdire à titre provisoire, sous astreinte, la poursuite des actes argués de contrefaçon, ou subordonner cette poursuite à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du propriétaire de la marque ou du bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation (Art. 203).

Des sanctions pénales pour contrefaçon ou initiation frauduleuse de marque sont prévues par les articles 225 à 229 de la loi. Elles sont de deux à six mois d'emprisonnement et d'une amende de 50.000 à 500.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement prévues par la loi. Elles vont de l'emprisonnement et (ou) l'amende à la destruction des objets contrefaits (Voir les articles 225, 226, 227 et 228).

§ 2 : L'exploitation et transmission des droits de la marque

A- L'exploitation de la marque

Une fois l'enregistrement de la marque acquis, le déposant est investi d'un monopole d'exploitation qui produit ses effets pendant dix ans mais, qui à la différence de celui conféré par le brevet d'invention est indéfiniment renouvelable (Art. 152). L'intérêt général n'exige pas, en effet, que la marque tombe au bout d'un certain temps dans le domaine public.

Le titulaire d'une marque est tenu d'une obligation d'exploitation.

En effet, en court la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui sans justes motifs, n'en a pas fait usage sérieux pendant une période ininterrompue de cinq ans (Art. 163). Est assimilée à une exploitation sérieuse :

- a) l'usage fait avec le consentement du propriétaire,
- 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.

B - Transmission des droits

Les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie, indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter. Ils peuvent ainsi faire l'objet d'une concession de licence exclusive ou non exclusive, ainsi que d'une mise en gage (Art. 156).

Tous les actes transmettant, modifiant ou affectant les droits attachés à une marque enregistrée doivent pour être opposable aux tiers, être inscrits sur un registre dit registre national des marques tenu par l'organisme chargé de la propriété industrielle (Art. 157).

Toutefois, avant leur inscription, les actes transmettant, modifiant ou affectant les droits attachés à une marque enregistrée sont opposables aux tiers qui ont acquis des droits après la date de ces actes mais qui avaient connaissance

de celui-ci lors de l'acquisition de ces droits. Les actes modifiant la propriété d'une demande d'enregistrement de marque ou d'une marque enregistrée ou la jouissance des droits qui lui sont attachés, tel que cession, constitution ou cession d'un droit de gage ou renonciation à ce dernier, saisie, validation et main levée de saisie, sont inscrits auprès de l'organisme chargé de la propriété industrielle à la demande de l'une des parties à l'acte.

De même, tout changement de nom ou d'adresse du titulaire affectant une demande d'enregistrement de marque ou une marque enregistrée est inscrit au registre national des marques. Pour l'inscription des mentions consécutives à une décision judiciaire devenue définitive, le secrétariat greffe adresse dans un délai de quinze jours à compter de la date de ladite décision à l'organisme chargé de la propriété industrielle, en expédition complète et gratuite, les décisions relatives à l'existence, l'étendue et l'exercice des droits attachés à la protection prévue par le présent titre.

SECTION II

LES SCHEMAS DE CONFIGURATION (TOPOGRAPHIES) DE CIRCUITS INTEGRES

A coté du brevet d'invention, des dessins et modèles ainsi que les marques de fabrique, de commerce et de service, subsiste une catégorie de propriété intellectuelle protégée par les dispositions de la loi 17-97. Il s'agit des schémas de configuration (topographie) de circuits intégrés.

Au terme de l'article 90 de la loi 17-97, on entend par :

- **schéma de configuration (topographie)** : la disposition tridimensionnelle, quelle que soit son expression, des éléments, dont l'un au moins est un élément actif, et de tout ou partie des interconnexions d'un circuit intégré, ou une telle disposition tridimensionnelle préparée pour un circuit intégré destiné à être fabriqué;
- **circuit intégré** : un produit, sous sa forme finale ou sous une forme intermédiaire, dans lequel les éléments, dont l'un au moins est un élément actif,

et tout ou partie des interconnexions font partie intégrante du corps et/ou de la surface d'une pièce de matériau et qui est destiné à accomplir une fonction électronique.

En effet, les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés originaux en ce sens qu'ils sont le fruit de l'effort intellectuel de leurs créateurs et qui, au moment de leur création, ne sont pas courants pour les créateurs de schémas de configuration (topographies) et les fabricants de circuits intégrés, peuvent faire l'objet de la protection prévue par la présente loi.

De même, un schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés qui consiste en une combinaison d'éléments ou d'interconnexions qui sont courants, n'est protégé que si la combinaison, prise dans son ensemble, remplit les conditions citées un peu plus haut.

Nous verrons successivement la protection juridique des schémas de configuration (topographie) de circuits intégrés (sous-section 1) ainsi que les modalités d'obtention du certificat protégeant ce type de propriété intellectuelle.

Sous-section I

Protection des schémas de configuration (topographie) de circuits intégrés

Le schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle appelé « certificat de schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés ». Les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés sont protégés pour une période de dix ans à compter de la date de dépôt de leur demande (Art 94 loi 17-97).

Toute personne intéressée peut se faire délivrer un extrait du registre constatant les inscriptions portées sur un registre dit « registre national des certificats de schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés » tenu par l'organisme chargé de la propriété industrielle.

Sous-section 2

La demande du certificat de schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés

Le droit au titre appartient au créateur ou à ses ayants droit. De même, la demande de certificat de schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés doit être accompagnée au moment de son dépôt d'une copie ou d'un dessin du schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés et, lorsque le circuit intégré a été exploité commercialement, d'un échantillon de ce circuit intégré, ainsi que d'informations définissant la fonction électronique que le circuit intégré est destiné à accomplir.

Le dépôt de la demande de certificat de schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés, à moins que le schéma ne soit courant, ne peut intervenir deux ans après que ledit schéma ait fait l'objet d'une première exploitation commerciale ordinaire n'importe où dans le monde. Ledit dépôt ne peut également en aucun cas intervenir quinze ans après que la topographie finale ou intermédiaire du circuit intégré a été fixée ou codée pour la première fois si elle n'a jamais été exploitée.

TITRE III

LES ACTIVITÉS DU COMMERÇANT

CHAPITRE I

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

La vente, plutôt les ventes commerciales demeurent de loin les contrats les commercial les plus fréquents et les plus nombreux de la vie économiques. Les activités de distribution, au sens large, qui appuient et complètent la vente de deviennent aussi très nombreux. Elles peuvent embrasser toute la chaîne ou le circuit de l'activité depuis la production jusqu'à la vente au consommateur final. Nous ne nous arrêterons ici que sur les deux modules de la vente, envisagée en elle-même, et considérée dans le cadre de la conception de la distribution.

Le code de commerce envisage aussi les contrats de crédit-bail ou leasing et de la cession de créances professionnelles qui contribuent en fait à la distribution. Mais leur rapport étroit avec le crédit nous incline à les intégrer plutôt dans la distribution de ce dernier. Par contre, les contrats de transport se situent aussi au cœur de la distribution au sens large. Leur régime juridique de contrats nommés portant sur une prestation de service essentielle pour le commerce des marchandises et la circulation des personnes, incite plutôt à les examiner dans un exposé distinct.

Nous verrons enfin le cas de l'entremise où l'agence ou plus généralement la représentation donne lieu aux applications de plus en plus courantes de l'exclusivité qui intervient comme un élément quasi commun à tous les contrats de distribution et qui justifie leur examen dans le cadre de la distribution.

Nous traiterons d'abord de la vente commerciale parce qu'elle constitue l'application réelle et substantielle de la distribution. Nous réservons ensuite des développements propres à l'organisation générale de la distribution moderne, cadre et procédé actuels de la vente.

SECTION I

LA VENTE COMMERCIALE

Dans le cadre de la distribution des biens et services, la vente occupe une place de premier ordre. On peut dire sans grand risque d'erreur qu'elle constitue avec l'échange l'une des relations commerciales les plus connues et pratiquées dans la vie économique. Elle fait l'objet d'une réglementation générale au plan des grands principes dans le DOC, mais le code de commerce ne lui consacre aucune disposition en dehors de celles qu'il prévoit dans certaines ventes commerciales telle que la vente du fonds de commerce.

Dans le cadre des dispositions générales du code de commerce, plus précisément l'énumération des activités commerciales donnée par les articles 6 et suivants, la vente constitue le but de l'achat et en même temps la condition sine qua non du caractère commercial de l'opération.

Dans le cadre de la liberté de la concurrence, les modalités, les techniques et les structures de la vente impriment aux règles juridiques qui la régissent un particularisme plus accentué. A côté de la vente entre deux parties présentes, on relève des ventes à distance, par correspondance ou par des procédés radiodiffusés ou télévisés, ou encore par le biais de l'internet.

Sous-section 1

Formation du contrat de vente commerciale

La formation du contrat de vente obéit aux conditions classiques de validité, à savoir, la jouissance de la capacité, le libre exercice du consentement éclairé, la licéité de l'objet de l'objet et de la cause. La vente commerciale requiert, en plus, l'observation de règles particulières plus ou moins visées ou impliquée par les mêmes dispositions du DOC dans le cadre des conditions exigées des parties et des biens. Enfin la forme et les modalités de la vente répondent souvent à des exigences de sécurité juridique et d'ordre public, de plus en plus rigoureuses, ainsi qu'à des supports autres que le papier répondant aux nécessités pratiques de commerce à distance.

§ 1 : Conditions requises des parties

On les retrouve dans les règles de consentement et de capacité. Bien qu'elles constituent des conditions de base, ces exigences reflètent déjà l'influence du droit commercial en la matière.

A- Le consentement

L'article 488 DOC exige l'accord des parties sur la chose vendue et le prix correspondant. La chose vendue est la marchandise individualisée ou individualisable proposée par le vendeur et choisie par l'acheteur. Le prix est celui qui est publié par le vendeur de manière visible et lisible et accepté par l'acheteur.

Le consentement du vendeur figure déjà dans l'offre publique et permanente de ses produits et la publication de leur prix de vente. Celui de l'acheteur résulte de l'acceptation de cette offre.

En pratique les choses ne sont pas aussi simples.

- Le commerçant indique souvent que l'offre demeure conditionnée par le prix final, par un délai déterminé ou par la disponibilité.
- L'acheteur peut également conditionner son consentement par l'exigence d'un délai de réflexion, d'une dégustation ou d'un essai préalable.

Le concours ou la rencontre des volontés, le consentement, dépend alors des circonstances d'espèce. De plus, dans la vie commerciale, le consentement n'est pas toujours personnellement exprimé par les parties. Souvent il résulte de l'intervention d'un mandataire qui les représente à l'occasion de la conclusion de la vente.

I- Domain du consentement

Déjà l'article 19 du DOC précise le domaine sur lequel doit porter le consentement en disant qu'il doit, de manière générale, porter sur toutes les clauses essentielles du contrat. Il vise les conditions et les modalités qui indiquent les motifs impulsifs et déterminants qui justifient le contrat entre les parties. En pratique, beaucoup de contrats commerciaux prennent la précaution de préciser dans un préambule les considérations qui poussent les cocontractants à conclure leur accord. Souvent aussi, le préambule prévoit expressément que son contenu fait partie intégrante de l'accord des parties.

II- Modalités du consentement

Sous cet angle, les règles de la vente sont combinées avec celles du mandat. Il arrive que l'acheteur d'un bien ne sache pas, au moment de l'achat, s'il le fait en vue de le revendre ou pour le conserver et le revendre ultérieurement. On sait que la qualité commerciale de l'opération dépend de la préexistence de l'intention de revendre ou de louer le bien acheté après sa transformation ou tel quel. Les deux parties, acheteur et vendeur, peuvent aussi traiter pour le compte d'autrui sans en révéler le nom. La loi les autorise à agir ainsi, notamment dans le cadre d'une commission, mais ils doivent effectuer une déclaration de command¹. Si cette dernière est confirmée par la partie représentée dans l'achat, dans les 24 heures suivantes, l'opération de représentation obéit aux règles du mandat. Toutes ses conséquences engagent le mandant. L'intérêt fiscal oblige le mandataire à procéder à la déclaration de command sous peine d'être considéré du point de vue fiscal comme le véritable contractant. On écarte alors le jeu du mandat pour décider qu'il y a deux opérations, deux mutations successives justifiant un double paiement des droits de mutation.

1- Formulation du consentement

De droit commun, l'article 488 du DOC décide que la vente est parfaite entre les parties dès qu'il y a consentement des contractants. Le même code pose deux nuances capitales à ce principe à travers les modalités de la vente à réméré (articles 585 et s.), la vente Selem, (articles 613 et s.) et de la vente sous conditions suspensives, (articles 601 et 612). Par ailleurs, les articles 24 à 31 du DOC toujours envisagent les modalités de consentement par correspondance.

Au niveau de la vente, les dispositions du DOC n'envisagent que la condition suspensive au profit de l'acheteur. En réalité, l'ensemble des conditions susceptibles d'affecter le contrat se conçoivent en la matière conformément au droit commun, articles 107 et s.

La vente à réméré est celle par laquelle l'acheteur s'oblige après la vente parfaite, à restituer la chose au vendeur contre remboursement du prix. Elle se distingue de la vente à l'essai car cette dernière ne devient parfaite qu'après l'essai et l'acceptation de

¹ Une vente avec déclaration de command est une vente de gré à gré ou une vente publique où l'acquéreur apparent (le commandé) se réserve la possibilité de nommer quelqu'un d'autre comme acquéreur réel (le command). La vente se fera donc entre le vendeur et l'acquéreur réel sans que les droits d'enregistrement ne soient dus une deuxième fois.

l'acheteur. En Somme, à la différence de cette vente, la vente à réméré ne dépend point de condition suspensive.

La vente « *selem* » (vente à livrer avec avance de prix), n'est qu'une vente avec avarice immédiate du prix par l'acheteur, et délivrance de l'objet par le vendeur dans un délai convenu dans le contrat ou par l'usage, (article 613 DOC). Contrairement à la vente à réméré très imprégnée par l'esprit des relations sociales traditionnelles, elle correspond à une pratique assez répandue dans le commerce.

Le consentement à distance obéit aujourd'hui aux dispositions du DOC relatives à la formation des contrats par correspondance et à celles de la loi n° 53-05 sur l'échange électronique de données juridiques.

Dans le cadre du droit commun, l'article 24 du DOC décide que le contrat par correspondance est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond en l'acceptant.

L'utilisation de procédé électronique ou informatique ne semble pas bouleverser cette règle, (loi n° 53 -05, article 3 modifiant les dispositions du DOC sur la question). Après la consécration de l'admissibilité des offres de contrats par procédé électronique, le nouvel article 65-3 indique les modalités d'acceptation de l'échange électronique par les parties en distinguant entre les professionnels et les autres. Il impose en outre la communication des formulaires quand ils sont requis par l'opération. L'article 65 -4 ajoute que l'offre ainsi faite engage son auteur pendant le délai qu'elle indique et en tout cas pendant le temps où elle reste accessible par vote électronique. Le même texte énumère les éléments d'information nécessaires au consentement éclairé du destinataire de l'offre et précise qu'à leur défaut, ladite offre reste une simple publicité commerciale qui engage la responsabilité de son auteur en dehors du cadre de l'offre de contracter au sens propre.

2- Vices du consentement

Le consentement ne vaut que s'il est libre, conscient, en connaissance de cause, et dénué des vices qui troublent le jugement et la volonté.

L'erreur acquiert aujourd'hui une application nouvelle quand la loi impose au vendeur une obligation particulière d'information, sinon de conseil, au profit de

l'acheteur. Il en est notamment ainsi dans les ventes de produits alimentaires et pharmaceutiques ainsi que dans les contrats de crédit et d'assurances.

La fraude (le dol) et la contrainte telles que circonscrites par la loi et interprétées par la jurisprudence peuvent entraîner la nullité de la vente civile. Mais en matière commerciale cette conséquence reste une solution extrême. L'application nuancée des conséquences des vices cachés et l'admission de clauses limitatives de la garantie atténuent déjà le risque de nullité. De plus, la réfaction du contrat ou la limitation de la nullité à l'une des clauses contractuelles uniquement, reçoivent aisément la préférence des tribunaux et l'accord des parties. L'octroi de dommages intérêts proportionnels au préjudice provoqué par le vice d'erreur ou de dol léger, admissible dans les affaires, consolide la préférence du maintien du contrat d'autant plus que les commerçants tiennent à la continuation de leurs relations professionnelles.

B - La capacité

Sans préjudice de la condition de capacité requise pour exercer le commerce, prévue et régie par les dispositions du code de commerce et du code de la famille, les articles 480 et 481 du DOC interdisent la vente et l'achat aux personnes qui risquent de se trouver dans une situation de conflit ou de contradiction entre leurs devoirs légaux et leurs intérêts personnels.

Le tuteur d'un mineur et l'administrateur des biens d'un malade mental ne peuvent point acquérir personnellement les biens de la personne qu'ils représentent. Cette règle serait gênante en matière commerciale dans la mesure où elle empêcherait un commerçant, représentant légal ou judiciaire d'autrui, chargé de gérer ou d'administrer le commerce de ce dernier, d'être partie à ce commerce.

L'interdiction frappe les administrateurs des biens d'autrui même quand les opérations ont lieu par personne interposée. La preuve de la régularité demeure presque impossible.

§ 2 : Conditions relatives aux biens

Toute vente implique l'échange de deux valeurs économiques, de deux biens dans la mesure où elle porte sur un objet et donne lieu à un prix. Chacun de ces deux termes d'échange obéit à un régime juridique propre, largement influencé par le contexte

commercial. Mais le prix se distingue par le nombre et l'importance des questions qu'il soulève en droit et en fait.

A- règles applicables au prix de vente

I - Règles générales

Au plan général, on rappelle tout d'abord que le prix de vente fait partie des éléments constitutifs légaux de la définition de la vente retenue par le DOC. Sans prix, il n'y a pas de vente. Dans le même cadre, le prix requiert aussi le consentement de l'acheteur et du vendeur. À la conclusion du contrat, il suscite des interrogations relatives à la détermination de son montant. En général, cette détermination découle de la loi, de l'accord des parties ou de la décision d'un tiers.

II - Modalités de détermination du prix

Sans préjudice du principe rappelé ci-dessus, le prix doit être licite et réel. Le prix obtenu au terme d'une fraude, d'une spéculation interdite et le prix dérisoire risquent de donner lieu à la réaction restrictive, voire répressive de la loi. Le premier peut correspondre à l'infraction sanctionnée par la loi sur liberté des prix et de la concurrence dans le cadre de la protection des parties contre certains faits attentatoires à la liberté visée et partant à la validité de l'accord apparent sur le prix. Le second peut provoquer la révision par le fisc et la critique des héritiers se fondant sur un défaut de consentement dans le cas de vente par une personne agonissante.

Théoriquement la lésion justifierait la rescission ou la révision du prix, mais le droit civil au Maroc ne retient cette solution que lorsque la lésion est accompagnée par un dol ou quand elle joue au détriment des intérêts d'un incapable.

B - Le bien objet de la vente

Le régime juridique qui régit le produit vendu soulève, au niveau des conditions de la vente, normalement trois questions, la licéité, la propriété du vendeur et la déterminabilité. Au niveau des effets du contrat, il n'implique pas moins d'autres interrogations relatives à sa conformité à l'usage escompté et la sécurité de son utilisation.

I - Licéité de la chose vendue

Les produits et marchandises, au nombre et la diversité infinis ne répondent pas toujours aux considérations humaines, morales, sociales et politiques du pays à une phase donnée. Le droit n'hésite pas à interdire le commerce et partant la vente d'un grand nombre de biens dans ce sens. Les articles 57, 484 et 485 du DOC décident que la chose vendue doit être licite. Certaines choses sont hors commerce entre musulmans mais sont couramment commercialisées en fait ou sous couvert de sociétés. D'autres le sont pour des raisons de protection de la santé ou de la sécurité. Les drogues, poisons et stupéfiants notamment relèvent de cette considération. Le corps humain et ses organes obéissent à l'interdiction à la fois pour une raison morale et pour une raison de protection de l'intégrité physique des personnes. La vente et même la possession des armes et des explosifs sont prohibées à cause du risque d'atteinte à la sécurité publique des gens et des institutions.

II - propriété de la chose vendue

En second lieu, la chose vendue doit exister ou être susceptible d'existence et appartenir au vendeur. Est nulle toute obligation à une chose ou un fait impossible, physiquement ou en vertu de la loi. Cette règle rappelée par l'article 59 du DOC consacre l'adage « **nul n'est tenu à l'impossible** ».

La vente de la chose d'autrui a particulièrement retenu l'attention des juristes et des législateurs. Le DOC suit la même règle tout en la nuancant pour distinguer des hypothèses régulières et des hypothèses irrégulières.

1 - Vente régulière de la chose d'autrui

La vente de la chose d'autrui s'avère juridiquement valable dans trois cas, quand elle porte sur une chose future, la vente d'un corps certain et la vente en vertu d'un mandat ou d'une gestion d'affaire.

a- Vente d'une chose inexistante ou indisponible

La première situation, très fréquente dans la vie commerciale, concerne une marchandise qui n'est pas disponible au moment où elle est vendue, soit qu'elle n'existe pas du tout, soit qu'elle existe mais ne se trouve pas à la disposition immédiate du vendeur. Celui-ci s'engage à la fabriquer ou à se la procurer pour la livrer ou la remettre

à l'acheteur. Ce type de vente était déjà familier dans l'acquisition de matériel lourd, de navires, de grandes quantités de marchandises. Il faut remarquer que ce procédé de vente a tendance à dominer le marché des produits de consommation car il paraît particulièrement intéresser le commerce *on line* ou par internet.

b- Vente de corps certain appartenant à autrui

La vente d'un corps certain concerne un produit déterminé et individualisé choisi par l'acheteur qui le command à une entreprise non propriétaire. Cette dernière peut le lui vendre. En pratique ce type de vente demeure soumis à la condition suspensive ou résolutoire pour les parties, d'acquisition valable et préalable du bien concerné par le vendeur chez son propriétaire.

c- Vente au titre de gestion d'affaire

A côté de la vente par mandataire, on signale un cas de vente de la chose d'autrui à la limite de la licéité, celui ayant lieu dans le cadre d'une gestion d'affaires. Il s'agit de la gestion d'affaires, institution de droit civil distinct de la direction et de l'administration des activités commerciales d'une entreprise. Le gérant d'affaire visé est un individu qui ne dispose ni de mandat ni de titre valable pour gérer, en l'espèce, vendre le bien en question. Quelque soit le motif qui le pousse à accomplir cette vente, sauvegarde des intérêts du propriétaire, déplacement d'un objet gênant, etc. le gérant agit valablement à condition que le propriétaire de la chose ratifie la vente. La ratification produit un effet rétroactif, mais le rejet par le propriétaire demeure susceptible de causer préjudice au gérant s'il n'a pas pris de précaution auprès de l'acheteur.

2- Vente irrégulière de la chose d'autrui

En dehors des cas évoqués ci-dessus, la vente de la chose d'autrui reste irrégulière et inadmissible. Elle implique des sanctions conformes l'esprit du commerce. Le droit marocain penche vers la résolution fondée sur l'impossibilité d'exécution. Ne pouvant obtenir une exécution forcée car il n'a pas de lien juridique avec le propriétaire, l'acheteur se contente de réclamer des dommages intérêts compensatoires du préjudice qu'il a subi en conséquence de l'impossibilité d'exécution. Le propriétaire, étranger à la transaction manqué entre le vendeur et l'acheteur, conserve son bien. S'il en est

dépossédé du fait de la vente, il peut exercer une action en revendication pour le récupérer entre les mains du détenteur.

3 - Modalités de détermination de l'objet

En vertu de l'article 58 du DOC, l'objet de la vente comme de toute obligation, doit être déterminé ou au moins déterminable. Ce texte reflète la réalité qui fait place à des choses ayant corps certain et individualisable à côté de choses de genre qui doivent d'abord être individualisés pour perfectionner la vente. Les articles 486, 490 et 494 du même code appliquent cette règle au contrat de vente. Les dispositions du premier texte posent le principe général de la validité de la vente portant sur des choses de genre, c'est-à-dire non individualisées, les autres textes en précisent les nuances d'application.

C - Conditions de forme de la vente

En application des principes du DOC, la validité de la vente n'obéit ni à des conditions de forme ni à l'observation de modalités particulières. L'acte de vente et son déroulement matériel sont consensuels. Cependant de nombreuses dispositions législatives particulières viennent restreindre la portée de cette règle.

L'article 488 du DOC lui-même vise, en plus des conditions de consentement, d'objet et de prix, « les autres clauses du contrat ». L'article 489 du même code ajoute les exigences de l'écrit et de l'enregistrement dans les ventes d'immeubles et des objets susceptibles d'hypothèque. La condition de la forme écrite trouve ainsi un début de fondement en droit civil. Les impératifs de crédit, de sécurité juridique et de fiscalité viennent étendre cette condition de manière quasi totale.

I- Forme de la vente

1- L'exigence d'un écrit

a- Forme traditionnelle de l'écrit

Certes, aucune disposition légale générale ne considère l'écrit comme condition de validité ou de preuve du contrat de vente et plus généralement des contrats commerciaux. Au contraire, l'article 334 CC décide qu'en matière commerciale, la preuve est libre. Mais ce texte se hâte d'ajouter qu'elle doit être rapportée par écrit quand la loi ou la convention l'exigent. Cette disposition crée l'illusion du consensualisme en droit

commercial par une extension des principes du DOC. En réalité l'exigence de l'écrit domine la conclusion des contrats soit en application de la loi elle-même, soit en vertu des accords contractuels.

En se limitant au premier niveau, le code de commerce impose déjà l'écrit dans la conclusion de nombreux contrats, les contrats portants sur le fonds de commerce, (articles 81, 108, 153, 356), les effets de commerce, (articles 159, 232, 239), le gage, (338), l'agence commercial , (397), le crédit-bail (433), etc. Très souvent le texte législatif laisse croire que l'écrit ne constitue qu'un moyen de preuve. Les réalités pratiques montrent que dans beaucoup de situations l'écrit revêt la nature d'une véritable condition de validité. Il en est ainsi à chaque fois que la loi conditionne la perfection du contrat par une formalité de publicité. En général, cette dernière limite ses effets à l'opposabilité aux tiers.

Nonobstant leur autonomie, les dispositions du code de commerce ne s'opposent pas toujours aux prescriptions du DOC, elles leur renvoient même dans de nombreux contrats et étendent ainsi l'obligation de l'écrit à la matière commerciale. On peut relever des renvois de ce genre notamment dans les dispositions explicites relatives aux contrats de gage, (articles 337 et 338), de commission, (article 422), et implicites dans l'agence commerciale (article 393).

b- Forme électronique de l'écrit

Le progrès des technologies nouvelles de communication et d'information, promet un renouveau et un développement de la condition de l'écrit sous forme de support électronique. La loi n° 53-05 du 30 novembre 2007 relative à l'échange électronique des données juridiques consacre le concept de contrat et de signature électroniques dans notre droit positif et y institue ainsi une nouvelle modalité de forme dans la vente.

Les modalités ne constituent pas des conditions de forme au sens précis du formalisme juridique appliqué aux contrats. Elles touchent plutôt le déroulement de réalisation des conditions de formation des conventions et intéressent ainsi indifféremment le support de l'écrit, l'expression du consentement, les particularités de l'objet et du prix.

c- Forme dérivée de l'écrit : La facture

c-1- Règles générales

En Somme il s'agit de moyens de substitution à l'écrit au sens traditionnel, la facture, les documents comptables, les relevés de compte et la correspondance d'entreprises. Ces documents constituent des moyens de preuve incontestables en matière commerciale en vertu du principe de liberté découlant des articles 334 CC et 401 DOC.

Aux termes de l'article 51 de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence, tout achat de biens ou toute prestation de service entre professionnels doit faire l'objet d'une facturation. Le vendeur est tenu ainsi légalement de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou bien un document en tenant lieu au cas où ladite vente entrerait dans le cadre de règlementaire mensuels à condition de délivrer la facture à la fin de chaque mois. En cas d'inertie du vendeur, l'acheteur doit réclamer la facture.

La facture doit être rédigée en double exemplaire et numérotée à l'avance et tirée d'une série continue ou éditée par un système informatique selon une série continue. Ces exemplaires sont conservés par les parties pendant cinq ans à compter de la date d'établissement de la facture, et ce sans préjudice des dispositions prévues par la législation en vigueur en matière de conservation des documents comptables, de prescription et de fiscalité.

c-2- Force obligatoire, modalités et conditions

Au premier niveau, il s'agit du caractère obligatoire de la facturation, du nombre d'exemplaires et de la durée de conservation des factures.

- Caractère obligatoire

Entre professionnels, la facturation constitue une obligation impérative. Mais à l'égard des consommateurs, l'article 48 de la loi lui réserve un sens moins rigoureux. Dans le premier cas elle doit être établie spontanément, sinon elle peut être exigée. Si le vendeur ou le prestataire de service refuse ou résiste, l'acheteur doit l'y contraindre. Il ne peut dégager sa responsabilité qu'en faisant constater le refus du vendeur par une mise en demeure par lettre recommandée, ou par l'établissement d'un procès-verbal par un agent de la force publique. Ces deux moyens ne semblent pas limitatifs car le texte permet le recours à d'autres procédés.

A l'égard du consommateur, la facturation demeure facultative car elle dépend de la volonté du client. Si ce dernier ne l'exige pas, le vendeur ne peut pas la lui imposer. Ce libéralisme disparaît cependant dans les secteurs déterminés par voie réglementaire.

- Modalité du double exemplaire de la facture

Qu'il s'agisse de relations professionnelles ou avec des consommateurs, la facture doit être rédigée en double exemplaire, pré-numérotée et tirée d'une série continue ou éditée par un système informatique selon une série continue.

L'exigence du double exemplaire se justifie par la nécessité de disposer d'un moyen de preuve identique pour le vendeur et pour le client. Elle évite les discussions, relatives à l'authenticité de la copie, susceptibles d'être soulevées par l'un ou l'autre des partenaires. Elle se justifie aussi pour inviter le défaut de l'unilatéralité qui lui donnerait l'apparence de moyen de preuve uniquement au profit de celui qui l'établit.

- Obligation de conservation

L'article 51 impose aux parties de conserver leur exemplaire de facture pendant une durée de cinq ans à compter de la date d'établissement de la facture et ce sans préjudice des dispositions de la loi fiscale.

Le code de commerce ne dicte une obligation de conservation, pendant dix ans, que pour les originaux de correspondance reçue et les copies de correspondance envoyée, (article 25). Le silence de la nouvelle loi sur le délai de prescription de l'obligation de facturation permet de penser à l'applicabilité du droit commun et par conséquent à la confusion avec le délai de conservation institué.

c-3- Conséquences du formalisme de la facture

La facture est un acte juridique aussi formaliste que des effets de commerce tels que la lettre de change. Elle joue certes le rôle de moyen de preuve, Mais remplit encore plus les rôles de moyen comptable, d'instrument de crédit et de circulation notamment par le biais de l'affacturage. Aussi l'article 51 en réglemente la rédaction de manière très formaliste. Il y impose, rappelons le, des mentions nombreuses portant sur l'identité des opérateurs, la détermination de l'objet de la transaction et de ses circonstances.

C'est ainsi qu'il exige la précision des noms et raison sociale des parties et de leurs adresses d'une part, et l'indication de leurs identifiants professionnels d'autre part.

II- Publicité légale

Lorsque la vente porte sur des objets particuliers, des véhicules automobiles et des immeubles par exemple, elle doit faire l'objet d'une formalité supplémentaire, l'enregistrement auprès d'une administration. Il n'en reste pas moins vrai que cette formalité concerne la reconnaissance de date certaine à l'acte. Plus juridiquement, elle obéit parfois impérativement à la condition d'une publication légale sur des registres administratifs publics. La publicité s'impose généralement pour l'opposabilité de l'acte aux tiers. Il en est ainsi de la vente de fonds de commerce ou de certains éléments essentiels de fonds de commerce tels que le bail et le nom, qui doivent être inscrites au registre de commerce, (article 83 cc.).

Il arrive exceptionnellement que la loi exige cette publicité légale même pour la validité de la vente entre les parties. Cet effet exorbitant de la publicité s'applique à la vente et plus généralement tous droits réels découlant d'un immeuble immatriculé à la Conservation foncière.

Sous-section 2

Effets du contrat de vente commerciale

§ 1 : Les obligations du vendeur

Le vendeur a deux obligations principales, délivrer la chose vendue (A), et la garantir (B).

A. L'obligation de délivrance

La délivrance est la mise de la chose à la disposition de l'acheteur (Art 499 du D.O.C).

Selon les biens concernés, elle prend des formes différentes :

- Pour les immeubles par le délaissement ou la remise des clés (Art. 500 al. 1 du D.O.C).
- Pour les choses mobilières par la tradition réelle ou par la remise des clés du bâtiment ou du coffre qui les contient ou par tout autre moyen reconnu par l'usage (Art. 500 al. 2 du D.O.C.).

I- Conditions de délivrance

L'obligation de délivrance porte sur la chose même prévue au contrat, ainsi que ses accessoires : emballage, documents administratifs (Art. 516 du D.O.C).

En principe, le lieu de la délivrance est celui où la chose se trouvait lors de la conclusion du contrat, c'est-à-dire le plus souvent soit par l'enlèvement des marchandises au domicile professionnel du vendeur, soit par le transport des dites marchandises.

Sauf stipulations conventionnelles différentes, la délivrance doit se faire aussitôt après la conclusion du contrat (Art. 504 du D.O.C.), et dans tous les cas dans un délai raisonnable qui fera l'objet d'une application à posteriori par les juges en cas de conflit entre le vendeur et l'acheteur.

II- Date de transfert de la propriété et des risques.

En principe le transfert de la propriété, et par conséquent, des risques ont lieu dès qu'il y a échange des consentements (Art. 488 du D.O.C.).

Toutefois les parties sont entièrement libres du choix de cette date. En pratique, c'est souvent à l'occasion des ventes suivies d'un transport des locaux du vendeur à ceux de l'acquéreur, et plus spécialement d'un transport maritime ou aérien, que les parties usent de cette faculté.

B. L'obligation de garantie

Le vendeur doit garantir l'acheteur contre l'éviction et contre les vices cachés.

I- La garantie d'éviction

Il s'agit de protéger l'acquéreur soit contre le fait d'un tiers, soit contre le fait du vendeur lui-même.

1. La garantie contre l'éviction des tiers

Le vendeur doit garantir l'acquéreur contre les risques d'éviction du fait des tiers. Il résulte de l'article 538 du D.O.C. qu'en cas d'une éviction totale, l'acquéreur est en droit de demander:

- Le remboursement des frais qu'il avait assumés lors de la conclusion du contrat;

- Le remboursement de ceux qu'il a supportés à l'occasion du procès mené par le tiers et de la demande en garantie qu'il a formulée;
- Le versement des dommages et intérêts qui sont la suite directe de l'éviction ;

Dans l'hypothèse d'une éviction partielle, l'acheteur a le choix de solliciter la résolution ou le maintien du contrat (Art. 542 du D.O.C.).

2. La garantie contre l'éviction du vendeur

Le vendeur a l'obligation de s'abstenir de tout acte qui serait de nature à troubler l'exercice par l'acheteur de ses droits sur la chose acquise : « qui doit garantie ne peut évincer », (Voir Art. 533 du D.O.C.).

Cette garantie s'exerce aussi bien à l'égard des troubles de fait que de droit que le vendeur pourrait infliger, de bonne ou de mauvaise foi, à l'acquéreur. Sont qualifiés « troubles de fait » toute atteinte à la situation de l'acquéreur que son partenaire ne prétend point fonder sur un droit.

Exemple : Le vendeur d'un fonds de commerce détourne par suite d'une réinstallation, la clientèle du fonds vendu.

Sont au contraire qualifiés « troubles de droit » les atteintes à la situation de l'acquéreur que le vendeur prétend fonder sur un droit.

Exemple: Le vendeur d'un immeuble prétend être titulaire d'un usufruit sur cet immeuble, faute de l'avoir formellement exprimé lors de la conclusion du contrat de vente, il ne saurait s'en prévaloir.

L'obligation de garantie contre l'éviction profite non seulement à l'acquéreur, mais aussi aux acquéreurs, successifs, en dépit du principe de la relativité du contrat. Il en est de même pour l'obligation de garantie contre les vices cachés.

II- La garantie des vices cachés

Le vendeur est tenu de livrer une chose qui ne soit pas atteinte de quelque vice caché, c'est-à-dire d'un défaut qui est inconnu de l'acheteur lors de la conclusion du contrat, et qui rend la chose impropre à l'usage auquel ce dernier la destinait ou réduit tellement cet usage qu'il ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix (Art. 549 du D.O.C.). Dès lors que le vice a été volontairement dissimulé par le vendeur, les conditions du dol peuvent être réunies ce qui ouvre à l'acheteur une option : agir en

nullité ou exercer l'action en garantie,

Cette seconde voie présente un intérêt certain eu égard aux aménagements conventionnels (1), apportés à la garantie légale (2).

1. La garantie légale contre les vices cachés

Quels sont les conditions et les effets qui s'attachent à la mise en œuvre de la garantie?

a- Les conditions de la garantie

Il convient, pour que la garantie puisse être invoquée que le vice relevé présente trois caractères :

- Il doit nuire à l'utilisation de la chose, c'est-à-dire empêcher l'usage auquel l'acheteur la destine ou diminuer sérieusement cet usage, c'est-à-dire l'usage normal que l'acheteur pouvait espérer compte tenu du prix et de la qualité stipulés.
- Il doit être caché. En effet, le vendeur n'est point tenu à garantie à l'égard des vices apparents dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même.

Pour apprécier si le vice était perceptible ou non par l'acheteur, il convient de procéder à une appréciation *in abstracto*, par comparaison avec la situation d'une personne disposant des mêmes connaissances.

C'est ainsi que le vice d'une automobile d'occasion pourra être considéré comme apparent à l'égard d'un acheteur professionnel, et vice caché à l'égard d'un simple particulier.

Cependant il ne suffit pas que le vice soit réputé non perceptible à la suite d'une appréciation *in abstracto*, il convient, de surcroît, qu'il n'ait pas été, dans le cas concret, perçu par l'acheteur au moment de la conclusion du contrat. Cette ignorance, synonyme de bonne foi, est présumée, il incombe au vendeur par conséquent d'en fournir la démonstration contraire (Voir Art. 569 du D.O.C.).

- Il doit être antérieur à la conclusion de la vente ou trouver au moins son origine dans cette période (Art. 552 du D.O.C.).

b- Les effets de la garantie contre les vices cachés

Dès lors qu'il constate qu'un vice affecte la chose vendue, l'acquéreur de bonne foi est en droit d'exercer contre son partenaire une action en garantie. Encore faut-il qu'il agisse dans les délais fixés par l'article 573 du D.O.C., ou par le contrat.

L'acheteur qui exerce l'action en garantie, a le choix entre deux types d'actions:

- L'action rédhibitoire qui est une action en résolution par laquelle l'acheteur offre la restitution de la chose et demande le remboursement du prix et des frais ;
- L'action estimatoire qui permet à l'acheteur de conserver la chose et d'obtenir une diminution du prix.

Dans l'hypothèse où le vendeur connaissait les vices de la chose ou l'absence des qualités par lui promises, il sera tenu outre la restitution du prix au versement de dommages et intérêts (Art. 556 al.2).

2. La garantie conventionnelle contre les vices cachés

Les dispositions légales relatives à la garantie contre les vices cachés n'étant que supplétives les parties ont la faculté de les écarter soit pour élargir soit pour réduire la garantie due par le vendeur.

a- L'élargissement conventionnel de la garantie

Vendeur et acheteur peuvent convenir d'introduire dans le contrat une clause qui réalise un élargissement de la garantie des vices en autorisant, par exemple, l'acheteur à invoquer tous les défauts de la chose, y compris ceux qui étaient perceptibles dès lors qu'ils n'ont pas été perçus.

Les parties ont, également, la faculté d'étendre le champ de la garantie due par le premier au-delà du seul domaine de la garantie des vices en mettant à sa charge une garantie de performance, une telle extension est particulièrement fréquente dans la vente « clé en main » ou « produit en main » ; le vendeur garantit un certain niveau de consommation d'énergie, la production d'un nombre précis d'unités, un degré de qualité, etc. L'introduction d'une telle disposition requiert la plus grande attention. Il convient de décrire avec précision les performances attendues en tenant compte des conditions locales, climatiques par exemple, de la qualité probable des matières premières qui seront utilisées pendant la période d'exploitation, etc.

b - La réduction conventionnelle de la garantie

Vendeur et acheteur peuvent convenir d'introduire dans le contrat une clause qui diminue, voire même élimine la garantie due par le premier au titre des défauts de la chose vendue.

Exemple : Le vendeur ne garantit que les défauts qui peuvent affecter certaines pièces, à l'exclusion des autres.

La validité de cette clause est admise dès lors que le vendeur était de bonne foi, c'est-à-dire ignorait l'existence des vices au jour de la conclusion du contrat.

La solution est différente dans le cas où le vendeur en avait connaissance, que cette connaissance soit démontrée ou présumée. La mauvaise foi, établie à son encontre, l'empêche de se prévaloir de la clause limitative ou exclusive de garantie (Art. 574 du D.O.C.).

§ 2 : Les obligations de l'acheteur

Les obligations légales qui pèsent sur l'acheteur sont au nombre de deux : l'obligation de retraitement (A) et l'obligation de paiement (B).

A. L'obligation de retraitement

A l'obligation de délivrance qui incombe au vendeur répond, à la charge de l'acheteur, l'obligation de prendre livraison de la chose vendue. Le vendeur l'a mise à la disposition de son partenaire, à ce dernier d'en acquérir la détention en procédant à l'enlèvement des biens cédés lorsqu'il s'agit des meubles. De cette obligation, il convient d'évoquer le contenu et la sanction.

I- Le contenu de l'obligation de retraitement

1. Le lieu de retraitement

L'obligation de retraitement comme l'obligation de délivrance doit être exécutée au lieu où se trouvait la chose vendue au moment de la conclusion du contrat, de l'individualisation de la chose ou de son achèvement sauf convention contraire.

2. La date de retirement

Le retirement doit, en principe, intervenir à l'instant où le vendeur est lui-même tenu d'exécuter l'obligation de délivrance, c'est-à-dire au moment de la formation du contrat, de l'individualisation du bien ou de son achèvement.

3. Les formes de retirement

L'obligation de prendre livraison comporte deux aspects:

- Elle impose à l'acheteur d'accomplir les actes qui dépendent de lui et sans lesquels le vendeur ne pourrait exécuter l'obligation de délivrance.

Exemple: L'acheteur doit dans certains types de ventes internationales désigner le navire à bord duquel le vendeur est tenu d'effectuer la délivrance.

- L'obligation de retirement suppose, ensuite, que l'acheteur prenne en charge la détention de la chose. Il doit, sauf clause contraire, supporter les frais occasionnés par cette opération (frais de personnel, déplacements d'appareils de levage ou de transport).

II- La sanction de l'obligation de retirement

A supposer que l'acheteur ne prenne pas livraison de la chose à la date ou dans le délai prévus, le vendeur a la faculté d'agir en exécution forcée, ou de provoquer la résolution du contrat.

B. L'obligation de paiement

La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix (Art. 577 du D.O.C). Le défaut de paiement du prix est sanctionné.

I- Modalités de paiement

Le prix doit être payé au jour et au lieu convenu. Sauf convention contraire, la vente est censée faite au comptant, et l'acheteur doit payer au moment même de la livraison (Art. 577 du D.O.C.).

Diverses modalités de paiement du prix peuvent être relevées. On distingue :

1. La vente au comptant : le paiement a lieu au moment de la livraison. A défaut de convention contraire, c'est le mode normal de paiement.

2. La vente à crédit: le paiement est effectué postérieurement à la livraison, le cas est fréquent en matière commerciale.

3. La vente à tempérament: il s'agit d'une vente à crédit dont le paiement, fractionné est échelonné dans le temps.

4. La vente avec versement d'arrhes ou d'acompte sur le prix: Il arrive, lors de la conclusion d'une vente à livrer, qu'une somme soit versée immédiatement par l'acheteur, elle s'impute sur le prix. La situation est différente selon les cas :

- Les arrhes ont un double rôle juridique : elles marquent, d'une part, la conclusion définitive du contrat. D'autre part, elles représentent une possibilité de dédit pour l'acheteur qui peut renoncer à son achat en abandonnant les sommes versées (voir les articles 288 et s. D.O.C.).
- L'acompte peut se définir comme une avance sur le prix d'une vente ne donnant ni à l'une ni à l'autre des parties, la possibilité de se dédire, sauf à engager leur responsabilité contractuelle. L'acompte doit être analysé comme une exécution partielle des obligations de l'acheteur.

II- La sanction de l'obligation de paiement

A supposer que l'acheteur refuse de procéder au paiement, le vendeur a la faculté d'agir en exécution forcée (1) ou résolution (2).

1. L'exécution forcée

Le vendeur impayé dispose d'une action en paiement contre l'acheteur, que garantissent:

- Le droit de rétention qui autorise le vendeur à refuser la livraison de la chose tant que le prix n'en a pas été payé (Voir Art. 508 et 509 du D.O.C.).
- Le droit de revendication qui est reconnu au vendeur, en matière mobilière dès lors qu'ayant livré le bien il ne reçoit pas paiement (Art. 582 du D.O.C.).

Ce droit de revendication peut être exercé dans les quinze jours qui suivent la livraison, sous réserve que le bien soit encore en la possession de l'acheteur.

2. L'action en résolution

La résolution peut être prononcée pour un défaut de paiement du prix, aussi minime que soit la portion du prix restant encore due. Elle a pour effet de provoquer la destruction rétroactive du contrat tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers.

SECTION II

LES CONTRATS D'INTERMEDIAIRES

Pour commercialiser les produits de son activité, l'entreprise a recours à diverses catégories d'intermédiaires. Ce sont des professionnels, chargés des relations avec la clientèle. Certains d'entre eux sont permanents (agents commerciaux et V.R.P.) d'autres sont occasionnels (courtiers, commissionnaires).

Sous-section 1

Les intermédiaires non permanents

Il s'agit des commissionnaires (§1), et des courtiers (§2).

§ 1 : Les commissionnaires.

Aux termes de l'article 422 du nouveau code de commerce "la commission est le contrat par lequel le commissionnaire reçoit pouvoir d'agir en son propre nom pour le compte du commettant".

Il ressort de cet article que la commission est un contrat synallagmatique, consensuel, intuitu personae et à titre onéreux.

C'est également un contrat commercial. Le commissionnaire est soumis aux obligations professionnelles des commerçants.

Le contrat de commission est soumis outre les règles de l'article 422 du C. Com., aux dispositions relatives au mandat.

A- Les obligations du commissionnaire

I- Les obligations vis-à-vis du commettant

Le commissionnaire doit exécuter les opérations dont l'a chargé son commettant (Art.427 du D.O.C.). Il doit pour cela se conformer aux ordres reçus et prendre soin des intérêts du commettant. Cependant, il peut, selon les stipulations de chaque accord ou les usages, avoir une plus ou moins grande liberté de moyens.

- Il ne peut se substituer un autre commissionnaire que si ce pouvoir résulte expressément du contrat, de l'usage ou des circonstances (Art. 427 du D.O.C.).
- Il ne doit pas se porter contrepartie de son commettant (Art. 428 du D.O.C.). En effet, le commissionnaire qui se porte contrepartie à l'insu du commettant est suspect de prévaloir faire ses intérêts sur ceux de son cocontractant laissé dans l'ignorance de l'opération.
- Il doit communiquer tous renseignements qui peuvent intéresser le commettant (cours des denrées, état du marché, nature des opérations).
- Enfin, il existe parfois une convention de ducroire, par laquelle moyennant une rémunération plus élevée (en général le double de la rémunération ordinaire), le commissionnaire garantit au commettant la bonne exécution du contrat et est tenu envers lui de tous les cas d'exécution (Art. 430 du C.Com).

II- Les obligations vis-à-vis des tiers

Le commissionnaire s'engage personnellement vis-à-vis des tiers avec lesquels il traite. Cet engagement personnel subsiste à notre sens même au cas où le commissionnaire a traité avec le tiers en présence du commettant. Il s'agit là d'une différence essentielle par rapport au rôle joué par l'agent commercial qui conclut au nom et pour le compte du mandant, mais pas en son nom personnel.

B- Les obligations du commettant

Il doit rembourser au commissionnaire les frais et avances qu'il a faits pour les besoins de l'obligation demandée par lui.

- Il doit indemniser le commissionnaire des obligations qu'il a contractées, et des pertes qu'il a pu éprouver dans les limites des pouvoirs qui lui avaient été donnés.

- Il doit payer la commission. Celle-ci est exigible dès la conclusion du contrat (Art. 424 du C.Com).

Pour garantir son paiement et ses remboursements, le commissionnaire dispose de deux prérogatives portant sur la marchandise du commettant qu'il a en sa possession : un droit de rétention et un privilège sur le prix (Art. 425 et 426 du C.Com).

§ 2 : Les courtiers.

« Le courtage est la convention par laquelle le courtier est chargé par une personne de rechercher une autre personne pour les mettre en relation, en vue de la conclusion d'un contrat » (Art. 405 du C.Com).

A- Obligations du courtier

Le courtier a. pour obligation principale d'effectuer toutes démarches utiles et nécessaires pour permettre la réalisation du contrat entre les parties.

- Il est tenu envers chacune d'elles de présenter les affaires avec exactitude, précision et bonne foi, et de les renseigner sur toutes les circonstances relatives à l'affaire (Art. 406 du C.Com).

- Et lorsqu'il a un intérêt personnel dans l'affaire le courtier est tenu d'en prévenir les parties contractantes (Art. 414 du C.Com).

B- Les obligations du donneur d'ordre

Le donneur d'ordre est celui qui sollicite l'intervention du courtier, celui pour l'intérêt duquel agit le courtier. Son obligation essentielle est le versement de la rémunération convenue (Art. 415 du C.Com). Sauf convention contraire entre le donneur d'ordre et le courtier, cette rémunération est due dès l'instant que le contrat est conclu, même s'il n'a pas été exécuté (Art. 416 du C.Com).

Sous-section 2

Les intermédiaires permanents

Ce sont les V.R.P. et les agents de commerce.

§ 1 : Les voyageurs Représentants placiers (V.R.P.)

Le V.R.P. intervient dans la distribution et la vente des produits d'une entreprise. Ses fonctions consistent essentiellement en la visite de la clientèle, existante ou éventuelle, à l'extérieur d'une entreprise, en vue de prendre des ordres et de provoquer des commandes.

Le V.R.P. doit être distingué du représentant salarié non statutaire qui exerce une activité de représentation mais ne réunit pas les conditions de la qualification de V.R.P. et demeure salarié de droit commun. Par ailleurs, le V.R.P. doit être distingué de l'agent commercial qui n'a quant à lui, aucun lien de subordination avec son mandant.

A- Conditions du contrat de représentant statutaire

S'agissant d'un contrat de travail, certaines conditions sont exigées, qui laissent présumer le lien de subordination et marquent la différence avec un mandataire.

Il importe au V.R.P. de remplir les conditions suivantes :

- Être une personne physique
- Exercer la représentation comme activité professionnelle, et de façon exclusive et constante.
- Ne pas faire d'opérations commerciales à titre personnel.
- Être lié à son employeur par des engagements qui déterminent l'objet de la représentation, le secteur concédé et les modalités de la rémunération.

B- Effets du contrat de V.R.P.

Nous envisagerons les obligations réciproques des parties.

I- Obligations du représentant

Outre les obligations générales communes à tous les salariés, le représentant doit se soumettre aux obligations suivantes :

- Il doit posséder une carte d'identité professionnelle.
- Il doit accomplir sa mission conformément aux usages et aux termes du contrat.
- Il doit rendre compte de son activité.
- Il doit s'abstenir de représenter un concurrent sans l'autorisation de son employeur.

II- Obligations de l'employeur.

Il doit fournir au représentant les moyens de travail appropriés, livrer les marchandises commandées et payer les rémunérations convenues.

Il faut signaler ici que le statut de représentant est celui d'un salarié pour tout ce qui concerne la durée, le délai-congé, la rémunération et la rupture abusive.

Mais au surplus leur statut leur ouvre le droit à l'obtention d'une indemnité de clientèle, en cas de rupture de son contrat, du fait de l'employeur.

§ 2 : Les agents commerciaux

Aux termes de l'article 393 du C.Com. "Le contrat d'agence commerciale est un mandat par lequel une personne sans être liée par un contrat de travail s'engage à négocier ou à conclure d'une façon habituelle des achats, des ventes ou d'une manière générale, toutes opérations commerciales au nom et pour le compte d'un commerçant, d'un producteur ou d'un autre agent commercial, lequel s'engage de son côté à la rémunérer.

L'agent commercial est donc un professionnel de manière habituelle, sans être obligé de l'exercer de manière exclusive.

A- Conditions d'acquisition du statut d'agent commercial.

Le contrat d'agence commerciale et, le cas échéant, ses avenants, sont établis par écrit (Art 378 du C.Com).

La durée et l'étendue du mandat sont déterminées librement par les parties. Le contrat peut-être à durée déterminée ou indéterminée (Art 396 du C.Com). Il peut fixer le rayon géographique du mandataire et le contenu de sa mission (Art 399 al. Du C.Com). Il peut être assorti de conventions particulières notamment la clause de non concurrence (Art 403 du C.Com).

B- Contenu du statut d'agent commercial

I- Obligations de l'agent commercial

Ce sont celles d'un mandataire :

L'agent commercial est tenu d'exécuter le mandat qui lui a été confié et d'informer son mandant des opérations faites pour son compte.

Il ne peut représenter des entreprises concurrentes (Art 393 et 2 du C. Com).

Il doit communiquer à son mandant toute information nécessaire à l'exécution de son contrat (Art 395 et 2 du C.Com).

Il est responsable vis-à-vis du mandant de l'inexécution du mandat et vis-à-vis des tiers des fautes qu'il a pu commettre dans les termes du droit commun.

II- Obligations du mandant.

Le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'accomplir sa mission (Art 395 et s du C.Com).

Il doit dans ce sens lui remettre toute documentation utile sur les produits ou services qui font l'objet du contrat d'agence et lui communiquer les informations nécessaires à l'exécution du contrat.

Le mandant doit en outre exécuter les opérations négociées ou conclues par l'agent commercial et verser la rémunération convenue dès qu'elle est exigible (voir à ce propos les articles 398 et s. du C.Com).

III- La fin du contrat.

Le contrat d'agent commercial à durée déterminée prend fin à la survenance du terme. Le contrat d'agent commercial à durée indéterminée prend fin moyennant le respect d'un délai minimal de préavis qui s'impose impérativement aux parties en fonction de la durée du contrat: 1 mois pour la première année, 2 mois pour la 2 année et 3 mois pour la 3^{ème} année commencée et les années suivantes (Art 396 al 3 du C.Com). Sauf stipulation particulière du contrat la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil.

Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts. En revanche, si elles conviennent de délais plus longs, le délai de préavis pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent : il s'agit de dispositions impératives. (Art 396 al. 5).

La rupture immédiate est possible soit en raison du manquement de l'une des parties à ses obligations (hypothèse de la faute grave), soit en raison de circonstances exceptionnelles (hypothèse de force majeure).

IV- L'indemnisation de l'agent commercial

En cas de rupture du contrat, l'agent commercial a, nonobstant toute clause contraire, droit à une indemnité compensatrice du préjudice qu'il a subi par l'effet de cette rupture (Art3. 402 du C.Com)

Toutefois afin de préserver son droit à réparation, l'agent commercial doit notifier au mandant dans le délai d'un an à compter de la rupture du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits.

Dans tous les cas l'indemnité compensatrice n'est pas due :

- En cas de rupture du contrat pour faute grave de l'agent.
- En cas de rupture du contrat à l'initiative de l'agent commercial à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial, par suite desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée.
- En cas de cession par l'agent commercial, et en accord avec le commettant, de son portefeuille à un tiers.

Section II

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION INTEGREE

Les producteurs et les grossistes ont mis en place une infrastructure commerciale efficace au moyen de contrats dits de distribution intégrée.

Les deux contrats les plus fréquents sont le contrat de concession et le contrat de franchise.

Sous-section 1

Le contrat de concession exclusive

La concession est une technique contractuelle de distribution par laquelle un fournisseur, appelé "Concédant", réserve la vente de ses produits sur un territoire donné à un distributeur, commerçant indépendant appelé "Concessionnaire".

Il s'agit d'un accord de distribution exclusive qui peut se doubler d'un accord d'approvisionnement exclusif, le concessionnaire s'engageant à ne s'approvisionner qu'auprès du concédant.

La concession ne fait l'objet d'aucune réglementation légale spécifique.

Le principe de l'autonomie de la volonté jouera donc pleinement, les parties détermineront librement leurs droits et obligations.

§ 1 : Effets du contrat

A- Obligations du concédant

Le concédant est tenu de ne pas vendre de marchandises objet de la clause d'exclusivité à un autre commerçant que le concessionnaire dans le secteur géographique déterminé, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle.

Le concédant s'engage à fournir régulièrement à des conditions et à des prix déterminés les produits concédés dont le concessionnaire lui fournira commande, et ce, en fonction des quotas prévus, ainsi qu'à répondre dans les délais les plus courts à toutes autres commandes supérieures auxdits quotas.

Le concédant s'engage par ailleurs à assurer au concessionnaire un appui à la revente, notamment par la fourniture de supports publicitaires (prospectus, objets, réclames, affiches ...).

En outre, le concédant s'engage à garantir au concessionnaire une rémunération sous forme d'une ristourne en pourcentage du prix de vente porté au catalogue du concédant.

B- Les obligations du concessionnaire

I. Les obligations de faire

Le concessionnaire est d'abord tenu d'apporter les techniques et les méthodes de vente mises au point par le concédant. A cette obligation principale se rattache une obligation accessoire qui consiste pour le concessionnaire à avoir des établissements et magasins dont la présentation et le fonctionnement du personnel et matériel doivent répondre à des normes établies par le concédant.

L'organisation administrative et financière du concessionnaire doit généralement être alignée sur un type préconisé par le concédant, en vue de faciliter l'exercice du contrôle par ses agents.

Le concessionnaire doit respecter la clause de quota insérée dans le contrat, représentant la quantité de produits que le concessionnaire s'engage à acheter au concédant, et par suite à vendre à ses clients au cours d'une période déterminée.

Cette clause constitue une des obligations principales du concessionnaire dont le non-respect peut entraîner la résiliation du contrat.

II. Les obligations de ne pas faire

En contrepartie de son monopole de vente des produits du concédant sur un territoire déterminé, le concessionnaire s'engage à ne pas acheter et par voie de conséquence, à ne pas vendre, des produits concurrents de ceux fabriqués par le concédant. Le concessionnaire réserve donc au concédant l'exclusivité de tous ses achats pour une gamme de produits donnés.

Par ailleurs, le concessionnaire ne peut ni prospecter, ni vendre directement ou indirectement à une clientèle hors de son secteur conventionnellement défini.

§ 2 : Fin du contrat

A- La rupture du contrat

I. Rupture du contrat à durée déterminée

Le contrat de concession exclusive est généralement conclu pour une durée déterminée Il prendra fin à l'arrivée du terme.

Lorsque l'une des parties, en général le concédant, met fin unilatéralement au contrat, en l'absence de toute faute imputable au concessionnaire avant la date prévue d'expiration, la rupture est considérée comme abusive, et il doit verser une indemnité de brusque rupture.

II. Rupture du contrat à durée indéterminée

Le contrat à durée indéterminée peut prendre fin par décision unilatérale, toutefois l'auteur de la rupture doit respecter un délai de préavis, qui est généralement d'une durée de six mois.

Lorsque le droit de résiliation est exercé de manière abusive, l'auteur de la rupture pourrait être condamné au versement de dommages-intérêts. C'est aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier le caractère abusif ou non de la rupture.

B- Le renouvellement du contrat

En l'absence de clause expresse insérée dans le contrat, les parties recouvrent leur liberté à l'arrivée du terme. Il s'agit ici de l'application stricte du principe en vertu duquel les conventions entre les parties tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

En France, les concessionnaires ont souhaité obtenir une indemnité compensatrice du préjudice causé par la fin des rapports contractuels. Mais les tribunaux ont écarté cette prétention qui irait à l'encontre de la condition juridique des concessionnaires qui sont et demeurent nonobstant leur intégration dans un réseau des commerçants achetant et vendant en leur nom et pour leur compte.

Sous-section 2

Le contrat de franchise

En l'absence de toute réglementation légale, le franchisage peut se définir comme une méthode de collaboration entre une entreprise franchisante d'une part, et une ou plusieurs entreprises franchisées d'autre part. Elle implique pour l'entreprise franchisante :

- La propriété d'une raison sociale, d'un nom commercial, de sigles et symboles, d'une marque de fabrique de commerce ou de service, ainsi qu'un savoir-faire mis à la disposition des entreprises franchisées.
- Une collection de produits ou de services, d'un type original *et* spécifique et exploitée obligatoirement et totalement, selon des techniques commerciales uniformes, préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées.
- Cette collaboration a pour but un développement accéléré des entreprises contractantes, par l'action commune résultant la conjonction des hommes et des capitaux, tout en maintenant leur indépendance respective, dans le cadre d'accords d'exclusivité réciproques. Elle implique une rémunération ou avantage économique acquis au franchiseur, propriétaire de la marque et du savoir-faire.

La franchise a pris naissance aux Etats-Unis (exemple: chaîne d'hôtels Hilton, entreprise de travail temporaire Manpower). Elle connaît un très grand essor en France et en Europe (Pingouin, Prénatal, Léviton, Winpy). Elle a fait son entrée au Maroc où elle fait preuve d'une grande vitalité (Rodier, Jacadi, Benetton, Europe car, Simone Mahler, Caritas...).

§ 1 : Les effets du contrat

A- Obligations du franchiseur

Le franchiseur doit approvisionner régulièrement son franchisé et lui concéder le droit d'utiliser sa marque avec tous attributs.

Il doit en outre lui accorder l'ensemble de son savoir-faire le «Know-how» commercial et technique.

Très souvent, le franchiseur participe également à la promotion et à la publicité du produit.

Et enfin, il doit respecter l'exclusivité territoriale accordée au franchisé.

B- Obligations du franchisé

Le franchisé est tenu de s'approvisionner exclusivement en marchandises auprès de son franchiseur.

Il ne peut pas vendre sur son territoire des produits concurrents de ceux du franchiseur.

Il doit se conformer aux normes d'installation, et d'exploitation destinées à maintenir l'image de marque de la franchise.

Par ailleurs, il doit verser outre un droit d'entrée, une redevance proportionnelle au chiffre d'affaires qu'il verse au franchiseur en contrepartie des droits d'usage de la marque qui lui sont consentis ainsi que des services que ce dernier lui rend.

§ 2 : Fin du contrat de franchise

Le contrat prend fin, soit à l'arrivée du terme, soit par la résiliation pour inexécution. Sauf si la rupture du contrat est abusive et sauf clause contraire, le non renouvellement du contrat ne donne droit ni au versement de dommages et intérêts, ni à une indemnité de clientèle.

En outre à la fin du contrat, le franchisé doit restituer au franchiseur l'ensemble du système de commercialisation mis au point par celui-ci, et qu'il n'a plus le droit d'utiliser.

CHAPITRE II

LES CONTRATS DE CRÉDIT

Les contrats de crédit dominent aujourd'hui l'ensemble de l'activité économique. Très nombreux et diversifiés à la lumière des besoins pragmatiques des commerçants et des entreprises, ils ne sont pas moins des instruments aussi bénéfiques que dangereux pour l'économie du pays. Aussi, ils obéissent, exception du crédit à la consommation, non encore réglementé au Maroc, à une réglementation rigoureuse à la fois dans le code de commerce, la législation bancaire et les textes particuliers. Le code de commerce en réglemente huit sous le titre de contrats bancaires, dans ses articles 487 à 544. Il accorde aussi une place importante au crédit qu'il envisage dans un titre indépendant malgré sa nature, au moins relative, de contrat de crédit. Dans un souci de cohérence, nous ne suivrons pas l'ordonnancement du code qui présente successivement le compte en banque, le dépôt de fonds et de titres, le virement, l'ouverture de crédit, l'escompte, la cession des créances professionnelles et le nantissement de titres. Il en va de même des opérations de virement et d'escompte vues dans le cadre des moyens de crédit et de paiement

Dans le présent titre, le compte en banque demeure le contrat de base préalable et nécessaire à tous les autres rapports de la banque avec ses clients, d'une part, et le cadre de réception des dépôts d'argent et de titres d'autre part.

Les autres contrats concernent des activités bancaires diverses, le prêt d'argent traditionnel, le crédit combiné avec la propriété au profit de la banque (crédit bail et cession des créances professionnelles).

SECTION I

LE COMPTE BANCAIRE

L'ouverture d'un compte bancaire revient à la conclusion d'un contrat entre une banque et un client pour organiser le règlement des créances des parties.

En fait, cet accord engendre un autre, même implicitement, pour régir le dépôt de fonds qui alimente le crédit du client et permet le règlement de ses dettes, ou et le dépôt de titres (valeurs mobilières et titres négociables), qui décharge le client du service de leur tenue. L'objet du compte prend alors une importance telle que le code de commerce permet de le soumettre à des contrats distincts, respectivement attachés au dépôt d'argent et au dépôt de titres.

Les articles 493 et suivants et 506 et suivants du CC prévoient deux applications courantes du compte bancaire, le compte à vue et le compte à terme. Le premier est un contrat à durée indéterminée par lequel la banque convient avec son client d'inscrire sur un relevé unique leurs créances réciproques sous forme d'articles de crédit et de débit, dont la fusion permet de dégager à tout moment un solde provisoire en faveur de l'une des parties. Le second se caractérise par la fixation d'un terme dont le renouvellement est conditionné par la demande expresse du client et l'accord de la banque. Il porte intérêts payables à l'échéance au bénéfice du client. La résiliation anticipée par le client entraîne l'application des pénalités prévues à ouverture au profit de la banque.

Réserve faite de ces nuances, le compte en banque obéit à des règles qui conditionnent la régularité de sa formation ou de son ouverture, les modalités de son exécution ou fonctionnement et ses effets.

Sous-section I

Ouverture du compte bancaire

L'ouverture d'un compte en banque permet de faciliter les relations entre les entreprises avec leurs clients, (versements ou paiements, encaissements, domiciliation, saisie, etc.). Depuis la promulgation du nouveau code de commerce en 1996, elle constitue une obligation légale pour tous les commerçants. L'article 18 de ce code édicte que « tout commerçant, pour les besoins de son commerce, à l'obligation d'ouvrir un compte dans un établissement bancaire ou dans un centre de chèques postaux ». L'utilité de cette obligation pour la transparence de la comptabilité et l'efficacité de son contrôle ne fait pas de doute. Elle se complète et se consolide par une autre obligation imposée par l'article 306 du même code. Ce texte dispose que « entre commerçants et pour tous faits de leur commerce, tout paiement d'une valeur supérieure à dix mille dirhams doit avoir lieu par chèque barré ou par virement ».

Toute inobservation de la prescription mentionnée est passible d'une amende au moins égale à six pour cent de la valeur payée et dont le créancier et le débiteur sont solidairement responsables. Dans ces conditions, les finalités escomptées de l'ouverture d'un compte en banque juxtaposent des intérêts privés propres aux entreprises, complément de comptabilité, preuve des paiements et encaissements, et l'intérêt général découlant de l'ordre public économique, transparence, appui aux prérogatives de l'administration fiscale. Elles expliquent largement la rigueur des dispositions légales en la matière, communes ou particulières d'une part, et les règles impliquées par l'économie du contrat liant les parties d'autre part.

§ 1 : règles communes

Elles figurent dans les articles 488 à 492 du CC et s'attachent aux obligations préalables de la banque et aux modalités plurales du compte. Les dispositions de la loi bancaire de 2006 complètent ces règles par les prescriptions des articles 113 à 116 et 118 relatives à la forme du contrat et à la clôture dans le cas particulier où les fonds et

valeurs déposés ne font l'objet de la part de leurs titulaires ou ayants droit d'aucune opération ou réclamation depuis dix ans.

A- Forme du contrat d'ouverture de compte

Le code de commerce ne consacre pas de disposition particulière à la forme du contrat d'ouverture de compte en banque. Certes, on peut déduire de la teneur des articles 488 et suivants que la forme écrite s'impose au moins à titre de preuve. L'article 113 de la loi bancaire ne répond que partiellement à l'interrogation sur ce point. Il dispose que toute ouverture d'un compte à vue ou à terme d'un compte titres doit faire l'objet d'une convention écrite entre le client et son établissement de crédit. Cette convention, dont copie est remise au client, doit notamment préciser les conditions de fonctionnement et de clôture dudit compte. Nous pensons que malgré la spécification littérale de compte titres, la règle s'applique à l'ouverture de tous les comptes car les difficultés susceptibles de surgir entre les parties ne sont pas propres au compte mentionné par le texte. Considérant l'importance accordée par l'article 116 de la même loi, on incline à conclure au caractère obligatoire de l'écrit pour l'ouverture de tous les comptes. A défaut, la preuve sera difficile à apporter par les parties. Les relevés de compte ne valent comme moyen de preuve que jusqu'à preuve du contraire.

B- Obligations de la banque

L'ouverture d'un compte en banque devient un véritable droit pour toute personne. La banque sollicitée ne peut plus le refuser sans raison valable, au moins sous la pression de la concurrence. L'article 112 de la nouvelle loi bancaire dispose ainsi que toute personne ne disposant pas d'un compte à vue et qui s'est vue refuser son ouverture, peut demander à Bank Al Maghrib de lui désigner un établissement auprès duquel elle pourra le faire. Lorsqu'elle estime que le refus n'est pas fondé, la banque centrale procède à la désignation requise. Mais l'établissement désigné peut limiter les services liés à l'ouverture du compte aux opérations de caisse, minimum nécessaire au fonctionnement de l'entreprise et au respect de son obligation légale de posséder un compte en banque.

Ceci s'explique parce que l'ouverture inconsidérée de compte bancaire risque de faciliter des abus et des infractions pénales de la part de clients indélicats, notamment ceux déjà connus par des incidents bancaires ou des procédures de difficultés d'entreprise. A l'effet d'atténuer cette menace, l'article 488 du CC impose à la banque de procéder à certaines vérifications préalablement à l'ouverture d'un compte et la délivrance de chéquier. Elle doit vérifier le domicile et l'identité du postulant personne physique, au vu des énonciations sa carte d'identité nationale, de la carte d'immatriculation pour les étrangers résidents au Maroc, ou du passeport ou toute autre pièce d'identité en tenant lieu pour les étrangers non-résidents. Elle s'assure de la forme et de la dénomination, l'adresse du siège des personnes morales, l'identité et les pouvoirs de la ou des personnes physiques habilitées à effectuer des opérations sur le compte ainsi que le numéro d'inscription à l'impôt sur sociétés, au registre du commerce ou à l'impôt des patentes.

Avant de délivrer le premier chéquier au client, la banque doit s'informer de sa situation auprès de Bank Al Maghrib. Cette institution assure la centralisation des déclarations des incidents de paiement de chèques, la communication de ces renseignements aux établissements sur qui des chèques peuvent être tirés, diffuse les interdictions prononcées en matière d'interdiction d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés.

Cette exigence de vérification préalable associe les banques à la lutte contre les infractions facilitées par des comptes bancaires fictifs ou non approvisionnés et tend à assainir leurs relations avec les clients.

C- Modalités du compte

Le client peut demander l'ouverture d'un ou de plusieurs comptes dans plusieurs banque, ou dans une ou plusieurs agences d'un même établissement bancaire. Quand il le fait dans le même établissement, il peut exiger que chacun de ses comptes fonctionne indépendamment des autres. Chaque compte peut également être ouvert individuellement ou collectivement par un groupe de personnes.

I- Compte individuel

Lorsqu'une même personne ouvre plusieurs comptes dans une ou plus d'une agence d'un établissement de crédit, elle entend séparer, par commodité, ses activités ou ressources en les affectant à tels comptes. Elle demeure le titulaire unique.

Ceci se traduit par une complication des obligations de la banque de sorte qu'elle cherchera toujours un moyen convenu pour lier lesdits comptes au détriment du principe de leur autonomie, tirée de la spécificité du contrat qui fonde chaque compte. Sous cet angle aucune compensation entre les soldes créditeurs et les soldes débiteurs respectifs des différents comptes ne peut s'opérer sans l'accord du client. Ce résultat se réalise en pratique soit par une convention globale, soit par un accord distinct. Il revêt une simple clause de compensation des soldes ou un véritable accord d'unité des comptes.

En cas de compensation, sa validité ne fait pas de doute en vertu de son acceptation anticipée par le client titulaire des comptes. Elle permet de couvrir les soldes de comptes obéissant à des régimes juridiques différents et dépourvus de fongibilité. Toutefois les comptes portant une désignation spéciale, (succession, héritage, dépôt, royalties etc.) ne peuvent y être englobés qu'en vertu d'une disposition explicite dans ce sens. L'extension de la compensation à ces comptes risque de porter atteinte aux avantages particuliers qu'ils confèrent au client et aux tiers concernés par leur tenue et leur fonctionnement. La combinaison de la clause de garantie avec d'autres modalités de garantie d'un solde débiteur par un solde créditeur peut anéantir l'inefficacité de la mise en gage d'un solde ou d'un accord d'unité de compte. Mais l'accord de compensation n'a d'intérêt qu'en l'absence de compensation légale comme c'est le cas entre comptes non liquides et non fongibles. Là aussi, il n'est pas superflu d'attirer l'attention sur la nécessité de prendre en considération l'existence de procédure de difficultés d'entreprise et de la période suspecte à la date de l'accord de compensation. L'influence de ces situations sur l'efficacité de la compensation est indiscutable. La saisie d'un solde créditeur d'un compte ou sa soumission à la réalisation d'un gage, le frappe d'indisponibilité et le soustrait au jeu de la compensation. L'intérêt de l'application de la compensation des créances connexes mérite d'être souligné car une opération économique révèle souvent une interdépendance des relations d'affaires de l'entreprise titulaire des comptes.

L'accord d'unité de comptes supprime l'étanchéité impliquée par l'autonomie juridique des contrats qui les concernent, crée une véritable interpénétration entre les comptes et permet d'établir une balance de leurs soldes.

Les comptes multiples deviennent des volets d'une seule relation. Le fractionnement instauré par le titulaire pour la commodité de ses affaires, s'éclipse devant l'intérêt de la relation globale avec sa banque. Les comptes multiples deviennent en fait un seul compte. Un solde global représenterait l'ensemble des soldes des comptes constitutifs, par hypothèse, fongibles, exigibles et disponibles. Cette unification évite les incertitudes de la compensation et convainc de plus en plus les parties, la banque pour plus de sécurité, le client pour plus d'économie.

II- Compte collectif

Il importe de distinguer le compte collectif proprement dit, et sa variante, le compte joint.

Le compte collectif a deux ou plusieurs titulaires distincts. Il diffère du compte ouvert par une personne morale qui, bien qu'elle soit un groupement de personnes, ne demeure pas moins un être juridique. Le compte collectif peut être ouvert par des héritiers pour gérer ou liquider une succession, par des époux pour le fonctionnement de leur ménage, par des copropriétaires pour la gestion de leur copropriété, etc. Il obéit aux règles de l'indivision et ne peut fonctionner que par décision unanime de ses titulaires. Compliqué et difficile à gérer en pratique, il donne lieu à des mandats réciproques entre ses titulaires. Au terme de quoi, chacun d'eux gère le compte au titre de sa part personnelle et à celui de représentant de ses co-indivisaires. Le palliatif tiré de la procuration reste précaire en raison de la facilité de dénonciation ou d'extinction du mandat. Il suffit qu'un titulaire dénonce, unilatéralement, à la banque, le mandat d'un autre titulaire pour bloquer le fonctionnement du compte. De plus, chaque co-titulaire ne répond du passif du compte qu'en proportion de sa part. La solidarité ne se présume pas en l'espèce.

Le compte joint, également ouvert au nom de deux ou plusieurs personnes, se caractérise par la solidarité active et passive des co-titulaires et obéit à une convention tripartite entre eux et avec la banque. Cette structure donne à chaque titulaire la condition du seul titulaire du compte, contractuellement habilité à en disposer

librement. La solidarité active devient un élément constitutif du contrat alors que la procuration réciproque lui est extérieure. Elle met en relief le contenu et la portée du compte joint par rapport au compte collectif classique.

La solidarité active des titulaires du compte donne à chaque co-titulaire la liberté de gérer le compte. Elle est toujours doublée d'une solidarité passive qui l'engage à l'égard de la banque pour la totalité du solde débiteur. Ainsi les deux faces de la solidarité ne se fondent pas sur la part indivise de l'intéressé; elles sont des règles contractuellement convenues. Peu importe l'importance ou la modestie de cette part. Peu importe également la propriété de ladite part

La solidarité active donne au co-titulaire la maîtrise du contenu du compte

Tirant sa force du contrat, Elle s'impose dans les rapports entre co-titulaires et dans les relations avec les banques. La banque fait face à un seul répondant qui s'engage lui-même et dont l'engagement oblige les autres co-titulaires, comme s'il ne s'agissait que d'un compte individuel simple. Cette organisation applique les vieilles dispositions des articles 154 et 155 du DOC en matière de solidarité, situation particulière des relations bancaires. En conséquence, la banque ne peut être inquiétée par un co-titulaire en raison des actes de disposition effectués par son co-titulaire. Inversement, en vertu de la solidarité passive, elle est fondée à réclamer le solde débiteur à tout co-titulaire, même s'il n'est pas l'auteur des actes de disposition.

L'effet relatif des contrats s'applique aisément aux tiers à la convention du compte joint. Il n'en va autrement qu'exceptionnellement dans le cadre de la saisie arrêt qui ne peut frapper que la part du co-titulaire indélicat. La réclamation fondée sur un lien personnel d'ayant cause ne touche que les éléments compte, elle ne s'étend point aux biens maintenus en dehors du compte, susceptibles de se trouver dans un autre compte ouvert auprès de la banque.

Dans tous les cas, la convention de compte joint à une nature intuitu personae et une durée indéterminée. Tout changement affectant l'identité et la personne co-titulaires en entraîne l'extinction. La dénonciation individuelle n'est opposable aux autres co-titulaires et à la banque que s'ils en sont informés et à partir de la date de cette information, sous réserve de la liquidation des et des opérations en cours, intervenues antérieurement.

§ 2 : Effets du contrat de compte

Le contrat de compte bancaire se distingue par des effets particuliers qui frappent le fonctionnement même du compte, sans préjudice des conséquences traditionnelles de tout accord sur les droits et obligations des parties et des tiers.

En l'espèce, le contrat permet la transcription scripturale des créances des parties et implique leur novation. Sa nature successive dans le temps implique un autre effet particulier, son solde final ne peut apparaître qu'à la date de sa clôture. Son règlement s'entend de manière globale, indivisible.

A- Novation

Le règlement continu des remises réciproques enchevêtrées ou connexes ne se conçoit et ne se réalise sans difficulté juridique que par le biais de la novation, la transformation des créances initiales qui en font l'objet en créances nouvelles.

Autrement dit, la créance d'origine ne lie pas juridiquement les parties ; la nouvelle, matérialisée par l'écriture comptable prend irrémédiablement sa place entre la banque et son client. Cette dernière obéit exclusivement aux règles du compte bancaire. Les conditions, modalités, conséquences et garanties de la première sont éteintes par le biais de la novation.

La transformation par la novation donne aux créances un caractère abstrait, indifférent aux particularités des créances originelles. Ce caractère facilite le règlement par balance et simple jeu de calcul. La différence des spécificités initiales s'oppose à la réalisation de l'objectivité, de la neutralité et partant de la fongibilité, nécessaires au traitement arithmétique impliqué par le règlement et la balance du compte d'une part et par le but de dégager la position finale parties d'autres parts. L'article 498 CC fonde ces règles en disposant que « les créances inscrites en compte perdent leurs caractères spécifiques et leur individualité propre. Elles sont réputées payées et dès lors ne peuvent plus faire l'objet, à titre distinct, d'un paiement, d'une compensation d'une poursuite, d'une voie d'exécution ou de prescription ». Ce texte met parfaitement en relief les conséquences de la novation qui frappe les créances d'origine et celle du caractère abstrait des créances nouvelles, les remises ou inscriptions comptes.

La règle de la novation s'impose impérativement dans toute sa portée, même aux sûretés. Mais les parties peuvent en atténuer la force si elles prévoient expressément

d'en exclure les sûretés. Le second alinéa de l'article 498 visé le permet en ajoutant que « les sûretés personnelles ou réelles attachées aux créances passées en compte s'éteignent, sauf leur report, de convention expresse, sur le solde du compte ».

B- Indivisibilité

Il s'agit de l'indivisibilité juridique nécessaire au règlement du compte. Elle traduit la connexité ou la réciprocité et la novation sur le plan du règlement. Entendu ou appliqué uniquement au règlement final, elle revient à interdire de prendre en considération, de manière séparée, les remises et les soldes successifs. Seule la balance finale et le solde définitif doivent être pris en considération en vue de résoudre les problèmes juridiques d'exécution du contrat et de fonctionnement du compte. Or en droit et en pratique elle fonctionne différemment. Elle ne s'oppose pas à une saisie-arrêt d'un solde provisoire ou à l'annulabilité des garanties du solde final, prises même en période suspecte. En fait, les écritures portées en compte sont immédiatement balancées pour dégager un solde provisoire. La combinaison arithmétique avec le solde des écritures précédentes fait ressortir un nouveau solde qui exprime la fusion de tous les articles du compte en application de l'article 493 du CC. En effet, ce dernier précise expressément que le compte revient à inscrire sur un relevé unique les créances réciproques des parties sous forme d'articles de crédit et de débit, dont la fusion permet de dégager à tout moment un solde provisoire.

C- Exigibilité du solde

Quelle que soit la durée, déterminée ou indéterminée du compte, la date d'exigibilité du solde dépend étroitement de l'économie du compte en banque, de la nature du solde et de la partie qui affirme l'exigibilité.

Sous l'angle de l'économie du compte bancaire, on rappelle qu'elle s'articule sur la réciprocité des affectations et de leur balance continue. Par conséquent, le mécanisme de fonctionnement peut dégager à tout moment un solde qui ne peut être que provisoire tant que la relation entre les parties continue. En effet, le solde provisoire laisse entendre encore la liquidation des conséquences des inscriptions en cours ou imminent.

En d'autres termes, bien qu'il donne un cliché instantané des rapports entre les parties à un moment précis, il n'exprime pas la réalité de leurs positions. Théoriquement, il ne peut faire l'objet d'exigibilité ni de la part de la banque ni de celle du client. Or ni le droit ni la pratique bancaire ne sont dans le sens de cette déduction malgré sa rationalité. En application de l'article 500 du CC, le client peut disposer convenance du solde provisoire en sa faveur. Aux termes de cette disposition, l'exigibilité et le droit à encaisser ou retirer le solde provisoire par le client ne soulève d'objection, la loi le reconnaît expressément. Le client reste évidemment redevable des paiements que la banque pourrait effectuer des opérations en cours. Pis encore, il engagerait sa responsabilité pénale pour indisponibilité de fonds assimilé à une émission de chèque sans provision. La banque qui refuserait les paiements dans cette hypothèse ne commettrait aucune faute. Il n'en demeure pas moins nécessaire de prendre en considération la continuation des rapports entre la banque et le client et plus encore l'existence d'un droit au découvert pour le client.

On doit remarquer que la permission prévue par l'article 500 visé ne profite qu'au client. Elle ne vise point la banque. Nous pensons qu'il est inutile d'aller chercher une explication quelconque du silence de la loi dans des considérations théoriques.

Il est évident que la question de l'exigibilité du solde final ne se pose même pas, ni pour la banque ni pour le client. Elle trouve sa réponse dans le raisonnement évoqué ci-dessus. Elle ne souffre pas la restriction légale relative au solde provisoire car elle permet la même prérogative la banque et à son client. Le silence légal relatif au droit de la banque au solde provisoire trouve certainement son fondement dans la logique du compte. Il ne semble pas étranger à la différence de statut juridique des parties dans la relation de compte bancaire. Dans le cadre de cette dernière, le client reste un déposant soumis, au moins en partie, au régime juridique du dépôt. La substance de l'article 509 CC incite à dire que la banque doit restituer les dépôts effectués par le client. Aucune disposition similaire ne décide cette restitution au profit de la banque. Ceci se comprend dans la mesure où la banque ne fait point de dépôt auprès de son client. Elle inscrit des crédits sur son compte. Quand le solde provisoire révèle un excédent favorable à la banque elle ne peut pas se l'approprier sur la base du dépôt. Elle ne peut y procéder que pour un solde final ou définitif, à la clôture du compte. Autrement, si pour une raison quelconque, elle tient au remboursement de l'excédent qui lui est favorable, elle

commence par un règlement final de l'ensemble du compte pour transformer le solde provisoire en solde définitif, tenant compte de tout ce qui était encore en cours ou en liquidation. Elle clôture le compte et récupère son dû. Ceci n'écarte pas les règles propres à certaines opérations déterminées et précises.

Sous-section II

Fonctionnement du compte bancaire

Le fonctionnement du compte matérialise l'exécution de son objet par les parties pendant toute la durée de leurs relations. La complexité de celle-ci explique l'organisation de la fin du compte ou le dénouement des rapports qu'il couvre.

§ 1 : Exécution de l'objet du compte

Le fonctionnement du compte en banque s'articule sur le traitement des créances et de leur inscription ou remise en compte.

A- Traitement des créances

Il s'agit du traitement juridique et comptable des créances passées par un compte en banque. Théoriquement toutes les créances sont admissibles cette manipulation, mais la qualification juridique de l'opération peut varier. Peu importe que les créances soient certaines, liquides et exigibles. Quand elles ne le sont pas encore à la date de leur remise en compte, elles n'attirent l'attention que si leur échéance tombe après la clôture du compte. La solution pratique légalement consacrée, répute le compte toujours en fonction jusqu'à la liquidation définitive de toutes les opérations initiées antérieurement.

Le client peut procéder à un dépôt de fonds ou de titres ou soumettre toute créance de ce dépôt, recevoir un virement, demander un encaissement de chèque ou un escompte d'effet de commerce. La banque perçoit le remboursement de ses prêts et avance, les intérêts, frais et commissions, etc.

Les remises faites par le client correspondent soit à des dépôts soit à des mandats. Dans le premier cas, les règles du DOC, modifiées et adaptées par le code de commerce à l'occasion des comptes de dépôt, articles 509 à 518, reçoivent application. Dans les seconds, à l'exception de la cession des créances professionnelles qui implique leur appropriation par la banque, articles 529 à 536, les autres remises sont effectuées dans le cadre d'un mandat à l'encaissement au profit du client, ou d'une habilitation à la remise ou à la restitution au profit d'un tiers. Il en est ainsi de la remise des chèques et des effets de commerce souscrits par des tiers au profit du client déposant.

Les créances particulières échappant au domaine des opérations courantes notamment par leur importance ou leur taux d'intérêt ou leur durée, restent passibles du traitement en compte en vertu accord particulier. Dans cette dernière hypothèse, l'inscriptions en compte du client remettant produit novation et anéantit partant les sûretés garantissant le montant concerné. Il faut reconnaître qu'il est difficile de rencontrer une telle situation en pratique. La banque n'inscrit au crédit de son client que ce qu'elle a encaissé en son nom. Le client n'a point de raison d'exiger plus. Faute d'encaissement par la banque, il récupère tous ses droits contre les personnes qui ont signé les titres concernés ou passés avec les opérations en question. Rappelons que dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas d'opérations courantes comme l'encaissement d'un chèque ou l'escompte d'un effet, où, l'inscription est toujours faite sous réserve d'encaissement effectif.

Inversement, l'inscription par la banque d'un montant en exécution d'un crédit accordé à son client, garanti par des sûretés réelles, ne produit pas novation. La banque demeure protégée par les garanties acceptées par le client pour le remboursement du prêt.

B- Remise en compte

Support des flux financiers entre les parties, pendant une durée plus ou moins longue, le contrat de compte bancaire porte sur une activité juridique et comptable enregistrée sur un compte ouvert au client dans les documents de la banque. Il s'agit d'une succession d'écritures comptables, instantanément balancées, des créances des deux parties.

L'inscription comptable d'une créance, ou remise en compte, traduit en monnaie les droits de chaque partie à la suite d'une opération quelconque, en vertu de la règle d'affectation générale et de règlement par balance. L'ensemble des remises constitue la série des articles du compte et témoigne de la vie ou du fonctionnement du contrat entre les parties. Ces dernières exécutent ainsi les clauses convenues. Toutefois, les remises visées n'ont de validité juridique et d'effet à leur encontre que dans la mesure où elles respectent les règles de l'écriture comptable et lorsqu'elles sont réciproques et imbriquées les unes dans les autres.

Conformément aux règles de l'écriture comptable, les inscriptions n'ont de valeur que si elles ne portent ni rature, ni surcharge ni altération quelconque. Les erreurs doivent être corrigées par des inscriptions inverses ou conséquentes. Parfois il s'agira d'une simple régularisation. Il en est ainsi en cas de non encaissement d'un effet escompté dont le montant est porté au crédit du client. En l'espèce, on désigne cette méthode par le terme de contre-passation. En pratique la banque débite ou crédite le compte de son client en fonction de la nature de l'erreur à corriger.

Il reste utile de rappeler à cette occasion que le crédit injustifié du compte d'un client se résout souvent à l'amiable en le transformant en un prêt remboursable d'une manière confortable pour l'intéressé. Si toutefois la banque souhaite exercer la voie judiciaire, elle dispose de l'action remboursement de l'indu devant le tribunal de première instance statuant en matière civile. Elle peut également suivre voie pénale en poursuivant l'intéressé conformément à l'article 527 du code pénal en matière d'appropriation frauduleuse de la chose d'autrui, « Quiconque ayant fortuitement trouvé une chose mobilière se l'approprie sans en avertir l'autorité de police ou le propriétaire, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an. Est puni de la même peine quiconque s'approprie frauduleusement une chose mobilière parvenue en sa possession par erreur ou par hasard ».

Lorsque l'erreur porte préjudice au client et qu'elle est imputable à la banque qui refuse de la rectifier à l'amiable, la victime dispose de la même action sur le plan civil, et de l'action pénale fondée sur l'abus de confiance à la lumière des articles 547 et suivants du code pénal.

La réciprocité met en relief les apports des uns et des autres. Elle vise les dépôts et versements effectués par le client, ainsi que les services accomplis par la banque à son

profit avec les frais et rémunérations d'usage. Cette réciprocité constitue la condition normale pour la faisabilité d'un règlement par balance et pour la qualification de compte bancaire par distinction d'un simple compte de dépôt ou de garde.

L'imbrication ou plus correctement la connexité des remises signifie la chronologie de leur accomplissement, les unes à la suite et en conséquence des autres. Une inscription effectuée par la banque vient en contrepartie et la suite d'une remise faite par le client. La chronologie ne signifie pas systématiquement la succession immédiate. Elle vise, même la succession ultérieure, si elle a lieu quelque temps après l'autre, qu'elle fait suite à la dernière. A défaut d'imbrication, le contrat risque de perdre la qualification de compte bancaire. Un contrat de qui ne donne lieu qu'aux remboursements du client à l'exclusion de toute opération correspondant à un acte de la banque, ne comporte pas d'enchevêtrement de remises. Il en va de même d'un contrat de dépôt qui n'occasionne que des versements du client.

§ 2 : Fin du contrat bancaire

La fin du contrat bancaire est matérialisée par la clôture du compte. Elle obéit aux règles de principe fixées par les articles 503 505 du CC qui en déterminent les causes normales et la réalisation. Il reste nécessaire de compléter ces prescriptions par celles qui doivent être observées dans les modalités particulières impliquées par l'existence d'une ouverture de crédit à durée illimitée ou la soumission du client aux procédures de difficultés d'entreprise.

A- Règles de base

L'article 503 du CC décide que le compte est d'abord automatiquement clôturé par des causes qui empêchent l'exercice d'une activité commerciale par le client. Le décès, l'avènement d'un cas d'incapacité, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire du client constituent des situations de cessation de ladite activité.

Le compte à vue prend fin, par ailleurs, de manière nuancée suivant que l'initiative en est prise par la volonté du client ou de la banque. Le premier peut résilier le contrat à tout moment sans préavis. L'établissement de crédit bénéficie de la même prérogative lorsqu'il a accordé une ouverture de crédit.

Quelle que soit la cause de la clôture, celle-ci impose un règlement du compte et l'établissement de son solde définitif notamment en raison de l'impératif d'apurer les relations entre les parties par la finalisation des opérations pendantes ou en cours d'exécution. C'est dire qu'une période de liquidation est ouverte à cette fin.

Pendant la période de liquidation, les créances nées des opérations en cours au jour de la clôture sont portées en compte. Leur inscription n'emporte leur extinction que dans la mesure où elles se complètent avec le solde provisoire existant au jour de la clôture éventuellement modifié depuis, article 505. Des discussions demeurent particulièrement ardues à propos du règlement des intérêts du solde éventuel après la fermeture du compte. Obéissent-ils au taux légal ou au taux conventionnel arrêté par le contrat bancaire. La tendance générale penche en faveur du premier car le solde ne diffère point d'une créance ordinaire.

B- Modalités particulières

La résiliation prévue par l'article 503 du CC vise l'ouverture de crédit mais cette situation n'est pas la seule à imposer une adaptation des règles de clôture du compte. L'existence d'une procédure de redressement judiciaire comporte des règles particulières à appliquer aux contrats en cours dont le compte en banque constitue un exemple où convergent les intérêts de la banque, du client soumis aux procédures et de ses créanciers. La stagnation des fonds et valeurs pendant dix ans, sans subir aucune opération ou réclamation constitue aussi un cas de clôture du compte.

I- résiliation de l'ouverture de crédit

La fermeture du compte bancaire implique la résiliation de l'ouverture de crédit qu'il comporte. L'accessoire suit le principal. Cette conséquence n'est cependant pas automatique. En effet, aux termes de l'article 525 cc l'ouverture de crédit à durée illimitée, indéterminée, expressément ou tacitement convenue entre les parties, ne peut être résiliée ou réduite, à une durée déterminée, que sur notification écrite et à l'expiration du délai fixé à la date de son commencement ou d'un délai de soixante jours au moins. Considérant l'importance de l'ouverture de crédit pour les engagements du client à l'égard de ses créanciers, la loi interdit sa résiliation brutale. Elle impose deux conditions utiles pour éviter au client la surprise désagréable de voir ses dettes impayées et ses affaires en cours fâcheusement perturbées.

Quelle que soit la forme de l'accord d'ouverture de crédit, par clause ou convention écrite ou par accord implicite consécutif à l'acceptation de la banque de payer les dettes de son client malgré un solde négatif, la décision de résiliation doit être préalablement notifiée à l'intéressé par un écrit. Malgré le silence du texte sur la forme de ce procédé, nous pensons qu'il doit être susceptible de preuve car il tend à informer et à avertir le client, non à obtenir son accord. Un écrit matérialisé par une lettre par voie recommandée et avec un accusé de réception nous semble un minimum nécessaire à cet effet. Considérant le temps nécessaire à la réception de la décision par le client et à sa réponse, la banque doit prévoir un délai raisonnable entre la date d'envoi de la lettre et celle de la clôture du compte.

L'observation de la notification de la décision de clôture ne suffit pas en effet pour répondre au but de la loi. La date d'effet de la résiliation ne doit comporter aucune rétroactivité et encore mieux soit tenir compte du délai raisonnable durant lequel le client en prend connaissance et surtout prend les mesures utiles pour faire face à ses engagements futurs. A cet égard, l'article 525 du cc retient le délai que les parties auraient convenu dès l'ouverture de crédit. A défaut, ou si ce délai est trop court, la disposition légale impose un minimum de soixante jours. Le caractère impératif de ce délai résulte de la formulation du texte qui parle d'un délai « qui ne peut être inférieur à soixante jours ». Elle s'oppose à toute interprétation qui permettrait la fixation volontaire d'un plus court. L'hypothèse inverse demeure admissible surtout en raison de l'ampleur des affaires du client et de ses rapports avec la banque. Là aussi, nonobstant le silence du texte, pour donner sa pleine signification à ce délai, il importe de fixer la date de son commencement au moment de réception de la notification par le client au moins huit jours après la date d'envoi dont le cachet de la poste fait suffisamment preuve.

II- Clôture par une procédure de difficultés d'entreprise

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 503 du le compte en banque est également clôturé par le redressement ou la liquidation judiciaire du client. Nous avons là aussi une règle de principe car cette disposition ne peut recevoir d'application brutale. D'autres prescriptions registrant les procédures de difficultés d'entreprise lui apportent des nuances essentielles. Le compte en banque repose sur un contrat dont l'exécution se prolonge dans le temps, un contrat continu ou successif. De ce point de vue, il obéit aux règles posées par les articles 588 et 589 du CC qui règlementent le sort des contrats

continus dans le cadre des procédures visées. Le compte ne peut donc être clôturé le jour du prononcé du jugement prononçant le redressement ou la liquidation judiciaire. Il ne faut pas oublier que la banque risque de l'ignorer si elle n'est pas partie au procès.

Le compte présente aussi une gravité indiscutable, vitale même pour le client ou l'entreprise et délicate pour la banque. Il constitue un moyen de fonctionnement efficace pour le partenaire de la banque. Raisonnement tenu et alimenté, il favorise le développement de l'entreprise. L'affectation inconsidérée de concours bancaires risque de favoriser une gestion défectueuse, téméraire de l'entreprise et contribuer à sa tombée en difficultés. L'inverse risque d'aggraver le besoin de ladite entreprise et accélérer sa défaillance. Dans ces deux extrêmes, la responsabilité ou au moins les fonds de la banque s'exposent à des menaces sérieuses de perte ou de questionnement disciplinaire ou judiciaire. Plusieurs dispositions du code de commerce tentent de résoudre le dilemme ou au moins d'en atténuer les conséquences.

Les articles 588 et 589 du CC règlent le sort des contrats en cours en posant le principe de leur continuation d'autant plus que le jugement d'ouverture des procédures de difficultés d'entreprise n'entraîne pas de déchéance du terme même en cas d'indivisibilité et de connexité des créances. La nuance de cette règle se trouve dans l'aménagement de la décision contraire entre le syndic et les créanciers, la banque en l'espèce. Seul le syndic jouit de la prérogative d'exiger la continuation ou de mettre fin au contrat. La banque ne peut pas décider unilatéralement la fermeture du compte. Même le défaut d'exécution des engagements antérieurs par le client ne fonde pas la banque à s'opposer à la continuation prévue par la loi et éventuellement par le syndic. La banque ne conserve que le droit de déclarer la totalité de sa séance au passif dudit client. En cas de passivité du syndic, de son omission d'exiger la continuation ou de décider la résiliation, la banque peut le mettre en demeure de se prononcer dans un sens ou dans l'autre. L'écoulement d'un mois sans réponse signifie résiliation de plein droit du contrat de compte en banque. Inversement la résiliation abusive par le syndic fonde la banque à réclamer une réparation du préjudice subi par elle de ce fait. En pratique, cette hypothèse demeure théorique parce le syndic prend toujours le temps de préparer sa décision, notamment en collectant d'amples informations auprès des créanciers dont la banque. Celle-ci fera

éventuellement sa demande de réparation sous forme de déclaration de créance.

Dans l'esprit de continuation, l'article 593 du CC précise que le syndic peut en toute circonstance faire fonctionner le compte bancaire dans l'intérêt de l'entreprise. Donnant l'efficience requise à cette faculté, l'article 625 du même code ajoute que lorsque l'entreprise a fait l'objet d'une interdiction d'émettre des chèques antérieurement à l'ouverture des procédures de difficultés, le tribunal peut en suspendre les effets pendant l'exécution du règlement du passif. Il ne faut pas confondre l'interdiction d'émettre des chèques avec la fermeture d'un compte. Celui-ci continue malgré une telle mesure. De même que les notions de redressement et de liquidation judiciaire consécutives aux situations compromises ou irrémédiablement compromises ne posent plus de difficultés d'interprétation majeure. Leur appréciation et leur prononcé relèvent exclusivement de la compétence judiciaire. Cette règle met fin aux discussions provoquées par l'incohérence des prescriptions du nouveau code de commerce avec celles de la loi bancaire de 1993 notamment dans son article 63. Ce texte concernait la résiliation de l'ouverture de crédit et visait particulièrement l'orthodoxie de la gestion bancaire. La réforme bancaire par la loi de 2006 met fin à la discussion en harmonisant la réglementation bancaire avec les règles du code de commerce. La banque ne bénéficie point de compétence pour décider de l'existence d'une situation compromise ou irrémédiablement compromise et fermer le compte avant que le tribunal ne prononce un redressement ou une liquidation. En cas de perturbation des paiements par son client, et en l'absence d'une procédure de difficultés d'entreprise contre le client, elle reste admise à appliquer les conditions de résiliation fixées par l'article 503 du cc.

III- Clôture causée par l'absence d'opération ou de réclamation pendant dix ans.

L'article 114 de la loi bancaire met fin à une situation de vide législatif qui embarrassait les banques et les pouvoirs publics. Il s'agit de l'hypothèse où des fonds ou des valeurs déposées en banque ne font plus l'objet opération ou réclamation de la part de leurs titulaires ou ayants droit pendant dix ans. La loi ne précise pas de cause à cet état. Peu importe que l'immobilisme fait suite à un décès, un oubli, une ignorance. Il suffit que les fonds et valeurs ne bougent plus ou qu'ils ne soient pas réclamés depuis dix ans. Les établissements de crédit sont tenus d'adresser, dans un de six mois avant l'expiration de la dixième année, un avis recommandé au titulaire de tout compte, ou à

ses ayants droit, susceptibles d'être atteints par la prescription et dont l'avoir en capital et intérêts est supérieur ou égal à une somme déterminée par arrêté du Ministre chargé des Finances.

A l'échéance et en l'absence de manifestation des intéressés indiqués, les fonds et valeurs sort versés ou déposés la Caisse de Dépôt et de Gestion (CDG) qui les détiendra pour le compte desdits intéressés pendant un délai de dix ans au terme duquel et toujours faute de réclamation, ils sort frappés par la prescription au profit du Trésor.

Avant la loi bancaire actuelle, les fonds et valeurs en question étaient soient déposés par la banque dépositaire auprès de la CDG soient conservés, avec ou sans exploitation, pendant une durée indéterminée. On discutait de leur prescription au profit de la banque pour justifier leur éventuelle appropriation par elle en violation flagrante du sens de la prescription et des règles du dépôt.

SECTION II

LE CONTRAT DE DEPOT

L'originalité du compte bancaire se situe essentiellement dans sa fonction de recevoir des dépôts de fonds et de titres. La banque, dans le cadre de son activité de collecte des fonds, accepte de recevoir, de garder, de restituer des sommes d'argent et des titres négociables. Elle s'engage par la même à assurer les différentes prestations de caisse et de manipulations multiples conséquentes. Sa relation avec le client obéit certes au régime juridique de l'ouverture de compte examiné ci-dessus. Elle obéit aussi, aux règles générales du dépôt volontaire prévues par les articles 781 à 817 du DOC dans la mesure de leur compatibilité avec les principes du droit commercial ainsi qu'aux prescriptions du droit bancaire, notamment les articles 509 à 518 du code de commerce.

§ 1 : Le dépôt en général

Le dépôt implique parfois la confusion avec le gage, car dans les deux contrats on observe une dépossession. En réalité les deux contrats conservent leurs natures respectives. Le dépôt est un contrat réel qui ne se constitue que par la remise d'une chose de la part du déposant au dépositaire. Cette remise lui confère une détention matérielle dans l'intérêt du déposant. Le gage traduit une garantie, une sûreté réelle où

la remise de l'objet grevé a lieu entre les mains du créancier ou d'un tiers, toujours dans l'intérêt du créancier. Le dépôt ne constitue pas un contrat de sûreté par lui-même, mais en pratique, on le rencontre soit comme concrétisation de la dépossession propre au gage, soit comme élément spécifique d'un gage particulier, le warrant. Il produit aussi une conséquence très proche d'une véritable sûreté dans un grand nombre de contrats par le biais du droit de rétention qu'il confère au dépositaire. Ce dernier est autorisé à exercer un droit de rétention sur l'objet déposé quand le dépôt est rémunéré. La rétention joue comme une garantie au profit du dépositaire à l'effet d'encaisser le prix du dépôt. Il ne faut pas la confondre alors avec le dépôt qui la précède et qui diffère foncièrement de la sûreté réelle mobilière, le gage.

Le dépôt constitue enfin un contrat d'une grande importance en matière bancaire que les articles 509 à 518 du CC régissent avec une grande rigueur. Les activités de garde-meubles, d'exploitant d'entrepôts, de professionnels de réparation, garagistes, techniciens visuel (télévision, lecteurs de matériels informatique, etc.), reçoivent le dépôt de biens divers soit pour leur gardiennage, soit pour leur réparation. Le silence du code de commerce sur le contrat de dépôt signifie sa soumission aux dispositions du DOC, articles 781 à 817, dans la mesure de leur compatibilité avec les principes du droit commercial, article 2 CC. Ainsi l'application des dispositions générales de la loi commerciale s'impose quand le dépôt coïncide avec une activité commerciale ou en constitue l'accessoire.

Le dépôt est un contrat par lequel une personne, propriétaire ou non, remet une chose mobilière à une autre personne, qui se charge de garder la chose déposée et de la restituer dans son individualité. Ce contrat est parfait par le simple consentement des parties qui se traduit nécessairement par la remise de la chose déposée par le déposant entre les mains du dépositaire qui en reçoit la détention. L'exigence de cette remise est inhérente au caractère de contrat réel du dépôt. Ce consensualisme ne suffit plus si sa valeur excède dix mille dirhams.

Dans ce cas l'établissement d'un écrit devient nécessaire pour la preuve, sinon, les parties se heurteront aux difficultés d'appréciation des autres éléments susceptibles de démontrer leurs droits.

Au plan des effets, le dépositaire a la responsabilité du bon père de famille et ne peut se substituer un tiers sans accord du déposant. Il répond de la perte et de la

détérioration de la chose, même en cas de force majeure ou de cas fortuit, s'il dispose de ladite chose sans accord du déposant.

Le déposant doit payer le prix du dépôt, rembourser au dépositaire les frais engagés par lui pour la conservation de la chose ainsi que les indemnités justifiées par le dommage que je lui a causé le cas échéant. L'obligation de rembourser les frais de conservation est garantie par un droit de rétention explicitement reconnu au dépositaire par l'article 817 du DOC. Nous pensons que le silence de la loi sur l'admission du droit de rétention pour le paiement du prix du dépôt s'explique parce que généralement ledit prix est payé d'avance et que les clauses du contrat, quand il est écrit, ne manquent pas de le prévoir, en plus de son caractère raisonnable évident. Il n'en demeure pas moins vrai que cette attitude du DOC résulte aussi de la formule générale et trop concise de son article 292 qui reconnaît ce droit au possesseur de bonne foi en observant le silence sur les applications d'ensemble. Ces dernières figurent pourtant dans des dispositions diverses de ce code, notamment en faveur de l'acheteur sur le prix (articles 583, 584 et 596), de l'emprunteur de choses sur ces choses pour le remboursement de ses frais (articles 846 et 847), le bailleur de choses pour le paiement des loyers (articles 684 et 685), etc.

Le mutisme législatif sur beaucoup de situations ne concorde pas avec la pratique très répandue du droit de rétention et admise depuis longtemps par la jurisprudence et la doctrine. Considéré comme une véritable garantie, lorsque le créancier est en possession de bonne foi d'un bien de son débiteur à l'occasion d'une séance liée au bien, le créancier est légitimement fondé à exercer une rétention dudit bien pour qu'il obtienne paiement de son dû. Ainsi l'exercice du droit de rétention dépasse le champ des quelques situations où il est expressément consacré par la loi. On le retrouve dans toutes les hypothèses de connexité entre une séance et une chose retenue, notamment en matière de gage et de dépôt.

§ 2 : Le contrat de dépôt en banque

Les articles 509 518 du CC régissent les comptes de dépôt de fonds et de titres dans deux chapitres qui suivent celui relatif au compte en banque.

A- Dépôt de fonds

Le contrat de fonds est le contrat par lequel une personne dépose des fonds d'un établissement bancaire quelque soit le procédé de dépôt et lui confère le droit d'en disposer pour son propre compte à charge de les restituer dans les conditions prévues au contrat. Cette définition légale met en relief trois éléments distinctifs du dépôt bancaire par rapport au dépôt de droit commun : l'indifférence du procédé du dépôt, le droit du dépositaire de disposer des fonds et l'obligation pour lui de les restituer conformément aux conditions convenues.

Le silence du texte sur le caractère écrit n'est que partiellement corrigé par l'allusion au contrat. Abstraction faite de l'applicabilité de la règle de l'exigence de l'écrit dès que la valeur dépasse dix mille dirhams, l'article 112 de la loi bancaire impose la rédaction écrite d'une convention d'ouverture de compte de titres. L'exigence de l'écrit ne fait plus de doute.

I- Remise de fonds

Le dépôt, rappelons le, est un contrat réel qui ne se constitue que par la remise effective, physique ou juridique, de son objet, quelque soit le procédé ou le moyen d'accomplissement de la remise. Aux termes de l'article premier de la loi du 14 février 2006 relative aux établissements de crédit, la réception des dépôts de fonds vient en tête des activités bancaires. L'article 2 de la même loi répète à peu près les termes de l'article 509 du CC à la lumière des faits, on constate que l'opération de dépôt se réalise par le versement d'espèces ou de chèques ou de lettre de change à l'encaissement ou encore par virement ou cession de créances professionnelles, etc. Dans tous les cas de figure elle se traduit par une réception immédiate ou future de fonds appartenant au déposant.

Considérant les risques de suspicion et de manipulation délictuelle, il reste que le déposant soit le titulaire du compte ou son mandataire. Tout dépôt d'espèces doit être fait exclusivement par lui ou son représentant. Le dépôt d'effets de commerce doit porter sa signature. Seul le virement échappe à cette exigence car quiconque peut le faire au profit de tout titulaire de compte. En conséquence, pour parer tout risque, ce dernier, une fois avisé par la banque, doit, le cas échéant s'assurer de la licéité et de la régularité du virement fait à son compte.

II- Droit et obligations de la banque dépositaire

L'opération de dépôt confère la banque dépositaire le droit de disposer des fonds déposés. Cette règle posée par le code de commerce reprend et adapte les dispositions de l'article 783 du DOC concernant le dépôt d'argent en droit commun. Elle s'explique par ailleurs en raison des caractères fongible et consomptible de la monnaie qui impliquent la restitution de la valeur et non des supports physiques en papier ou en métal de la monnaie. La règle se justifie aussi par ce que l'activité bancaire consiste dans le commerce du crédit qui se traduit par un simple jeu d'écritures et par une circulation continue des fonds.

1- Restituer les fonds

a- Garde des fonds

Le dépositaire a l'obligation de restituer les fonds déposés conformément à la conception même du dépôt et aux conditions convenues avec le déposant. Mais avant la restitution et pour pouvoir le faire, la banque a la charge de la garde des fonds déposés. Ceci veut dire qu'elle pouvoir en conserver la valeur pour qu'elle puisse la restituer au moment convenu. L'obligation de garde est inhérente au dépôt. Cette obligation est conçue de manière plus rigoureuse qu'en droit commun. Le dépositaire n'est pas libéré de son obligation de restitution si, hors le cas de saisie, il paie sur un ordre non signé par le déposant ou son mandataire. Par conséquent, seule la voie d'exécution par saisie judiciaire dégage sa responsabilité. On doit ajouter à cette possibilité, la prérogative de l'administration fiscale de procéder au recouvrement par la procédure d'avis à tiers détenteur. Contrairement aux prescriptions de droit civil, il n'est pas libéré de son obligation de restitution dans le cas où il viendrait à perdre les fonds déposés par suite d'un événement de force majeure.

b- Restitution des fonds

Les conditions convenues par les parties varient suivant que le compte est à vue ou terme, que le dépôt soit producteur d'intérêts au profit du déposant ou non.

Le dépôt effectué en exécution d'un compte à terme, prend fin à l'échéance fixée par les parties. Il ne peut être renouvelé qu'à la demande du client et en accord avec la banque. A défaut de renouvellement, la banque doit restituer les fonds à la demande du

client. L'existence d'un terme contractuel n'empêche pas toutefois le client de procéder à une résiliation anticipée et réclamer la restitution de ses fonds. Tout en autorisant cette possibilité, l'article 508 du CC la soumet à deux conditions. La résiliation doit avoir lieu avec l'accord de la banque, sinon, elle doit être prononcée par la justice. De plus, cette résiliation anticipée donne droit à la banque d'appliquer les pénalités prévues à l'ouverture ou dans l'acte de dépôt lui-même.

Lorsque la restitution fait suite à un dépôt à terme normalement arrivé à sa fin, elle porte à la fois sur le montant déposé et les intérêts stipulés en faveur du client déposant.

S'il s'agit d'un dépôt dans le cadre d'un compte à vue, les règles générales de résiliation visées plus haut s'appliquent en entraînant restitution par retrait ou ordre de paiement. L'exigibilité des intérêts stipulés en faveur du client a lieu à l'échéance. Cette dernière ne coïncide pas nécessairement avec l'expiration du terme du dépôt. Quand la durée du dépôt est plus ou moins longue, les intérêts peuvent avoir plus d'une échéance. Ils sont versés au client aux dates de ces échéances, non à celle du dépôt. Seule la dernière somme peut l'être à l'échéance du dépôt.

B- Dépôt de titres

Le dépôt de titres a pour objet les valeurs mobilières et les autres titres négociables qui demeurent régis par les dispositions de la loi 35 -94 relative à certains titres de créances négociables. Les dispositions des articles 511 518 du cc en fixent le contenu et les droits et obligations des parties.

I- Le contenu du dépôt

On rappelle que la loi 17 -95 sur les sociétés anonymes dans ses articles 243 et suivants, considère comme valeurs mobilières les actions, les obligations, les certificats d'investissement et par assimilation les droits d'attribution ou de souscription de ces valeurs mobilières. On doit ajouter à cela les titres dérivés c'est-à-dire, les actions ayant priorité sur les dividendes mais sans droit de vote et les actions à vote double d'une part, et les obligations convertibles en actions d'autre part.

Les dispositions du code de commerce embrassent aussi les titres négociables prévus par la loi 35 -94 publiée le 8 février 1995, à savoir, les certificats de dépôt, les bons de caisse émis par les sociétés de financement et les billets de trésorerie.

Observons que les dispositions de l'article 511 du CC ne visent pas certaines valeurs mobilières prévues par l'article 3 du dahir portant loi du 21 septembre 1993, tel qu'il a modifié et complété, relative à la bourse des valeurs mobilières. Il s'agit des parts possédées par les fonds de placement collectif et les fonds de placement collectif de titrisation des créances hypothécaires. Il nous semble que cet oubli ne s'oppose pas à l'inclusion de ces titres dans le domaine du bancaire et partant de l'enregistrement chez le dépositaire central.

D'autres titres sociaux demeurent exclus en déduction du caractère limitatif des dispositions légales. Il en est ainsi notamment des certificats de vote émis par les sociétés anonymes et des parts sociales créés par les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés de personnes. Par contre, nous soulevons la question de la survie de toute la possibilité du dépôt bancaire des titres à la suite de la dématérialisation des valeurs mobilières, de l'obligation de centraliser leur enregistrement auprès du dépositaire central depuis sa création. Les missions de garde, de conservation et de protection des droits du déposant, mises à la charge de la banque dépositaire sont reproduites à l'article 35 de la loi relative au dépositaire central.

La loi 35 -96 publiée le 16 janvier 1997 crée et institue un dépositaire central chargé de la conservation des valeurs mobilières, de l'enregistrement des opérations les concernant et de la facilitation de leur gestion et leur circulation. Aujourd'hui, l'enregistrement des titres dématérialisés, nominatifs ou au porteur, après du dépositaire central, constitue la seule forme de « matérialisation » et pratiquement le seul moyen de preuve des droits qui sont attachés aux titres. Depuis la modification introduite par la loi 43 -02, pratiquement toutes les valeurs mobilières et les titres négociables deviennent soumis à la formalité d'enregistrement. En conséquence, l'absence de support papier résultant de la dématérialisation et l'obligation d'enregistrement auprès du dépositaire central réduisent considérablement, si elles n'anéantissent pas entièrement, l'intérêt du dépôt bancaire des titres tel qu'il est réglementé par les dispositions du code de commerce. Cette remarque s'impose d'autant plus que la bancaire ne fait aucune allusion cet acte parmi les activités bancaires 34-02, articles premier et deux. On retrouve ici l'incohérence relevée à propos du nantissement des titres aussi comme contrat bancaire dans le code de commerce.

II- Droits et obligations des parties

Le code de commerce concentre ses prescriptions sur les obligations de la banque et implicitement les droits du déposant.

A la différence du dépôt de fonds, le dépôt de titres ne confère à la banque dépositaire aucun droit d'en disposer. Sauf stipulation expresse contraire, l'établissement bancaire ne peut user des titres déposés et exercer les droits qui y sont attachés que pour le compte exclusif du déposant. Son obligation première consiste dans la garde et l'exercice des droits du déposant.

L'établissement bancaire doit assurer la garde des titres et y apporter les soins qui, de droit commun, sont exigés du dépositaire salarié. Il ne peut s'en dessaisir que sur les instructions écrites du déposant. L'importance de cette obligation apparaît travers la rigueur de son corollaire, l'obligation de restitution. L'établissement bancaire est tenu de restituer les titres sur la demande du déposant dans les délais qu'imposent les circonstances de la garde. La restitution s'opère en principe, au lieu où le dépôt a été effectué. Elle doit porter sur les titres mêmes qui ont été déposés, moins que la restitution par équivalent n'ait été stipulée par les parties ou admise par la loi.

La restitution ne doit être faite qu'au déposant ou aux personnes qu'il a désignées.

En cas de décès, les dispositions de l'article 800 du DOC sont applicables, même si les titres révèlent qu'ils sont la propriété de tiers.

Enfin on peut dire que la restitution a lieu à tout moment conformément aux délais et circonstances de la garde, et à la fin du contrat de dépôt ou à la clôture du compte. Si les titres ne subissent aucune opération ordonnée par leur propriétaire ou ses ayants droit ou ne font l'objet d'aucune réclamation de leur part pendant dix ans, nous pensons que les règles posées par l'article 114 de la loi

bancaire en matière des fonds et des valeurs doivent recevoir application pour que la prescription joue avec plus de force au profit du trésor de l'Etat.

Toute revendication concernant les titres déposés doit être portée à la connaissance du déposant par l'établissement bancaire. Elle ne fait obstacle à la restitution des titres litigieux qu'à la suite d'une décision de justice.

Dans l'optique de la conservation et la protection des droits du déposant aux fruits et accessoires des titres, la banque doit accomplir certain nombre d'opérations. Sauf stipulation contraire, l'établissement bancaire doit encaisser le montant des intérêts,

dividendes, remboursements du capital, amortissements et d'une façon générale, toutes les sommes auxquelles donnent droit les titres déposés, dès l'exigibilité de celles-ci.

Dans ce cadre, l'établissement bancaire aussi se faire délivrer les titres résultant d'une attribution gratuite et les ajouter au dépôt. Il doit procéder aux opérations tendant à la conservation des droits attachés aux titres, recouponnement et estampillage.

Les opérations qui donnent lieu à option à exercer par le propriétaire des titres sont portées à la connaissance du déposant. En cas d'urgence et de risque de dépérissement de droits, l'avertissement de l'établissement bancaire est fait par une lettre recommandée avec accusé de réception. Dans tous ces cas, les frais correspondance sont supportés par le déposant, en sus des commissions normalement dues.

A défaut d'instructions du déposant, parvenues en temps utile, l'établissement bancaire est tenu de négocier, pour le compte du déposant, les droits non exercés par lui. Ces dispositions ne s'appliquent qu'aux valeurs cotées en bourse.

Les sommes encaissées doivent être mises à la disposition du déposant, notamment par inscription à son compte à vue.

L'établissement bancaire est tenu en fin d'adresser au terme de chaque trimestre au déposant un relevé de compte des titres en dépôt qu'ils soient des titres consolidés ou des titres en compte. Ce document remplit les fonctions de procédé de communication et d'information, d'avis pour provoquer les contestations et réclamations éventuelles du déposant, et de moyen de preuve des droits et obligations des parties dans la gestion du dépôt.

SECTION III

LE PRET D'ARGENT

Le contrat de prêt d'argent reste encore l'illustration parfaite de l'image de la banque dans la mentalité des usagers. En effet, ce contrat se distingue par son importance quantitative et qualitative dans les opérations bancaires. Il se particularise aussi par sa nécessité et sa gravité dans les activités des entreprises. Curieusement, le code de commerce ne lui consacre point de dispositions particulières en dehors des allusions impliquées par les intérêts dus à la banque et l'ouverture de crédit. La même attitude caractérise la loi bancaire dans la mesure où ses dispositions ne permettent pas plus que la déduction. On ne peut interpréter cette manière de légiférer comme un renvoi au droit commun. Le prêt réglementé par le DOC obéit à des considérations et des prescriptions étrangères ou incompatibles avec les impératifs du droit commercial et des relations professionnelles entre la banque et ses clients. Il s'agit là de relations fondées et organisées strictement sur le crédit dont je besoin est ressenti par le client à l'occasion d'un investissement ou d'une gestion de trésorerie. Devant l'importance du prêt d'argent évoquée ci-dessus et la lacune législative, force est de s'arrêter sur les deux applications principales de ce contrat, le prêt proprement dit et l'ouverture de crédit, en se limitant à l'exploitation des quelques dispositions légales visées, à l'adaptation des prescriptions du droit commun et aux règles dégagées par la jurisprudence, les usages et pratiques de la profession.

§ 1 : Le prêt bancaire

Le prêt d'argent par les banques tend à la satisfaction de besoins de financement d'investissements divers ou de paiement de dettes des entreprises commerciales. Même

s'il subit l'influence de la réglementation bancaire, il ne demeure pas moins largement tributaire des dispositions du DOC, mêmes adaptés aux impératifs du commerce. Il faut reconnaître que le développement actuel de la société de consommation au Maroc a engendré un marché considérable que les banques s'acharnent à exploiter malgré la concurrence ardue qu'elles se livrent ou qu'elles subissent. L'absence de réglementation particulière du crédit d'investissement et du crédit de consommation amène à les soumettre pratiquement aux mêmes principes juridiques. Le danger encouru par l'emprunteur ne correspond malheureusement point à une contrepartie équivalente à celle escomptée par l'investisseur.

Avant l'introduction du leasing par le nouveau code de commerce et la nouvelle loi bancaire, le prêt classique était le contrat le plus courant traduisant le concours bancaire au financement des investissements mobiliers et immobiliers. Il reste encore le contrat de base en la matière dans toutes les situations où les commerçants trouvent intérêt à garder la propriété des investissements concernés par le prêt.

Conformément au droit commun, on doit observer que le d'argent porte sur une chose consomptible par excellence. Il obéit par conséquent aux principes du droit de consommation régi par les articles 856 à 869 du DOC. C'est le contrat par lequel une banque met des fonds à la disposition d'un commerçant emprunteur lui conférant ainsi le droit de les utiliser conformément à ses besoins et aux clauses convenues, à charge de les rembourser toujours conformément la loi et aux clauses convenues. La banque lui en transfert la propriété, article 861 du DOC. S'agissant d'une opération commerciale pour les deux parties, le droit bancaire implique le paiement d'intérêts, article 871 du DOC et de frais divers au profit de la banque, article 869 du DOC adapté à la matière commerciale. Il s'articule par conséquent sur trois conditions générales principales, l'octroi de fonds par la banque, le remboursement du capital et le paiement des intérêts par l'emprunteur. Considérant l'importance des fonds et surtout la complexité des rapports entre les parties, il devient légitime de poser la question de l'existence d'une condition de forme pour la naissance ou la preuve du contrat.

A- Formation du contrat de prêt

En vertu du droit commun, le prêt est un accord consensuel qui n'implique pas l'exigence d'une forme particulière, l'écrit en l'occurrence. Cette règle s'efface pourtant toujours en application du droit commun. L'article 443 du DOC impose la preuve par

écrit dans les obligations ayant une valeur supérieure à 250 dirhams. La loi no 53 -05 du 30 novembre 2007, sur l'échange électronique des données juridiques, modifie ce texte en élevant la valeur indiquée à dix mille dirhams. Partant considérant que le montant prêtée aux entreprises dépasse généralement cette somme, le prêt doit être établi par écrit. Depuis la loi bancaire de 2006 l'exigence de l'écrit trouve un autre fondement dans l'article 112 de cette loi qui retient la condition de l'écrit pour l'ouverture de compte. Dans le but de faciliter le recouvrement de sa créance, la banque n'hésite pas à accompagner le prêt par un contrat de compte.

Théoriquement, la condition de l'écrit s'effacerait dans le prêt de consommation dont le montant reste généralement inférieur à dix mille dirhams. En fait, même dans ce domaine, les banques établissent un document écrit signé par l'emprunteur et déterminant les droits et obligations des parties.

Observons aussi que l'écrit ne revient guère nécessairement à un contrat spécialement destiné à l'opération. Rien ne s'oppose à l'indication de l'accord relatif au prêt dans d'autres documents. Entre commerçants, d'autres écrits dont notamment les pièces comptables et les correspondances, sont admis comme moyens de preuve au même titre que le contrat. Toutefois, la complexité et l'originalité de chaque prêt bancaire se traduit par des conditions et des modalités d'exécution très variables en fait. La rédaction d'un écrit spécial devient nécessaire pour permettre aux parties de faire plus facilement la preuve de leurs droits en cas de besoin.

B- Droits et obligations des parties

La condition juridique des parties subit l'influence profonde du caractère réel du contrat de prêt. La banque s'oblige, sous cet angle, essentiellement à la remise des fonds, objet réel du prêt. La loi bancaire l'astreint par ailleurs à un service particulier d'information et de conseil. La cause du prêt doit être licite et morale, loin de toute compromission irrémédiable du client. Le client s'engage principalement à rembourser le capital et payer les intérêts. Exceptées quelques dispositions légales impératives, la nature consensuelle du prêt permet aux parties de prévoir d'autres règles par des clauses particulières, notamment pour déterminer ou fixer la destination ou l'affectation du prêt, pour organiser la possibilité de contrôle par la banque du respect de ladite affectation, la détermination des divers délais, déchéances et causes de résiliation.

I- Condition de la banque

De ce qui précède on déduit que la banque a trois obligations dont deux de nature légale, la remise des fonds et le conseil, et une de caractère général, la prudence travers l'abstention de toute initiative pouvant compromettre la situation du client ou le sort de ses propres biens.

1- Remise des fonds

En premier lieu la banque s'engage à exécuter l'opération de prêt par la remise des fonds au client. Il va de soi que la mise desdits fonds à la disposition du client réalise suffisamment cette obligation de la banque. Le client doit pouvoir utiliser les fonds. Le contrat de prêt est un contrat réel qui ne peut se former valablement que par cette remise des fonds. Les fonds prêtés constituent le capital objet du contrat mais ne représentent qu'un élément de la créance de la banque et partant de la dette de l'emprunteur. En effet, il reste à lui ajouter les intérêts et les frais conséquents. La remise effective des fonds répond à la nature de contrat réel mais ne permet pas de qualifier le prêt comme contrat unilatéral.

Le caractère synallagmatique du rapport des parties apparaît clairement dans les obligations de l'emprunteur de rembourser le capital, de payer les intérêts et éventuellement d'utiliser le capital dans le but contractuellement convenu du prêt. Le prêt accordé pour l'acquisition d'un matériel ou d'un équipement n'a pas le même objet que celui qui est octroyé pour l'achat d'une voiture personnelle ou d'une habitation familiale. Tenant compte de cette précision, la remise des fonds opère transfert de la propriété des fonds et s'impose pour l'existence même du prêt. En l'absence d'un tel transfert, le contrat n'est pas parfait. Ceci ne l'empêche pas de concorder avec un autre acte juridique, une promesse de prêt par exemple. Mais dans ce cas, l'acte obéira à un régime juridique différent.

A cet égard on est fondé à s'interroger sur la force de la promesse et partant sur l'obligation pour la banque de l'honorer en la perfectionnant en un véritable. On est tenté de répondre par l'affirmative en pensant que l'exécution de la promesse constitue une obligation de résultat à la charge de la banque. Les nuances des circonstances de chaque espace enseignent le contraire. En principe la banque doit exécuter la promesse et parfaire le prêt par la remise des fonds. Il arrive cependant qu'elle découvre, entre la

date de la promesse et celle où l'exécution est requise, une raison valable pour annuler sa promesse et refuser de conclure le prêt. Il en est ainsi quand elle apprend que l'emprunteur est insolvable ou surendetté ou ne peut pas offrir de garanties fiables de remboursement ou encore qu'il affecte les fonds demandés une opération distincte de celle qui fonde la demande de prêt. Dans toutes ces hypothèses, nous pensons que la banque reste légitimement habilitée à refuser la remise des fonds.

2- Prestation de conseil et d'information

Les alinéas 6 et 7 de l'article 7 de la loi bancaire permettent à la banque de fournir à leurs clients des prestations de conseil et d'assistance notamment en matière de gestion financière, d'ingénierie financière et, d'une manière générale, tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises. Certes son champ d'application tel qu'il est délimité par la loi ne vise point le contrat de prêt, mais le service de renseignement et de conseil complète utilement les activités de la banque et peut aisément précéder ou accompagner ce contrat. Généralement peu rémunérateur et porteur de risque grave, il est exercé de manière facultative et avec parcimonie. La banque détient beaucoup d'informations à la fois sur ses clients et sur les tiers. Elle hésite à les communiquer de peur de violer son devoir de confidentialité ou de discréption, ou même de commettre une transgression du secret professionnel. Ceci n'élimine pas son intérêt à obtenir un consentement éclairé de son client, et par conséquent son devoir de l'informer et de le conseiller. Les tribunaux peuvent parfaitement fonder leurs décisions sur l'article 231 du DOC pour imposer aux banques une véritable obligation d'information et de conseil au profit de leurs clients, non seulement dans le contrat de prêt, mais dans toutes les relations bancaires avec eux. La seule limite à cette obligation réside dans le respect des dispositions légales réservant le conseil et l'information à certains professionnels, (à titre d'exemple, les experts comptables, dans des domaines particuliers).

3- Abstention de toute initiative compromissoire

L'article 84 de la loi bancaire établit à la charge des établissements de crédit une obligation de vigilance concernant toute opération dont la cause économique ou le caractère licite n'est pas apparent. L'insertion de cette obligation dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de l'argent de provenance ou de destination criminelle ne

limite pas son champ d'application au domaine visé. Elle illustre une obligation plus générale de prudence et de diligence dans le commerce du crédit. L'octroi inconsidéré de prêt encourage l'emprunteur à en détourner l'affectation et par conséquent celle de la réglementation restrictive du crédit dans certains secteurs. Inversement, le refus abusif ou l'exigence de conditions excessives et injustifiées pour l'octroi de prêt accélérera probablement la chute de l'entreprise dans une situation irrémédiablement compromise. On mentionnera dans cet ordre, l'octroi de crédit à une entreprise dont l'activité est illicite, ou à une entreprise qui exerce ses activités dans des conditions contraires à la loi. On visera aussi les prêts accordés, de manière imprudente ou par collusion, pour prolonger artificiellement la vie d'une entreprise en difficulté ou même dont la situation est irrémédiablement compromise.

II- condition du client

Comme il a été signalé plus haut, le client emprunteur s'engage à rembourser le montant du capital emprunté, le total des intérêts dus en vertu du prêt. Il doit aussi affecter les sommes reçues au titre de prêt conformément à l'objet déclaré à la banque et accepter le contrôle de cette dernière sur ladite affectation conformément aux règles convenues.

1- Remboursement du capital

L'emprunteur a une obligation de résultat de rembourser à la banque une somme égale au capital emprunté. Il doit le faire au lieu et à la date convenus. L'inexécution du remboursement fonde le créancier en exécution forcée et en demande de réparation du préjudice qu'il subit du fait de la défaillance du débiteur et du dérangement causé par l'action judiciaire. En pratique la banque réalise d'abord les garanties et sûretés qui lui ont été données pour appuyer son droit au remboursement. Seule l'insuffisance du produit collecté de ces garanties amène la banque à agir en justice pour le reliquat et les dommages et intérêts.

Le respect de la date du remboursement intéresse la banque dans la mesure où il répond aux besoins de fluidité et de régularité de ses activités et écritures comptables. La date convenue correspond, suivant les cas d'espèce, à une échéance unique ou à une série d'échéances. Dans le premier cas, assez rare en pratique, le prêt doit être remboursé en une seule fois, de la date convenue. Plus généralement le remboursement

est échelonné sur des dates multiples fixées conventionnellement à des intervalles pendant sa durée. Dans cette hypothèse, chaque échéance devient une date d'exigibilité indépendante, propre à la tranche du prêt correspondante.

Normalement, considérant que la date du remboursement a été fixée à la faveur de la situation de l'emprunteur, ce dernier s'engage à la respecter et payer à son avènement. Réciproquement, la banque acquiert le droit indiscutable d'exiger le remboursement à cette date et de tirer les conséquences protectrices de ses intérêts en cas de son inobservation. Dans cette logique, le débiteur conserve la faculté de renoncer au délai restant à courir avant l'arrivée de l'échéance. Il peut rembourser par anticipation et la banque doit accepter ce remboursement sans difficulté. En réalité cette vision se fond sur le caractère unilatéral de la fixation de la date en faveur du débiteur. Ce n'est là qu'une présomption simple prévue par l'article 135 du DOC en matière de terme en général. Elle est corrigée par 866 du même DOC qui précise que si le terme repose sur l'intérêt commun des parties, l'emprunteur ne peut pas contraindre le prêteur à recevoir un remboursement par anticipation. Or c'est justement le cas en matière bancaire.

La banque convient des dates d'échéance souhaitée par le client. En même temps, elle tient compte des impératifs de sa gestion et de la réalisation de recettes. La date repose alors sur l'intérêt commun des deux parties. Cette interprétation apparaît à propos du remboursement par anticipation que la banque accepte presque toujours sans problème. Mais elle le conditionne presque automatiquement par le paiement d'une part des intérêts restant courir. La solution adoptée concilie les intérêts en présence. Le débiteur est déchargé d'une somme parfois importante des intérêts du prêt. Pour profiter réellement de cette décharge, le paiement par anticipation doit se faire à un moment où les intérêts constituent une portion importante des remboursements, en général les premières années. La banque profite de la récupération anticipée de son capital en plus d'une indemnisation raisonnable de son manque à gagner. Les rapports spécifiques des parties montrent que la banque renonce à cette indemnité quand elle devient dérisoire, notamment quand l'anticipation joue vers la fin du prêt.

Il importe de distinguer cette indemnisation de mesures voisines, la clause pénale et les dommages-intérêts consécutifs à une résiliation pour inexécution. Ces mesures ont

une nature de sanctions civiles soumises au contrôle judiciaire, alors que notre indemnité conserve son caractère d'obligation contractuelle applicable en dehors de toute faute du client. Affirmer le contraire revient à ignorer la possibilité pour le débiteur, capable et disposé à payer par avance, de revenir sur sa décision et continuer à profiter du reliquat du prêt en investissant les fonds destinés au remboursement anticipé dans d'autres opérations. Le paiement des intérêts ne modifie pas sa situation.

Faut-il rappeler que les banques font preuve de plus d'intelligence en négociant ce point en vue de préserver leurs relations futures avec l'emprunteur. D'ailleurs cet esprit de souplesse et de vue à long terme explique aussi leur attitude en cas d'inexécution fautive du client. En effet, bien que la quasi-totalité des contrats de prêt comporte une clause de déchéance du terme et de résiliation du contrat suite défaillance du client à une seule échéance, les banques s'arrangent conventionnellement avec le débiteur pour éviter la rupture brutale de leurs relations. Conscientes de ses difficultés, elles n'hésitent guère à lui consentir des reports, des révisions de taux d'intérêts, des rééchelonnements, etc.

2- Paiement des intérêts

L'obligation de payer des intérêts ne soulève pas d'objection de principe de la part de l'emprunteur. Son fondement dans le cadre du compte bancaire de base se renforce dans le de capitaux au sens précis. Il s'agit dans ce contrat d'une privation réelle de la banque de l'usage de ses capitaux au profit du client. Celui-ci accepte de lui en payer un loyer en contrepartie. Seules les modalités de fixation et les conséquences du retard de paiement provoquent fréquemment sa réticence.

L'octroi d'un prêt donne à la banque l'occasion de réclamer des commissions nombreuses, pour risque financier, ainsi que des frais divers et des agios. Souvent, le client n'est pas convaincu de la justification de ces sommes et il les soupçonne de camoufler des intérêts supplémentaires, voire usuraires. En réalité, quand ces sommes correspondent à de véritables prestations de la banque, et quand elles se limitent à des montants raisonnables, elles s'imposent à l'emprunteur. Distinctes juridiquement et de fait des intérêts, elles obéissent largement à l'accord des parties et à la loi de la concurrence.

a- Fixation des intérêts

Il s'agit de la détermination du taux des intérêts durant le contrat de crédit et pendant la vie du compte. Ce taux doit être clairement arrêté par les parties dans les limites prévues par les pouvoirs publics. En principe, dans ce cadre, la fixation du taux précis relève de l'accord des parties. La détermination du taux maximum relève de l'autorité administrative, le dépassement expose au risque d'usure. En général, le procédé inverse est plus fréquent. Le client ne manque pas de faire jouer la règle de la concurrence pour obtenir un taux plus favorable. La banque accède à sa demande particulièrement en raison de son importance dans les opérations qu'elle entretient avec lui et particulièrement en raison de sa crédibilité et sa loyauté dans l'exécution de ses engagements.

Le respect du plafond réglementaire du taux d'intérêt et du caractère justifié et raisonnable des frais et commissions protège la banque contre toute accusation de pratiquer un taux usuraire. Le taux légal reste certainement un plafond, mais en pratique il est fréquemment dépassé par le taux effectif convenu par les parties à la lumière de circonstances diverses. Les dispositions de la loi bancaire précisent que les règles décidées en la matière par le DOC ne s'appliquent pas dans les contrats bancaires, (articles 42, 115 et s.). Toutefois, ce libéralisme s'arrête dès que le taux conventionnel dépasse son tour la limite autorisée par Bank Al Maghrib. Cette limite s'estompe devant la nécessité de tenir compte du taux final appliqué, le taux effectif global qui prend en considération à la fois les frais engagés pour la finalisation du contrat, (constitution de sûretés, honoraires divers) ou de son exécution, (ex. indemnité de remboursement anticipé) et la taxe sur la valeur ajoutée. Seul ce dernier intervient pour constater l'existence ou l'absence d'usure. En application de l'article 878 du DOC, il y a usure quand les intérêts et les rémunérations diverses excèdent notamment le taux normal de l'intérêt et la valeur du service rendu, selon les et les circonstances de l'affaire. L'usurier devient passible de poursuites pénales, les clauses et conventions concernées peuvent être nulles, le taux stipulé réduit et le débiteur peut répéter le surplus payé. Sur le plan pénal, l'auteur de l'usure est passible d'une amende qui peut atteindre la moitié du capital et d'un emprisonnement de six jours à six mois, (dahir du 31 août 1926).

b- Retard de paiement

Nous avons déjà relevé que les intérêts non payés ou tardivement payés sont légalement productifs d'intérêts. Leur capitalisation est expressément permise par le

code de commerce qui modernise les dispositions du DOC en la matière. Au moment de la conclusion du contrat, rares sont les clients qui mesurent la portée de cette règle. Certains en ignorent même l'existence. Malheureusement son application lors de la dernière décennie provoquait de véritables problèmes, économiques, juridiques et sociaux. Le mécanisme de la capitalisation s'auto-alimente à une vitesse vertigineuse qui aboutit en peu de temps à des sommes sans commune mesure avec les capitaux prêtés. Les débiteurs ne comprennent pas qu'ils doivent rembourser parfois trois ou quatre fois sinon davantage en plus du capital emprunté. Ils ne bénéficient ni du secours d'un plafond ni d'un maximum. Même l'application de la conception de l'usure ne les libère pas.

Avant d'atteindre des sommes aussi élevées, les banques actionnent le processus de réalisation des sûretés réelles et personnelles. Elles ont intérêt à le faire suffisamment tôt si elles veulent récupérer, au moins partiellement leur dû. A notre avis, elles bénéficient de plus de probabilité de recouvrer leur créance en saisissant les premiers signes de défaillance pour déclencher les procédures de correction, négociation, révision, concessions. Autrement, elles n'empêcheront pas l'ouverture de procédures de difficultés d'entreprise qui compliqueront encore leur situation. La prudence, la diligence et surtout la préservation de l'avenir leur dictent parfois des solutions délicates sinon douloureuses pour les deux parties. Dans le réaménagement du contrat, elles doivent penser à la menace d'abus de biens sociaux. Quand elles relèvent du secteur public, elles ont l'obligation de protéger les deniers publics. Dans tous les cas, elles restent impérativement appelées à inviter le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire du client. Encore faut-il qu'il ne soit pas dans une situation irrémédiablement compromise.

Sous l'angle du droit bancaire, toute solution adoptée par l'établissement du crédit qui s'avérerait en désaccord avec les multiples règles de prudence et de vigilance, lui attirerait les sanctions de l'autorité de régulation du secteur.

3- Le respect de l'affectation du prêt

Le client doit utiliser le montant du prêt dans l'objet qu'il a déclaré la banque. Généralement tous les prêts font l'objet de dossiers réunissant des informations diverses sur le projet du client. Les services de la banque étudient minutieusement ainsi le contenu dudit projet, évaluent ses risques et vérifient sa concordance avec les

domaines d'intervention de la banque. Le consentement de la banque se fonde ainsi sur une connaissance claire de la portée de son engagement. L'affectation du prêt constitue un facteur important sinon déterminant de son accord. Elle devient alors une condition essentielle du prêt. En conséquence, toute modification de l'affectation du prêt par l'emprunteur, sans accord préalable de la banque, est une violation du contrat. Elle permet à la banque de réagir en résiliant son engagement, ou en révisant ses conditions, et en demandant, le cas échéant, des dommages-intérêts.

4- Les respects du contrôle bancaire

A l'effet de s'assurer du respect des conditions du prêt par l'emprunteur, la banque s'efforce d'insérer une clause de contrôle dans le contrat. Aux termes de cette clause, le client accepte de subir un contrôle régulier de la banque sur l'exécution du contrat de prêt. Généralement ce contrôle se traduit par l'obligation du client de communiquer à la banque des rapports réguliers et périodiques. L'examen de ces rapports appelle fréquemment un droit de vérification de la comptabilité et d'autres services du client.

§ 2: L'ouverture de crédit

Le code de commerce traite de l'ouverture de crédit dans deux articles, 524 et 525 à deux niveaux, la définition et la résiliation. La brièveté des termes législatifs incite à s'arrêter sommairement sur la formation et les effets de cet acte juridique.

L'article 524 définit l'ouverture de crédit comme un engagement de la banque à mettre des moyens de paiement à la disposition d'un client et dans une limite déterminée. Vu la ressemblance de cette situation avec celle où la banque se retrouve devant un solde débiteur occasionnel de son client, les dispositions légales s'empressent de couper court à toute assimilation de cet acte avec l'ouverture de crédit.

La rédaction du code attire l'attention sur trois données, le terme d'engagement, l'expression « moyens de paiement » et la limitation du montant. Le contenu de l'article 525 insiste indirectement sur la durée de l'engagement bancaire.

A- Nature du rapport des parties

Au début, l'ouverture de crédit se réduit à un engagement de la banque sans réciprocité de la part du client. L'obligation de la banque correspond à une promesse unilatérale qui ne se transformera en contrat synallagmatique que si le client utilise son

objet. La banque promet de mettre à sa disposition des fonds qu'il pourra utiliser quand il en éprouvera le besoin. Entre temps il ne s'engage en rien. C'est uniquement lorsqu'il fait usage des sommes visées que le contrat prend forme, se qualifie d'ouverture de crédit. Rappelons que dans le prêt, la banque transfère au client la propriété des fonds concomitamment à la conclusion du contrat. Dès ce moment des obligations à sa charge prennent naissance. Dans l'ouverture de crédit l'obligation de la banque naît à l'instant de son acceptation, celle du client est reportée à celui de l'usage des fonds.

Le client jouit d'une liberté réelle d'utilisation des moyens mis à sa disposition. Il n'a point d'obligation de le faire. A la limite, n'en éprouve pas la nécessité, il peut ne pas les utiliser. L'assurance de pouvoir le faire lui suffit au départ. L'idée d'avoir évité la lourdeur d'un prêt le soulage après. Cette liberté ne comporte guère d'inconvénient pour la banque. Elle ne touche pas automatiquement à ses fonds tout en lui permettant d'encaisser une commission.

Qu'il s'agisse de l'engagement de la banque ou de la réaction du client, l'accord des parties reste en principe consensuel. L'ouverture de crédit n'exige pas de forme particulière. Elle peut être tacite découlant du comportement régulièrement suivi par les parties. La forme écrite d'un contrat spécialement dédiée à cette fin n'est pas expressément exigée. La vie professionnelle montre toutefois qu'à défaut d'un écrit des différends surgissent fréquemment sur l'existence d'une véritable ouverture de crédit au profit du client. En fait une facilité ou une tolérance ponctuelle accordée par la banque l'occasion d'une ou de quelques opérations de paiement incite aisément ledit client à croire qu'il bénéficie de l'engagement de la banque à une ouverture de crédit. Inversement à la suite d'un engagement tacite ou verbal de la banque, celle-ci se heurte à la contestation des intérêts conséquents réclamés ou défalqués par elle à son client. Elle n'hésite également pas à revenir sur sa décision sans respecter les règles de la résiliation.

Le recours aux indices et à l'apparence pour prouver l'existence et la validité de l'ouverture de crédit reste aléatoire et n'aboutit que difficilement à trancher dans un sens ou un autre. Même la règle posée par l'article 499 du cc admet l'interprétation contradictoire. La convention de compte en banque ne suffit pas elle seule pour établir une ouverture de crédit en faveur du client. Les deux parties peuvent opposer cette règle, l'une l'autre. En conséquence, elles doivent prendre à l'avance les précautions

utiles pour éviter toute surprise désagréable. Si la banque entend favoriser son client en lui accordant une ouverture de crédit sans qu'il la demande, elle s'oblige nécessairement à l'en informer par un moyen susceptible de servir de preuve. Mieux encore, elle a tout intérêt à se placer dans l'esprit de l'article 112 de la loi bancaire en étendant son domaine d'application à toutes ses relations professionnelles avec ses partenaires. Le client, redisons-le, reste libre de ne pas répondre ni d'utiliser la prérogative à lui accordée ainsi. Inversement, le client désireux de jouir d'une ouverture de crédit doit en faire la demande par écrit. Par réciprocité, la banque reste libre de donner suite à cette demande. Son silence ne peut pas être interprété comme une acceptation de sa part. Le client ne peut guère s'appuyer exclusivement sur sa propre demande quelque soit son contenu. Seule une réponse écrite affirmative ou confirmative engage la banque et permet d'établir une ouverture de crédit en faveur du client.

B- La mise de moyens de paiement à la disposition du client

L'engagement de la banque, par une ouverture de crédit, porte sur la mise de moyens de paiement à la disposition du client. Il nous semble que l'utilisation de l'expression « moyens de paiement » n'est pas fortuite. Elle marque une différence de finalité avec le prêt. Ce dernier tend à permettre à l'emprunteur de réaliser un investissement, alors que l'ouverture de crédit répondrait à un à besoin conjoncturel, sinon occasionnel de disposer d'une trésorerie pour faire face à des dépenses plus ou moins courantes ou à des échéances professionnelles.

L'engagement de la banque obéit à deux limites concernant respectivement le montant mis à la disposition du client et la durée de validité de l'obligation de la banque. A l'effet d'éviter les surprises désagréables d'une exécution défectueuse et les contestations plus ou moins fondées, les parties ont grand intérêt à fixer clairement et expressément la limite, le maximum des fonds utilisables par le client. En l'absence de cette précision, de préférence par écrit, il deviendra difficile de le faire par la suite de manière indiscutable. L'exploitation d'indices tels que les antécédents, le montant des garanties, le fractionnement dans le temps, aboutira presque toujours à des montants approximatifs, acceptés d'un commun accord ou imposés par décision de justice.

C- Durée de l'engagement bancaire

Du point de vue de durée de l'engagement bancaire, l'interprétation de l'article 525 du cc permet de déduire qu'elle peut être limitée, déterminée, ou illimitée, en réalité indéterminée car aucun engagement juridique ne vaut de manière illimitée. En fait l'engagement à durée illimitée se révèle peu usité en pratique. L'intérêt de distinction réside dans les modalités de la résiliation.

L'ouverture de crédit pour une durée déterminée prend fin à l'échéance de son terme. On doit lui assimiler l'ouverture de crédit pour la réalisation d'une opération ou une affaire déterminée. L'engagement de la banque s'éteint avec une telle réalisation. La durée peut être renouvelée telle quelle ou pour une durée plus longue ou même indéterminée. Mais encore faut-il que le renouvellement se fonde sur l'accord de la banque. La résiliation unilatérale par la banque de l'engagement à durée indéterminée obéit à deux conditions posées par l'article 525. La décision bancaire doit être notifiée au client. Même si le texte ne dicte pas de forme de cette notification, il faut qu'elle se conforme aux règles minimales de droit commun. Elle doit être écrite et remise à l'intéressé notamment par lettre recommandée avec accusé de réception. En second lieu, la décision de résiliation doit respecter un préavis au moins égal à soixante jours. Ce délai ne s'impose que si les parties n'avaient convenu d'aucun délai ou si elles avaient opté pour un délai plus court. L'exigence du préavis évite à l'intéressé l'effet de surprise et lui permet de prendre les mesures nécessaires pour satisfaire ses besoins futurs en moyens de paiement.

L'assouplissement de ces règles à la lumière d'intérêt primordiaux ou d'ordre public reste admis. Dans ce sens, la résiliation ne dispense pas la banque de son engagement concernant les opérations réalisées avant sa date mais encore en cours de paiement. Un chèque émis par le client avant la résiliation doit être honoré par banque. Les conséquences du contraire seraient dangereuses pour la personne du tireur et pour son activité commerciale. Inversement, en cas de faute grave du client, caractère fictif des opérations camouflant des retraits strictement privés ou personnels, ou encore en cas de son retrait de l'activité commerciale ou de la fermeture définitive de son établissement, la résiliation devient possible immédiatement. En cas de procédures de difficultés d'entreprise, la solution demeure délicate. Rappelons que seul le syndic a la faculté de résilier les contrats en cours. Disons aussi que le concours imprudent comme la résiliation précipitée de la part de la banque risque d'aggraver la situation du débiteur

et engager la responsabilité de l'établissement de crédit. Il importe alors d'adresser, au syndic, à toute fin utile, notification de la résiliation pour provoquer sa réaction. S'il ne s'agit que de suspicion ou remarque de signes de difficultés, la banque doit respecter les conditions de notification et de préavis.

La résiliation par le client n'a pas besoin de formalisme. Il lui suffit de ne pas exercer la faculté de tirage qui lui est donnée.

SECTION IV

CRÉDIT COMBINÉ AVEC LA PROPRIÉTÉ

§ 1 : Le crédit-bail

Le crédit-bail ou leasing est une conception juridique d'origine américaine, récemment reconnue puis adoptée par le législateur marocain. Le code de commerce réglemente le crédit-bail dans un titre indépendant entre la commission et le transport sans se soucier de sa nature ni de contrat de bail ni de contrat de crédit.

Cette incohérence n'a pas de fondement à la date de promulgation du code de commerce en 1996. En effet, dès 1993, dahir portant loi 1-93 -147 du 6 juillet 1993 relative à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle, assimilait déjà ce contrat aux opérations bancaires dans son article 8.

Il s'agit d'un montage juridique et financier complexe qui combine les règles du contrat et les techniques du mécanisme financier d'investissement. Il synthétise ainsi les avantages du crédit, de la propriété, de la vente et de la location à l'occasion d'un investissement requérant la disposition de biens meubles ou immeubles par une entreprise disposant de faibles moyens financiers et désireuse d'éviter les inconvénients du crédit classique. Apparu dans les faits au Maroc dès les années 1970, il obéit aujourd'hui à une réglementation précise mais qui demeure assez faussée par la pratique.

Le mécanisme se traduit juridiquement comme une location de bien acheté, conformément aux spécifications voulues par l'emprunteur dans ce but, par un établissement de crédit qui en demeure propriétaire en totalité ou en partie. La banque,

crédit bailleur, le donne en bail immédiatement au demandeur du crédit, crédit preneur, avec promesse de vente ou cession de propriété au profit de ce dernier à l'expiration du bail. Les deux parties y trouvent avantage. Pour le locataire, il jouit des biens loués sans avancer leur prix, renouvelle ses équipements et acquiert des locaux. Le bailleur profite de la sûreté réelle parfaite conférée par la propriété et dispose de possibilité solide de récupérer ses capitaux en cas de résiliation anticipée.

Le locataire garde la possibilité de réacquérir la propriété entière ou partielle du bien ainsi donné en location, à l'expiration du délai de celle-ci, moyennant un prix calculé en fonction de la valeur résiduelle dudit bien et du montant du loyer payé, des intérêts et commissions. L'article 431 CC définit ce contrat comme toute opération de location de biens d'équipement, matériel ou d'outillage, de fonds de commerce ou d'un ou plusieurs de ses éléments, ou de biens immeubles à usage professionnel, quelle que soit sa qualification, qui donne au locataire la possibilité d'acquérir, à une date fixée avec le propriétaire, tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyer. Constatons immédiatement que la définition légale occulte presque entièrement le crédit dans cette opération. Elle insiste particulièrement sur le bail alors que cet acte juridique se limite à concilier la jouissance du crédit par le débiteur d'une part, avec la protection du droit aux échéances reconnues au prêteur. La nature de contrat de crédit ne réapparaît qu'à travers la réglementation précise de son régime juridique.

La définition légale sommaire permet de faire l'économie des divergences doctrinaires et pratiques qui ramenaient le crédit-bail soit à une location avec promesse unilatérale de vente soit à un équipement bail. Non seulement ces conceptions ne couvraient pas l'ensemble des nuances pratiques, mais elles provoquaient en plus une jurisprudence incohérente. Le crédit-bail ou leasing est une conception juridique d'origine américaine, adoptée par le législateur marocain dans le nouveau code de commerce, articles 431 à 442. Il s'agit d'un contrat complexe qui synthétise, comme on l'a dit, les avantages du crédit, de la propriété, de la location et du crédit à l'occasion d'un investissement requérant la disposition de moyens financiers importants dont l'entreprise ne dispose pas et qu'elle désire obtenir en évitant les inconvénients du crédit classique.

D'ailleurs, nonobstant l'appellation de « crédit-bail » les dispositions du code semblent plus versées dans le sens de la location que dans celui du crédit sans s'étaler sur les notions de biens d'équipement, de matériel et d'outillage, de fonds de commerce et d'immeuble professionnel qui subit les progrès technologiques et juridico-philosophiques, il importe d'observer que les prescriptions du code restent insuffisantes sur la condition du fournisseur, partie essentielle au contrat d'acquisition initiale du bien à louer, mais assez effacée du contrat de crédit-bail lui-même sur les plans de sa formation et de ses effets.

A- Conditions de formation du crédit-bail

Les dispositions du code de commerce soumettent la formation du contrat de crédit-bail à des conditions de fond et de forme. Partiellement inspirée par l'ordonnance française du 28 septembre 1967, modifiée et complétée notamment par les lois du 6 janvier 1986 et 29 décembre 1990, la définition légale marocaine n'explique pas son application abusive par les établissements de crédit. Ceux-ci offrent des contrats d'adhésion accordant à la banque la totalité de la propriété du bien loué, tout en exigeant du locataire le paiement d'une proportion importante du prix d'acquisition initiale dudit bien au nom de la banque ! En conséquence, la banque n'acquiert qu'une propriété partielle mais loue la totalité au crédit preneur. De même qu'à la fin du contrat, elle cède le bien loué à une valeur résiduelle qui ne tient pas compte de la portion payée au départ par le locataire.

Avant d'analyser de plus près les prescriptions consacrées par le code de commerce au régime juridique de ce contrat, il importe de s'arrêter au préalable sur les observations générales de ce régime juridique. Réserve faite de la déformation pratique signalée contrat, la législation marocaine tient compte des critiques anciennement formulées par la pratique et la doctrine françaises. Même si elle ne retient pas la règle d'irrévocabilité d'une première durée de location, elle reconnaît la nécessité de la durée requise par l'amortissement et la rentabilisation du capital évitant ainsi la confusion entre le crédit-bail et la location vente. Les loyers suffisamment élevés exigés du locataire permettent l'amortissement du capital, la récupération des frais généraux des et la rentabilisation par une marge bénéficiaire confortable au profit de la banque.

On doit relever par contre que les dispositions légales prévoient toujours une option d'achat au profit du locataire à la fin de la durée du bail mais cette option ne

reçoit guère une application uniforme en matière mobilière et en matière immobilière. Expressément prévue par la loi dans le premier cas, elle ne provoque cependant aucune sanction à sa défaillance ou à son exclusion explicite.

En matière immobilière, le second alinéa de l'article 431 du cc qualifie de crédit-bail « toute opération de location de biens immobiliers à usage professionnel, achetés par le propriétaire ou construits pour son compte, qui, quelle que soit sa qualification, permet au locataire de devenir propriétaire de tout ou partie des biens loués au plus tard à l'expiration du bail ».

Dans cette hypothèse, le crédit bailleur ne fait aucune promesse unilatérale de vente au crédit preneur. Ce dernier n'a pas besoin d'une option d'achat. Il acquiert automatiquement la propriété de l'immeuble à fin de la période du crédit-bail. Sa ressemblance avec l'opération de location vente s'arrête à cette modalité d'acquisition de la propriété. Pour tout le reste le crédit-bail immobilier demeure une opération hybride combinant le crédit et le bail et étroitement réglementée par le code de commerce et la législation bancaire. La marge de la liberté contractuelle y reste étroite. Le crédit bailleur ne devient propriétaire que temporairement, de la date d'octroi du prêt à celle de la dernière échéance de remboursement.

L'opération doit normalement perdre sa qualification de crédit-bail car elle se transforme plutôt en une application du *renting* voisin. Dans la même optique, il convient de relever que l'expression « crédit-bail » employée par le législateur insinue un alignement du contrat dans son ensemble sur le crédit, malgré la mise en relief du bail dans la rédaction du texte. Cette option se justifiait en France pendant les années 1960 par une certaine insuffisance de capitaux par rapport aux besoins d'investissement des entreprises. Les autorités monétaires françaises de l'époque n'hésitant pas alors à classer le leasing dans le crédit à moyen terme nonobstant le caractère artificiel de cette classification par rapport à la notion du bail. L'intervention de notre code de commerce, trente ans plus tard, reste dans le même sens. Les lois bancaires du 6 billet 1993, du 24 février 2006 août ainsi que celle du 24 décembre 2014 ne semblent pas influencées par le caractère artificiel du code de commerce et les circonstances justificatives d'origine en France. Elles considèrent clairement le crédit-bail comme une opération de crédit à moyen terme. Il n'en demeure pas moins vrai qu'elles ne font que suivre ainsi la

tendance internationale assimilant le crédit-bail aux autres opérations de crédit exercées exclusivement par les établissements de crédit et de banque.

I- Conditions de fond

Aux termes de l'article 431 du CC le crédit-bail est un contrat de location de biens meubles ou immeubles pour une durée déterminée, un prix convenu et qui donne au locataire la faculté d'acquérir la propriété de tout ou partie du bien meuble loué, ou la propriété de l'immeuble, à un prix également convenu entre les parties. Cette définition légale concentre les éléments de l'opération sur son objet, la location, ses parties directes, le bailleur et le locataire, son prix et l'option donnée au locataire d'acquérir la propriété du meuble loué ou la propriété de l'immeuble. Elle ne marque pas de provoquer des observations à propos de chacun des éléments retenus.

1- Les parties

Tel que présenté par le code, le contrat de crédit-bail met en présence deux parties, le bailleur et le locataire. Non seulement ces deux sujets interviennent avec une autre qualification juridique occultée par le texte, mais en plus ils ne sont pas les seuls acteurs de l'opération car ils traitent obligatoirement avec le fournisseur ou vendeur initial du bien donné en bail. Le mécanisme prend une structure tripartite qui ne fait pas de doute. L'intervention du fournisseur se traduit nécessairement par des rapports juridiques avec le propriétaire et le locataire, le prêteur et l'emprunteur.

On ne doute pas que la qualification légale soit fondée, mais elle ne peut l'être que si l'opération ne se justifiait pas ou n'aboutissait pas au but escompté par le locataire. Dans ce sens, on rappelle que le bailleur et le locataire ont aussi la qualité de prêteur et d'emprunteur liés par un contrat de prêt même s'il est occulté par le bail. La qualification de location ne prend tout son sens que si, à l'expiration de sa durée, le locataire délaisse la propriété du bien au bailleur d'une part, et que si le loyer payé ne comporte pas d'éléments supplémentaires destinés à payer d'autres services que le bail d'autre part. Or en pratique, dans la quasi totalité des cas, il l'acquiert à sa valeur résiduelle convenue. De la sorte, les loyers payés deviennent des tranches du remboursées conformément tableau d'amortissement tenant compte du capital, des

intérêts et des frais d'usage. Cette opinion est réconfortée par la loi bancaire qui considère le crédit-bail comme une activité professionnelle des établissements de crédit et de banque.

En matière immobilière la domination de la notion de crédit est encore plus visible, dans la mesure où ni la banque ne doit accepter de donner une promesse unilatérale de vente, ni l'emprunteur n'a l'obligation d'une promesse unilatérale d'achat, on de lever l'option d'achat. A l'arrivée du terme convenu et après paiement de toutes les échéances, le bailleur, emprunteur, accède à la propriété. On retrouve les conditions classiques de perfection de la vente par le paiement du prix et le transfert de la chose, ou celle du prêt par la remise des fonds et le remboursement.

La définition légale attire aussi l'attention par son silence sur l'existence d'une troisième partie au contrat, le fournisseur. On admet difficilement cette éclipse même si elle se fonde par les limites d'un contrat parallèle entre le fournisseur et les premières parties. Ce fournisseur est partie à un contrat connexe du crédit-bail. Chacun des deux dépend de l'autre. Au départ du mécanisme, la banque ne possède pas le bien à louer. Le locataire désireux d'effectuer un investissement par la disposition du bien en question, démunie des moyens pour le faire sur ses fonds propres ou souhaitant réserver à d'autres dépenses, demande à une banque de le lui financer. La banque exige alors la meilleure garantie de sa créance, la propriété du bien à financer. Pour ce, elle en acquiert la propriété auprès d'un producteur ou d'un fournisseur. Mais, pour plus de confort dans sa position, elle impute la responsabilité de la fixation de toutes les caractéristiques du bien et la détermination de son prix, à l'accord entre le fournisseur et le demandeur du prêt, le locataire.

Théoriquement, la conclusion du contrat d'acquisition au nom et pour le compte de la banque devrait lui transférer les garanties et les risques de la propriété. En fait seule la mutation des garanties se vérifie en pratique parce que la banque impose au locataire la charge de faire son affaire avec le fournisseur de la livraison du bien et de son aptitude à l'usage normal, sans défaut de qualification et sans vice caché. En somme, la banque, juridiquement propriétaire, se décharge des garanties d'usage en imposant au locataire, juridiquement tiers au contrat d'acquisition, et non habilité contre le fournisseur, la charge de les réclamer au fournisseur. Evidemment, en fait, le détournement de cette absurdité a lieu par le biais des clauses contractuelles du crédit-

bail acceptées et signées par le locataire sous la précision du besoin. Il joue le rôle de l'acheteur vis-à-vis du fournisseur.

2- L'objet de l'opération

Il faut bien reconnaître que pour le preneur le but d'obtenir un financement l'emporte sur la qualification juridique de la nature de son engagement. Peu importe qu'il s'agisse d'une location ou d'un prêt. Mais dans la conception courante l'idée de prêt s'avère dominante.

En réalité, malgré ses termes la loi ne tranche pas. Ses prescriptions constituent un amalgame des règles propres au bail et des règles du crédit. Ajoutée à la structure tripartite déformée, cette caractéristique permet de dire que le crédit-bail revient à un contrat sui generis impossible à insérer dans le concept de l'un ou l'autre des contrats de bail et de prêt. Il demeure avant tout un moyen de financement pour le crédit preneur, un mécanisme de crédit particulier pour le crédit bailleur et une vente pour le fournisseur. Toutes ces facettes obéissent à des règles particulières par rapport à leur régime isolé de droit commun.

Le fournisseur vend un bien à un établissement de crédit en acceptant de lui substituer le crédit preneur dans les rapports consécutifs de la vente, livraison du bien, garantie des vices cachés et éventuellement maintenance. Le crédit bailleur octroie un prêt qualifié de location de bien, mais qui porte au fond sur une somme d'argent dont le remboursement est garanti par la propriété du bien loué et accompagné par une obligation de vente conformément à la faculté d'acheter donnée au crédit preneur en matière de meuble, et à la règle de transfert automatique de la propriété au crédit preneur en matière immobilière. Ce dernier bénéficie d'un crédit-bail avec option d'achat ou de récupération mécanique de la propriété du bien loué à la fin du bail et remboursement du prêt, à la valeur résiduelle du bien le cas échéant.

La nature particulière et complexe de l'objet du crédit-bail montre son originalité par rapport au bail traditionnel prévu par le DOC. Elle le distingue aussi clairement de plusieurs autres contrats voisins. Il ne se confond alors pas avec l'achat à crédit d'un bien avec réserve de propriété au nom du vendeur ou du fournisseur de crédit. Il diffère aussi de la location vente réglementée par la loi 51 -00 du 11 novembre 2003, qui reste

un bail qui, après le paiement des loyers convenus se mue automatiquement en vente. Le loyer payé dans ce contrat est conçu, calculé et sanctionné différemment de celui pratiqué dans le crédit-bail. Il diffère également du prêt classique et de la cession bail ou *lease-back*. Ce dernier mécanisme est également prévu par la loi bancaire comme un acte par lequel une entreprise utilisatrice vend un bien à une banque qui le lui donne aussitôt en crédit bail. Dans ce cas de figure, l'intervention du tiers fournisseur n'existe pas. Le crédit preneur vend ses propres biens au crédit bailleur qui les lui louent. Il garde cependant la possibilité de les récupérer à la fin du bail.

3- Le prix du crédit-bail

La contrepartie du crédit-bail consiste dans une redevance, non un loyer au sens étroit. En effet, l'article 431 du CC précise que le prix du crédit-bail tient compte, au moins en partie, des versements effectués à titre de loyer. Si ce texte vise le loyer correspondant à l'usage du bien, il laisse entendre aussi que le prix comporte d'autres éléments, les corollaires du les frais et commissions dus à la banque. De plus, le régime juridique de la révision du loyer proprement dit, en matière d'immeubles, ne reçoit point d'application dans le crédit-bail. L'article 434 du code s'y oppose expressément. Que la valeur de l'immeuble augmente ou baisse, théoriquement, seules les clauses contractuelles engagent les parties. Lorsque l'objet du crédit-bail porte sur un bien meuble, le code reste silencieux. On ne peut tirer argument de l'inconcevabilité de la révision en se référant à la dépréciation du bien par son usage. Au contraire, cette dévalorisation constitue un fondement valable pour revoir le loyer à la baisse. Mais, répétons le, le remboursement correspond d'abord à l'idée de prêt et constitue un engagement immuable du crédit preneur.

II- Condition de forme

Les dispositions du code ne prévoient expressément aucune condition d'écrit alors qu'elles insistent assez longuement sur la publicité de l'opération.

1- L'écrit

Le silence textuel sur une exigence d'écrit ne signifie point son absence. De nombreuses dispositions impliquent le respect d'une telle condition montrant que le crédit-bail est loin d'être un contrat consensuel. Tout d'abord, quand il porte sur un bien

immeuble, immatriculé ou non à la conservation foncière, les articles du DOC, 489 en matière de vente et 629 en matière de bail imposent la rédaction de l'écrit. On a vu qu'un aspect de la spécificité du crédit-bail réside dans l'amalgame du bail, de la vente et du crédit. En conséquence, il implique la forme écrite sous tous ses angles. Il en va de même de cette exigence quand l'opération porte sur un fonds de commerce en application des articles 81 et 153 du cc.

Par ailleurs, comme dans beaucoup d'autres situations juridiques, le législateur pose indirectement la condition de l'écrit en précisant le contenu d'une exigence de publicité. En l'espèce, l'article 436 du cc dispose que les opérations de crédit-bail sont soumises à une publicité qui doit permettre l'identification des parties et celle des biens qui font l'objet de ces opérations. Or les moyens et modalités de publicité prévus par le droit marocain sont essentiellement des inscriptions portées sur des registres publics que ceux de la conservation foncière, du registre de commerce ou de l'office marocain de la propriété industrielle, d'une part, et les insertions dans le bulletin officiel ou les journaux d'annonces légales d'autre part. Dans tous les cas, il s'agit de reproduction d'écrit.

Au niveau du régime juridique, on peut dire que l'écrit demeure toujours exigé pour l'efficacité de la preuve des obligations et engagements des parties lorsque le bien loué est une chose mobilière ou un immeuble soumis au droit musulman ou coutumier. Il devient une condition de validité même entre les parties quand l'opération porte sur un immeuble immatriculé à la conservation foncière. A l'égard des tiers, il n'acquiert d'efficacité réelle que lorsqu'il est publié en raison de l'opposabilité des inscriptions régulièrement publiées aux tiers quand le crédit concerne des choses mobilières ou des immeubles relevant du droit musulman ou du droit coutumier.

2- La publicité

Comme on vient de le dire, aux termes de l'article 436 et suivants du CC, les opérations de crédit-bail et leurs modifications sont soumises la formalité de publicité. Cette dernière doit permettre l'identification de l'organisme qui octroie le crédit et de la personne qui le reçoit. Elle doit aussi comporter la détermination des biens qui en sont l'objet. La loi n'exige pas la publication des autres éléments du contrat, l'identité du fournisseur, le prix, le délai, le renouvellement, la révision, la résiliation, etc.

Même si le texte n'indique le responsable de cette publicité que dans le crédit-bail mobilier, vu les intérêts escomptés par le crédit bailleur, on peut dire qu'il applique la même règle en matière immobilière. La publicité doit alors toujours être faite à la requête de l'entreprise de crédit-bail. Seul le moyen diffère en fonction de l'objet de l'opération. En matière mobilière, Elle doit avoir lieu sur un registre ouvert à cet effet au greffe qui tient le registre du commerce auprès duquel le locataire est immatriculé à titre principal. A défaut d'immatriculation, la publicité sera effectuée sur le registre ouvert à cet effet auprès du greffe du tribunal dans le ressort duquel le locataire exploite l'établissement pour les besoins duquel il a contracté.

En matière de crédit-bail immobilier, le contrat de location ainsi que toute modification de ses clauses sont publiés à la conservation foncière, article 441 du CC.

Ce texte suppose automatiquement la manipulation d'un immeuble immatriculé. Or le Maroc abrite encore un grand nombre d'immeubles non immatriculés à la conservation foncière. Actuellement les terrains de ce genre font l'objet assez massivement de l'intérêt des investisseurs dans les domaines de la construction de logements, de complexes touristiques et d'unités industrielles. La formule légale les carte du domaine de notre mécanisme sans de solution de substitution. Le palliatif de la publicité au registre d'une réquisition d'immatriculation accomplie à l'occasion, n'écarte pas les risques de refus par le conservateur, ou au moins de complication, de retard et de contestation, incompatibles par nature avec les exigences de simplicité et de célérité requises par les investissements et le crédit.

Les inscriptions régulières prennent effet à leur date. Elles sont radiées soit sur justification de l'accord des parties, soit en vertu d'un jugement ayant autorité de la chose jugée. Elles rester valables pendant cinq an renouvellement. Le greffier en délivre copie ou extrait à tout requérant.

Le défaut de publication du contrat entraîne son inopposabilité aux tiers. Toutefois, l'entreprise de crédit-bail peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux du locataire les droits dont elle a conservé la propriété si elle établit que les contestataires intéressés sont de mauvaise foi, ou au moins avaient eu connaissance de ces droits, articles 440 et 442 du CC.

B- Effet du crédit-bail

Laissant les effets du contrat sur les tiers aux règles du droit commun, à la lumière de se l'observation de la condition de publicité et de ces circonstances, le code de commerce réglemente uniquement les conséquences essentielles du contrat sur l'entreprise de crédit-bail ou crédit bailleur et le locataire ou crédit preneur.

Dans ce cadre, on rappelle que le premier conserve la propriété, mais en tant que bailleur, mettre le bien loué à la disposition du crédit preneur en tant que locataire. Cette mise à disposition a un sens juridique et non matériel en la matière car elle incombe en fait au fournisseur du bien et sa réalisation concrète dépend du locataire. Celui-ci fait son affaire des formalités à accomplir pour prendre possession physique ou matérielle du bien et pour signaler tout défaut de qualification ou de non-conformité dudit bien. A notre sens, il doit y procéder à la fois à l'égard du crédit bailleur et du fournisseur, sous une forme admissible pour la preuve. Ces précautions ne le dispensent pas d'agir directement contre le fournisseur notamment pour la garantie des vices cachés et d'appeler en cause le crédit bailleur. Il ne demeure pas moins utile qu'une clause du contrat de crédit-bail édicte ses prérogatives dans ce sens.

Le crédit preneur, a l'obligation de payer les loyers convenus et celle d'utiliser le bien conformément à son usage normal car toute utilisation défectueuse risque d'engager sa responsabilité sans le décharger de son engagement au paiement des redevances. Le crédit bailleur, juridiquement propriétaire du bien loué, reste admis à le céder à un tiers conformément aux conditions prescrites par l'article 432 du CC. Dans cette hypothèses, il reste garant du cessionnaire qui lui succède dans ses obligations à l'égard du crédit preneur.

Réserve faite des différends relatifs à la révision du loyer, signalés plus haut, les contestations et les conditions de résiliation sont résolues la lumière des dispositions particulières des articles 433 et 435 du CC. En cas d'inexécution par le preneur de ses obligations de paiement des loyers exigibles, il encourt la déchéance du terme et même

la résiliation automatique du crédit-bail. De plus, le président du tribunal, statuant en référé, est compétent pour prononcer la restitution de l'immeuble. Cette solution extrême n'écarte pas la possibilité de condamnation qui sauvegardent le contrat notamment l'exécution forcée du paiement avec éventuellement des intérêts de retard. Elle ne s'oppose pas non plus à une solution différente et acceptée par les parties, rééchelonnement et octroi de délai supplémentaire. L'alinéa 2 de l'article 435 encourage le recours au règlement amiable préalablement à toute procédure contentieuse. En matière mobilière, on doit revenir à la procédure prévue aux règles de l'article 433. Ce dernier décide que, la résiliation du contrat et son renouvellement obéissent aux clauses contractuelles, obligatoirement prévues à peine de nullité. Dans le même ordre, le contrat doit prévoir les modalités de règlement à l'amiable des différends entre les parties. Mais faute d'accord dans ce sens, les intéressés doivent nécessairement recourir à l'arbitrage ou au tribunal.

Il faut cependant observer que les dispositions législatives taisent le risque redoutable pour les deux parties, susceptible de surgir de la connexité du contrat d'acquisition initiale et de crédit-bail. On rappelle que le premier n'est conclu qu'en prévision du second et que celui-ci se fonde organiquement sur le premier.

Or en cas d'annulation du contrat d'acquisition, le crédit-bail perd sa raison d'être et expose la banque à perdre sa sûreté et le locataire à perdre le bien et éventuellement les loyers payés entre temps, sans parler des dommages intérêts versés probablement au fournisseur. En pratique, on doit reconnaître que les effets d'une telle situation ne soit ni rétroactivement ni réciproquement supportés par la banque et son client. Ce dernier demeure le plus touché. Ce dernier subit fâcheusement les clauses du contrat d'adhésion qui le lie à la banque. Il subit la résiliation du contrat de crédit-bail automatiquement provoquée par l'annulation de la vente initiale. Il n'a pas droit à la restitution de loyers déjà versés, il garantit à la banque le remboursement du prix d'acquisition qu'elle avait payé, comme codébiteur solidaire du fournisseur. Il dit le cas échéant réparer au fournisseur le dommage résultant pour lui de l'anéantissement du contrat.

Il reste nécessaire également d'évoquer l'influence des procédures de difficultés d'entreprise sur le sort du contrat. Si la résiliation intervient avant l'ouverture des procédures, sans notamment en tenant compte de leur imminence, la banque récupère

normalement le bien loué. Dans tous les cas, le déclenchement des procédures, la résiliation dépend de la décision du syndic en matière de continuation de certains contrats, article 588 du CC et du tribunal en cas de cession de l'entreprise, article 638. Mais la banque bénéficie du droit de revendication conformément à l'article 701 du CC.

§ 2 : La cession de créances professionnelles

Le bordereau des créances professionnelles (CCP) constate une ou plusieurs créances qu'une entreprise détient sur ses propres débiteurs et qu'elle déclare céder ou donner en nantissement à une banque qui, en contrepartie de cette créance, lui verse le montant des sommes cédées sous déduction de la rémunération du service rendu et des intérêts à courir jusqu'à la date d'échéance des créances transmises.

Cette technique nouvellement installée par le législateur dans les articles 529 à 536 du code de commerce, a pour objectif de faciliter le crédit aux entreprises.

L'opération de cession des créances professionnelles correspond à un escompte des créances cédées en forme simplifiée. Son examen conduit à en décrire le mécanisme de base, et à préciser le dispositif destiné à protéger le banquier.

A- Mécanisme de base

Le mécanisme de base implique l'établissement d'un bordereau dont la remise emporte transfert de la propriété des créances cédées, soit en contrepartie de l'avance de tout ou partie de son montant, soit en garantie de tout crédit que l'établissement a délivré ou délivrera au cédant (Art. 529 al.2 C.Com).

I- Conditions de validité

1- Conditions tenant aux personnes

La CCP est une opération juridique triangulaire, mettant en présence le client cédant, son débiteur (cédé), et obligatoirement un établissement de crédit (le cessionnaire).

Le cédant peut être « une personne physique, dans l'exercice de son activité professionnelle, ou toute personne morale, de droit privé ou de droit public ». (Art. 529 al. 1 C.Com).

2-Conditions tenant aux créances cédées

Il ressort de l'article 529 du C.Com que seules peuvent être cédées les créances détenues par le client sur une personne morale de droit public ou de droit privé exerçant ou non une activité professionnelle, ou sur une personne physique dans l'exercice de celle-ci de son activité professionnelle.

En pratique les banques exigeront que les créances qui leur sont proposées présentent un caractère de probabilité suffisant.

3- Conditions tenant au bordereau

La cession ou la remise à titre de garantie sont constatées par un bordereau dont l'article 531 énumère les mentions obligatoires :

- La dénomination acte de cession des créances professionnelles.
- La mention que l'acte est soumis aux dispositions du chapitre VII du code de commerce relatif à la CCP.
- Le nom ou la dénomination de l'établissement bancaire bénéficiaire.
- La liste des créances cédées avec l'indication, pour chacune d'elle, des éléments susceptibles de permettre son individualisation.
- Lorsque la transmission des créances cédées est effectuée par un procédé informatique permettant de les identifier, le bordereau peut se borner à indiquer, en même temps, que le procédé utilisé, leur nombre et leur montant global, à l'exclusion d'une liste détaillée (Art. 531 C.Com).

En cas de contestation, il appartient au cessionnaire d'apporter la preuve, par tous moyens, que la créance qui constitue l'objet du litige est bien comprise dans le montant global porté sur le bordereau.

Outre ce qui précède le bordereau doit être signé par le cédant, et daté par le cessionnaire.

Le bordereau dans lequel une des mentions obligatoires fait défaut ne vaut pas comme acte de cession de créances professionnelles.

Une mention facultative est expressément prévue par l'article 533 du C.Com. Le bordereau peut être stipulé à ordre, il est transmissible par endossement, mais seulement au profit d'un autre établissement de crédit.

II- Effets de la cession

La remise du bordereau au cessionnaire par le cédant réalise le transfert de la propriété des créances, ce transfert concerne aussi bien le principal que les accessoires tels que les sûretés qui garantissent la créance (Art. 532 C.Com).

B- Protection du banquier

Dans l'hypothèse la plus courante, la charge du recouvrement est abandonnée au client cédant en vertu d'un mandat donné par le cessionnaire. Le cédant, mandataire chargé de l'encaissement, est redevable des fonds à l'égard du cessionnaire qu'il a l'obligation de reverser entre ses mains.

Toutefois, lorsque le banquier perd confiance dans son client, il a intérêt à mettre fin au mandat de recouvrement dont ce dernier est investi pour faire en sorte que le débiteur se libère directement auprès de lui. La cession de ce mandat renforce la position de l'établissement bancaire sans que cette amélioration ait toujours la même portée : tout dépend si la cession a seulement été modifiée ou si elle a été acceptée par le débiteur cédé.

1- Notification

Par la notification, le banquier interdit au débiteur de la créance cédée de payer entre les mains du signataire du bordereau (Art. 535 C.Com) le débiteur ne se libère alors valablement qu'auprès du cessionnaire.

La notification comporte révocation du mandat de paiement imparfait au cédant. Il en découle que la banque qui a notifié a seule qualité pour exercer des poursuites contre le débiteur cédé ou lui accorder des délais de paiement.

Dans l'hypothèse de la notification, le débiteur cédé ne prend aucun engagement au profit du banquier et peut toujours lui opposer les exceptions qu'il aurait pu invoquer à l'encontre du cédant.

2- L'acceptation

L'acceptation est l'acte par lequel le débiteur cédé s'engage, sur demande du bénéficiaire du bordereau, à le payer directement. Cet engagement est constaté, à peine de nullité, par un écrit intitulé « Acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle » (Art. 536 al. C.Com).

Si le débiteur a accepté dans les formes légales, il ne peut opposer à l'établissement de crédit cessionnaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, à moins que l'établissement de crédit en acquérant le bordereau n'ait agi sciemment au détriment du débiteur (Art. 536 al.2 C.com).

CHAPITRE III

LES CONTRATS RELATIFS A LA PRODUCTION

L'objectif de l'entreprise est de créer des produits adaptés au marché, et à des prix concurrentiels.

En droit la fonction de production donne lieu à la conclusion d'un certain nombre de contrats qu'on peut répartir en trois catégories :

- Le contrat de travail (Section I)
- Les contrats de fabrication (Section II)
- Les contrats de transfert de technologie (Section III)

SECTION I

LE CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat de travail ou louage de service est une convention par laquelle une personne s'engage à fournir un travail pour le compte d'une autre personne sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération.

Sous-section I

Éléments caractéristiques du contrat de travail

Le contrat de travail est un contrat synallagmatique par lequel les deux contractants, l'employeur et le salarié, s'obligent réciproquement.

Son principal effet est d'établir un lien de subordination économique et juridique qui le distingue d'autres formes de relations contractuelles qui, en pratique, en sont quelquefois très proches, mandat, entreprise, société.

En outre, c'est un contrat d'adhésion réglementé par de très nombreuses lois intervenues au fur et à mesure des besoins socio-économiques du pays. L'objectif de ces lois étant d'assurer une protection des salariés.

L'interventionnisme de l'Etat en la matière a poussé certains auteurs à poser la question de savoir s'il est encore possible de qualifier "contrat" un acte dont les éléments sont, pour la plupart, fixés par des textes impératifs, pièces d'un ordre public social que l'Etat s'efforce d'imposer.

Toutefois malgré la réduction de l'espace abandonné à l'accord des volontés individuelles, la base contractuelle des rapports de travail reste essentielle et demeure l'une des clés de liberté individuelle et économique.

Sous-section II

Exécution du contrat de travail

§ 1 : Droits et obligations du salarié.

Le salarié a droit au travail pour lequel il a été engagé, au respect des conventions particulières précisées dans son contrat, ainsi qu'à l'application des lois et conventions collectives concernant sa profession. Ces règles portent en particulier sur la durée du travail, congés payés, salaire minimum, paiement régulier du salaire ...

Il doit exécuter le travail pour lequel il a été embauché. Cette obligation qui ressort clairement de l'article 723 du D.O.C., doit être personnelle, conscientieuse et loyale.

Il doit respecter les ordres qui lui sont donnés quant au travail à effectuer et à la façon de l'exécuter.

Par ailleurs le salarié est tenu de respecter l'obligation de fidélité qui implique la non-divulgation des secrets concernant l'entreprise où il travaille, ainsi que le non-accomplissement d'activités la concurrençant.

§ 2 : Droits et obligations de l'employeur

L'employeur a le droit de diriger son entreprise conformément aux stratégies et objectifs qu'il se fixe.

Comme corollaire de pouvoir de direction, l'employeur dispose encore du pouvoir disciplinaire qui est considéré comme nécessaire à l'accomplissement de sa mission de direction économique.

Sur le plan des obligations, l'employeur est astreint à des dispositions entrant dans le cadre des conditions de travail en matière d'hygiène et de sécurité de travail, de rémunération et de durée de travail.

Sous-section III

Rupture du contrat de travail

On distingue, en ce qui concerne la rupture du contrat de travail, les contrats à durée indéterminée et les contrats à durée déterminée.

§ 1 : La rupture du contrat à durée indéterminée

Le contrat peut cesser par le départ volontaire du salarié de l'entreprise, c'est-à-dire la démission, ou par la volonté de son employeur sous la forme d'un licenciement.

A- La démission

Cette forme de rupture est réglementée par l'article 34 du code du travail et est assujettie à un formalisme formaliste spécifique (démission portant signature légalisée du démissionnaire par l'autorité compétente). L'article 34 du code du travail explique que la rupture du contrat de travail est faite par licenciement ou par démission et précise aussi que lorsque le travailleur quitte son emploi de sa propre initiative, il doit observer un préavis.

B- Le licenciement

Le licenciement est la rupture par l'employeur d'un contrat pour une durée indéterminée.

Le code du travail a prévu un certain nombre de mesures susceptibles de protéger les intérêts du salarié au moment de son licenciement.

Ainsi l'employeur qui procède au licenciement du salarié pour un motif autre que la faute grave doit respecter plusieurs obligations :

- Le préavis dont la durée varie en fonction de la catégorie professionnelle du salarié et de son ancienneté.
- Le temps libre pour la recherche d'un nouvel emploi.
- Le versement d'une indemnité compensatrice de congés annuels payés pour les jours de congé auxquels il peut prétendre, mais dont il n'a pu bénéficier
- Le versement d'une indemnité de départ calculée dans les conditions fixées par le code du travail (Art. 53).
- La délivrance de documents, notamment le reçu pour solde tout compte, et le certificat de travail.

Dans l'hypothèse d'un licenciement pour faute grave l'employeur est dispensé de son obligation du respect d'un préavis ou de payer l'indemnité de licenciement.

C'est le dahir du 26 septembre 1938 qui a introduit la notion de résiliation abusive du contrat en la sanctionnant par des dommages et intérêts. Cette indemnité est appréciée souverainement par le juge, elle n'est pas alors un substitut du salaire à l'instar de l'indemnité compensatrice du délai-congé avec laquelle elle se cumule.

§ 2 : La rupture du contrat à durée déterminée

La rupture a lieu normalement à l'arrivée du terme convenu. Le contrat prend alors fin automatiquement sans intervention de l'une ou de l'autre partie. Toutefois, une rupture du contrat est possible en cas de résiliation à l'initiative de l'une des parties. Cette rupture ouvre droit à réparation : le salarié pourra réclamer les salaires qu'il aurait perçus jusqu'au terme du contrat.

SECTION II

LES CONTRATS DE FABRICATION

Les contrats de fabrication interviennent lorsque l'entreprise au lieu de fabriquer elle-même des produits spécifiques qu'elle mettra ensuite sur le marché, répond à une demande précise d'un acheteur déterminé. Il s'agit alors du contrat d'entreprise (Sous-section I).

Parfois l'entreprise n'assure pas elle-même toutes les opérations conduisant à la confection du produit qu'elle élabore, mais recourt pour tout ou partie de ses opérations à une autre entreprise. Il y a alors contrat de sous-traitance (Sous-section II).

Sous-section I

Le contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise appelé louage d'ouvrage dans le D.O.C. est "le contrat par lequel une personne s'engage à exécuter un ouvrage déterminé, moyennant un prix que l'autre partie s'engage à lui payer" (Art. 723 al.2 D.O.C.). Le contrat d'entreprise doit être distingué de certains contrats voisins :

- Le contrat d'entreprise se caractérise par l'indépendance juridique dans l'exécution de l'ouvrage, alors que dans le contrat de travail l'exécution du travail se fait sous la dépendance totale de l'employeur.
- Contrairement au mandat dans lequel le mandataire accomplit des actes juridiques au nom de son mandant, l'entrepreneur n'a aucun pouvoir de représentation du maître de l'ouvrage, et les contrats passés par lui n'engagent pas ce dernier.

§ 1 : Formation du contrat

A- L'accord

Le contrat d'entreprise est un contrat consensuel qui se forme par le simple accord des volontés (Art. 723 al 3 du D.O.C.).

Dans la pratique le contrat est souvent précédé de pourparlers au cours desquels le client demande un prix ou un devis à l'entreprise. Ce devis estimatif qui n'est pas une condition de formation du contrat, n'engage pas le client. Il est une offre que le client est libre de ne pas accepter, et les frais entraînés par l'établissement du devis ne sont pas à sa charge.

Pour les travaux importants, notamment en matière de construction, le client met parfois plusieurs entrepreneurs en concurrence en procédant à un appel d'offre qui se transformera automatiquement en contrat avec l'entrepreneur ayant offert le prix le plus bas, à moins qu'il ne s'agisse d'un simple appel à des productions de devis, auquel cas le maître de l'ouvrage demeurera libre de choisir une autre entreprise.

B- Le prix

Le prix est un élément essentiel du contrat d'entreprise. Toutefois faute d'être déterminé d'avance, il doit être susceptible de détermination (Art. 730 du D.O.C.).

La convention d'un prix est toujours sous-entendue :

- Lorsqu'il s'agit de services ou d'ouvrages qu'il n'est point d'usage d'accomplir gratuitement.
- Lorsque celui qui les accomplit en fait sa profession ou son état.
- Et enfin, lorsqu'il s'agit d'une affaire commerciale ou d'un fait accompli par un commerçant dans l'exercice de son commerce (Art. 732 du D.O.C.).

A défaut de convention, le tribunal détermine le prix de l'ouvrage d'après l'usage. S'il existe un tarif, les parties sont censées s'en être remis à ce tarif (Art. 733 du D.O.C.).

Selon le mode de fixation du prix, l'on distingue plusieurs types de contrats :

- Marché à forfait : le prix est fixé globalement dès la conclusion du contrat. Aucune augmentation ne peut alors être demandée au client et l'entrepreneur supporte seul l'aléa d'un supplément du coût des travaux, à moins qu'une clause d'indexation n'ait été incluse dans le contrat.
- Marché sur devis : le prix est ici fixé, lors de la conclusion du contrat, article par article. Le prix global sera fonction de l'importance des travaux accomplis. L'entrepreneur évite de supporter le coût des travaux non prévus.
- Marché sur prix de série ou au métré : les parties ne fixent pas le prix. Les travaux sont payés après exécution, selon leur importance et leur qualité, en tenant compte de tarifs de base. Le prix est donc déterminable.

§ 2 : Effets du contrat.

A- Obligations de l'entrepreneur.

L'entrepreneur a essentiellement deux obligations :

- Exécuter le travail conformément aux clauses du contrat ou aux usages professionnelles.
- Livrer le travail dans le délai convenu.

L'entreprise est responsable de toutes les malfaçons dans l'exécution du travail, et toutes les détériorations subies par les choses qui lui sont confiées, sauf dans le cas où celles-ci proviennent d'un cas fortuit ou force majeure. (Voir articles 740 et 741 du D.O.C.).

B- Les obligations du maître de l'ouvrage

Le maître de l'ouvrage assume à son tour deux obligations :

- La réception des travaux, qui ne doit pas être confondue avec la livraison, est l'acte par lequel le client reconnaît que l'exécution a été correcte. La réception faite sans réserve prive le client du droit de se plaindre des vices apparents.
- Lorsque le travail porte sur un corps certain le maître de l'ouvrage est ainsi tenu de prendre livraison à l'époque fixée.

- Le paiement du prix: Le maître de l'ouvrage est tenu de payer le prix convenu, ou celui établi par "l'usage du lieu". (Art. 734 du D.O.C.).

C- L'extinction du contrat

Aux termes de l'article 745 du D.O.C. le contrat d'entreprise prend fin :

- Par l'expiration du terme établi, ou l'accomplissement de l'ouvrage ou du fait qui faisait l'objet du contrat.
- Par la résolution prononcée par le juge, dans les cas déterminés par la loi.
- Par l'impossibilité d'exécution résultant, soit d'un cas fortuit ou de force majeure, soit du décès de l'entrepreneur.

Sous-section II

Le contrat de sous-traitance

La sous-traitance est une opération par laquelle une entreprise dite donneur d'ordre, confie à une autre, dite sous-traitant, le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli une partie des actes de production et de services dont elle conserve la responsabilité .

La sous-traitance est considérée comme étant un contrat d'entreprise dans la mesure où elle a pour objet l'exécution d'un travail déterminé moyennant une rémunération.

En l'absence de réglementation générale commune à la sous-traitance, ce sont les dispositions des articles 723 et s. du D.O.C. qui s'appliquent.

§ 1 : La formation du contrat

Aucune forme particulière n'est requise pour la constatation de l'accord des parties.

Toutefois dans la pratique, lorsque les travaux sont importants l'acte écrit devient incontournable.

En principe l'entrepreneur principal est libre de sous-traiter à son tour les travaux qui lui ont été confiés, sauf en cas de clause contraire ou caractère intuitu personae du contrat conclu.

§ 2 : Obligations des parties

Nous verrons les obligations du sous-traitant et du donneur d'ordre.

I- Obligations du sous-traitant

Le sous-traitant a pour obligation d'exécuter le travail qui lui a été demandé dans les conditions qui lui ont été indiquées.

Lorsque le contrat de sous-traitance porte sur l'exécution de tâches matérielles, le sous-traitant est en principe tenu envers le donneur d'ordre d'une obligation de résultat.

A cet effet, il est souvent prévu au contrat que le sous-traitant doit fournir une garantie de bonne fin notamment sous forme de caution.

Lorsque l'objet du contrat consiste en des travaux intellectuels, le sous-traitant est en principe tenu à une simple obligation de moyen.

II- Obligation du donneur d'ordre

L'obligation principale du donneur d'ordre est le paiement du prix, dont les modalités doivent être arrêtées par le contrat.

SECTION III

LES CONTRATS DE TRANSFERT DE TECHNOLOGIE

Il s'agit en particulier des contrats concernant :

- Le transfert du savoir-faire ou Know-how.
- Les brevets.
- L'ingénierie.

Sous-section I

Le contrat de transfert du savoir-faire ou KNOW-HOW

Le contrat de transfert du « savoir-faire » est un contrat par lequel le détenteur d'un procédé transmet ses connaissances à une autre personne en vue de l'aider à la fabrication d'un produit ou à l'exécution d'un service déterminé.

§ 1 : Caractéristiques du know-how

Pour une autre définition le professeur Mousseron (J.M.) définit le know-how comme étant des "connaissances techniques transmissibles, non immédiatement accessibles au public, et non brevetées".

Cette définition a l'avantage de souligner les caractéristiques essentielles du know-how.

I- Absence du brevet sur la connaissance

En effet, le know-how est tantôt le complément, tantôt le substitut du brevet. Le complément pour les connaissances d'optimisation du résultat. Le substitut pour remplacer le brevet soit que l'invention ne soit point brevetable, soit que l'invention ne soit point brevetée.

II- La difficulté d'accès à la connaissance

Contrairement au brevet, où la nouveauté est exigée, le know-how peut être constitué par des connaissances ou des résultats d'expériences ou de tâtonnements qui ne présenteraient pas les caractéristiques de nouveauté justifiant un brevet, mais difficilement accessibles au public.

III- La transmissibilité de la connaissance

Pour être plus précis cette transmissibilité doit pouvoir se faire par contrat.

§ 2 : Obligations des parties

Le concédant s'engage à transmettre son savoir faire au bénéficiaire. Il doit à ce titre définir de façon précise la nature du procédé transmis, et l'étendue du droit d'usage par le bénéficiaire dans le temps et dans l'espace.

Le bénéficiaire s'engage de son côté à payer le prix dans le contrat, et ne pas divulguer les procédés qui lui ont été confiés.

Sous-section II

Les contrats concernant le transfert des brevets

Le brevet d'invention est un titre délivré par les autorités publiques à la demande du détenteur d'une création industrielle. Il confère à son titulaire un monopole exclusif et temporaire d'exploitation de l'invention.

Le plus souvent, le titulaire d'un brevet ne l'exploite pas lui-même et il peut alors :

- Soit se dessaisir en pleine propriété de son brevet par une cession.
- Soit autoriser les tiers à exploiter le brevet pour une durée déterminée par une concession de licence.

§ 1 : Le contrat de cession de brevet

La cession de brevet est un contrat par lequel le titulaire d'un brevet en transmet la propriété.

- La cession peut revêtir des modalités diverses: elle peut être totale ou partielle, à titre gratuit ou à titre onéreux.
- Le cédant doit garantir le cessionnaire contre les vices de la chose.
- Le cessionnaire doit de son côté payer le prix, souvent sous forme de redevance proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé.

§ 2 : Le contrat de concession de licence d'exploitation d'un brevet

La concession de licence est le contrat par lequel le titulaire d'un brevet cède le droit d'exploiter ce brevet tout en conservant la propriété.

La concession de licence peut porter sur la totalité ou sur une partie des droits attachés au brevet. Le breveté exige souvent en rémunération, des redevances périodiques, proportionnelles au chiffre d'affaires, ou aux bénéfices résultant de l'exploitation de l'invention.

Le contrat de licence peut être assorti des mêmes modalités et obligations que la cession, en outre :

- La licence peut être simple, le cédant se réservant le droit de concéder de nouvelles licences à des tiers.
- Elle peut être exclusive lorsqu'elle confère au licencié le droit exclusif d'exploiter l'invention.

Le concédant est dans tous les cas responsable de tous les vices qui rendent l'exploitation de celui-ci impossible ou qui entraînent un sinistre grave.

Sous-section III

Le contrat d'ingénierie

Le contrat d'ingénierie est un contrat par lequel une entreprise s'engage à fournir diverses prestations ayant pour objectif de mettre en place une réalisation industrielle en état de fonctionner.

Exemple : une usine, une chaîne de montagne, un port...

§ 1 : Les diverses sortes d'ingénierie

Le contrat d'ingénierie peut porter soit sur une assistante technique qui consiste à fournir des prestations d'ordre intellectuel (assistance de techniciens et d'ingénieurs, fourniture de plans, conseils), soit sur la réalisation complète d'une unité de production qui implique non seulement la conception d'un projet, mais encore la fourniture de matériel, et même parfois la réalisation complète d'une unité industrielle, c'est à dire la fourniture d'une usine "clés en mains".

En dépit de la diversité des obligations auxquelles il donne naissance, le contrat d'ingénierie est un contrat d'entreprise dans la mesure où les prestations assurées sont exclusivement ou principalement des prestations de services.

Toutefois si la part des prestations de services et celles des fournitures sont susceptibles d'être distinguées, le contrat peut être à la fois, qualifié de contrat d'entreprise et de contrat de vente. Dans le cas où le contrat comporterait un transfert de technologie, les règles de la licence de brevet ou de transfert de know-how lui seront appliquées.

§ 2 : Effets du contrat d'ingénierie

A- Dans le contrat d'ingénierie de conseil

Dans ce type de contrat l'entreprise assurera diverse prestations telles que :

I- Etude de projet

La principale obligation de l'entreprise d'ingénierie consiste dans l'étude des conditions et des moyens de mise en place de l'équipement demandé. Cette obligation comprend deux étapes :

- L'avant-projet : l'entreprise d'ingénierie s'engage sans calcul détaillé et sans devis complet, permettant de se faire une idée précise du projet.
- Le projet : cette obligation consiste dans l'élaboration d'un plan d'ensemble comprenant :

- * Les caractéristiques techniques de l'installation accompagnées des schémas généraux et des plans d'implantation.
- * La nomenclature du matériel et un devis estimatif par chapitre.
- * Un planning du matériel et un programme de financement.
- * Un mémoire descriptif avec le cas échéant, les prévisions de résultats d'exploitation.

II- Assistance

L'entreprise d'ingénierie peut s'engager à concourir à l'extérieur du projet en fournissant aux clients une assistance technique qui consiste dans la préparation des documents pour les appels d'offres, l'adjudication des travaux, la direction du chantier et les achats.

B- Dans le contrat d'ingénierie de réalisation

Aux obligations précédentes, s'ajoutent celles tenant à l'exécution du projet telles que :

I- Fourniture de matériels

Le contrat doit fixer la consistance de cette prestation de fourniture de matériels, en prenant soin de distinguer le transfert de propriété et des risques des différentes fournitures de matériels qui intervient au moment de la livraison, du transfert propriété et des risques de l'installation complète qui intervient à la réception de l'ouvrage.

II- Travaux de génie civil

Lorsque l'entreprise d'ingénierie prend ses travaux en charge, le contrat doit en préciser les conditions générales d'exécution dont les dispositions sont celles du contrat d'entreprise et du contrat de construction immobilière.

III- Montage et mise en route

Cette obligation se trouve souvent dans les contrats dits « produits en mains ». L'entreprise d'ingénierie se charge des travaux de montage de l'installation, et de la livraison d'un équipement en marche. Le contrat peut aller plus loin et obliger la société d'ingénierie à recruter, à former le personnel, le diriger pendant la période de démarrage, et même à gérer l'usine pendant une période déterminée en vue de résoudre tous les problèmes de mise en route.

§ 2 : Obligations du client

A- Obligations diverses

Le client a le devoir de collaborer avec l'entreprise d'ingénierie pour faciliter sa tâche en lui fournissant tous les renseignements utiles à sa mission.

Il doit également mettre à sa disposition le terrain ou les locaux prévus pour l'implantation de l'installation, ainsi que les autorisations administratives nécessaires à la société d'ingénierie pour l'accomplissement de sa mission.

B- Réception des travaux

Le Maître de l'ouvrage doit recevoir les travaux exécutés par la société d'ingénierie. Cette réception peut être fractionnée lorsque le contrat est composé d'une série de prestations distinctes.

C- Paiement du prix convenu

Le client est tenu au paiement du prix convenu selon les modalités prévues au contrat. Dans la plupart des cas, il est prévu un échelonnement en fonction de l'état de l'avancement des travaux.

D- Obligation de secret

Enfin le maître de l'ouvrage est tenu de conserver le secret sur les propriétés techniques, la réalisation et la mise en route de l'installation.