



FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES,
ÉCONOMIQUES ET SOCIALES AIN CHOCK
UNIVERSITÉ HASSAN II DE CASABLANCA

DROIT COMMERCIAL

SEG Semestre 4

Pr Karim SEFFAR

2024-2025

INTRODUCTION GENERALE

1. Pour avoir une vue d'ensemble de la matière très originale que constitue le droit commercial, nous étudierons successivement les définitions (I), les distinctions générales (II), les sources (III) et enfin les juridictions commerciales (IV).

I. Définitions

2. Nous assistons, au XXI^{ème} siècle, à une accélération du phénomène de diversification et donc spécialisation du droit moderne. Aussi, le droit est-il divisé en différentes branches en fonction de son objet ou de son domaine. Plusieurs classifications existent. La distinction du droit public et du droit privé est classique. L'opposition n'est cependant pas absolue puisqu'il existe des droits mixtes. Le droit privé régit les rapports entre particuliers ou avec les collectivités privées, telles que les associations, les sociétés et assure prioritairement la sauvegarde des intérêts individuels. Le droit commercial est la partie du droit privé qui traite de l'exercice de la profession de commerçant et qui forme le système juridique applicable aux actes de commerce.

3. Par ailleurs, le droit a permis la création de sujets de droit purement juridiques, qui existent indépendamment des personnes physiques qui les composent : ce sont les personnes morales. La personnalité morale se définit comme étant le groupement de personnes ou de biens ayant, comme une personne physique, la personnalité juridique. On distingue, traditionnellement, les personnes morales de droit privé des personnes morales de droit public. Les personnes morales de droit privé sont les groupements à but lucratif, comme les sociétés et les groupements à but non lucratif comme les associations et les syndicats. Le droit des sociétés est la branche du droit privé qui étudie les sociétés civiles et commerciales. Les règles du droit des sociétés prévoient l'ensemble des dispositions nécessaires à la création, au fonctionnement ainsi qu'à l'éventuelle liquidation de la société.

II. Distinctions générales

4. Le droit commercial est une branche du droit privé toute entière traversée et structurée par des distinctions générales : distinctions entre le droit commun et le droit spécial, ou entre l'objectif et le subjectif. En effet, d'un côté, deux conceptions de ce droit se sont opposées historiquement : une conception objective et une conception subjective, avant que ne se produise une sorte de « mélange »

des deux. On peut ainsi concevoir le droit commercial comme un ensemble de règles applicables aux commerçants, ou comme des règles relatives aux activités déployées par ces derniers. Aujourd'hui, la doctrine s'accorde pour reconnaître que le droit commercial correspond au mélange des deux conceptions. D'un autre côté, le droit commercial a toujours été opposé au droit civil dans la mesure où il désigne un droit « d'exception », alors que le droit civil constitue selon la doctrine le « droit commun » du droit privé.

5. C'est peut-être la distinction entre le domaine civil et le domaine commercial qui est la plus éclairante et qui permet de mieux délimiter les frontières du droit commercial. Ce qui est remarquable dans le monde des affaires, c'est l'utilisation systématique du vocable « commercial » afin de bien distinguer les institutions et les notions spécifiques à cette matière, de celles du droit civil. Les exemples sont multiples. En témoignent notamment diverses notions : les contrats « commerciaux », le bail « commercial », la propriété « commerciale », le nom « commercial ». Si la doctrine fait un usage important de ce mot, c'est bien pour montrer que les opérations relevant du domaine des affaires ne sont pas des opérations ordinaires.

6. Le droit des sociétés est un élément important dans le monde des affaires. Le critère traditionnel qui permet de distinguer la société d'institutions voisines est notamment la réalisation de bénéfices. Dans les groupements à but lucratif, on oppose les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux et les sociétés civiles aux sociétés commerciales. Classiquement, une distinction rigoureuse sépare la société de l'association, cette dernière devant poursuivre un but étranger au partage de bénéfices. Depuis quelques décennies, la distinction est devenue beaucoup plus floue puisque notamment la société peut avoir pour but la recherche d'économies. A l'inverse, il existe des associations qui exercent une activité économique.

7. Cependant, de tels rapprochements n'empêchent pas la distinction entre société et associations de se maintenir dans quelques domaines. En particulier, les règles de constitution des sociétés présentent des différences par rapport à celle des associations et la capacité juridique de ces dernières, est moins complète. Au sein des sociétés d'ailleurs, il est frappant que la distinction entre la société civile et la société commerciale subisse elle aussi quelques évolutions. Cette matière a tellement varié que la doctrine en général propose de nouvelles distinctions afin de remplacer celles qui sont devenues classiques. Il ne faut pas pour autant en tirer des conclusions qui pourraient se révéler trop rapides. Les manuels continuent à exposer la distinction entre les diverses formes de sociétés et l'article 982 du DOC continue à servir de socle au droit des sociétés.

III. Les sources

8. Si l'on dénombre en effet beaucoup de lois en matière de commerce et de sociétés, les auteurs insistent sur le fait que la loi commerciale est différente de la loi civile, en particulier, parce que le droit civil tire la plupart de ses sources du DOC, alors que le droit commercial et le droit des sociétés sont caractérisés par une dispersion de leurs sources. On relève l'existence de sources écrites (A) et de sources non écrites (B).

A}- Les sources écrites

9. Les organes qui ont autorité pour édicter des règles ou consacrer des solutions juridiques sont divers mais les règles sont hiérarchisées. Parmi les sources écrites du droit commercial et du droit des sociétés, on trouve, de manière générale, d'abord la Constitution (1), ensuite les lois (2) et enfin les conventions internationales (3).

1. La Constitution

10. La Constitution est au sommet de la hiérarchie des normes. La constitution est le texte fondamental qui fixe l'ossature organisationnelle et fonctionnelle de l'Etat. Elle détermine la forme de l'Etat, la forme du régime politique et les droits fondamentaux. Dans son article 35, la Constitution marocaine de juillet 2011 a élevé la liberté d'entreprendre au rang de principe constitutionnel.

2. Les lois

11. La loi, au sens étroit du mot, est votée par le Parlement. Elle apparaît donc comme l'œuvre commune de la chambre des représentants et de la chambre des conseillers. Les principales sources législatives du droit commercial et du droit des sociétés marocains sont les suivantes :

1) Le Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1er août 1996) portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce, 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 n° 1-96-124 du 14 rabii II 1417 (30 août 1996) portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes

3) Le Dahir n° 1-97-49 du 5 chaoual 1417 (13 février 1997) portant promulgation de la loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation.

12.Plus récemment, le législateur marocain a engagé des réformes profondes en matière de droit des sociétés afin d'intégrer les bonnes pratiques en matière de gouvernance et de transparence des sociétés. On peut citer, à ce propos, la loi 20-19 modifiant et complétant la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes et de la loi 21-19 modifiant et complétant la loi 5-96.

3. Les conventions internationales

13.Au sens large, la convention internationale est un accord de volonté entre sujets de droit international et soumis au droit international. Elles sont conclues entre États souverains, et peuvent porter sur des règles applicables aux rapports entre États eux-mêmes (traités de paix, accords commerciaux, etc.) ou aux rapports de droit privé de leurs ressortissants (ex : convention fiscale destinée à éviter les doubles impositions). Le consentement de l'État est un principe essentiel de la mesure de l'obligation internationale. En effet, l'absence de hiérarchie incarne une représentation relative de la normativité, qui interprète les relations interétatiques comme étant le fondement de la normativité internationale.

14.Les conventions internationales y trouvent, donc, une place prépondérante puisque constituant le terrain sur lequel se rencontrent les intérêts des États, et qui définissent le contenu de la légalité dans leurs rapports mutuels. La Constitution marocaine de 2011 affirme dans son préambule que le Maroc s'engage à «accorder aux conventions internationales dûment ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale». L'un des traits spécifiques du droit commercial et du droit des sociétés est leur vocation internationale. D'où l'importance et l'utilité des conventions internationales.

B}- Les sources non écrites

15.Il s'agit de la jurisprudence, de la doctrine et des usages commerciaux.

1. la jurisprudence

16. Le mot "jurisprudence" a deux sens. Pris dans un sens large, il désigne "l'ensemble des décisions rendues par les juges" ; pris dans un sens étroit, il correspond au phénomène "d'interprétation d'une règle de droit définie, telle qu'elle est admise par les juges".

Le pouvoir judiciaire a pour mission d'appliquer la loi. Mais, la loi n'a pas toujours précisément prévu le cas soumis au juge commercial. On peut alors estimer que le juge a pour rôle de faire évoluer le droit résultant d'un texte écrit, figé. De plus, le contenu de la loi n'est pas toujours clair. Dans ce cas, le juge commercial doit interpréter la loi.

2- La doctrine

17. On appelle "doctrine", l'ensemble des travaux écrits consacrés à l'étude du droit, et leurs auteurs. La doctrine ainsi entendue, recouvre des œuvres les plus diverses qui sont élaborées principalement par des universitaires, notamment des professeurs de droit, mais aussi par des praticiens, des avocats, magistrats ou notaires. On peut distinguer trois types d'écrits : Les ouvrages généraux consacrés, en un ou plusieurs volumes, à une branche du droit (droit civil, droit commercial, droit pénal, etc.). Les ouvrages spécialisés portant sur des thèmes limités. Les écrits ponctuels qui prennent la forme d'articles, d'études ou de chroniques.

3- Les usages commerciaux

18. Les usages sont des règles générales non écrites issues de pratiques professionnelles. Il s'agit de comportements professionnels constants, notoires et généralement anciens. L'article 2 du code de commerce dispose que : « 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. »

IV. Les juridictions commerciales

19. Les juridictions commerciales sont des juridictions spécialisées qui comprennent des tribunaux de commerce de première instance (A) et des cours d'appel commerciales (B).

A}- Les tribunaux de commerce de première instance

20. Les tribunaux de commerce de première instance constituent une juridiction spécialisée pour juger en première instance les affaires commerciales. L'article 1 de la loi 53-95 précise que leur nombre, leurs sièges et leur ressort sont fixés par décret. A cet égard, l'article 1er du décret n° 2-97-771 du 28 octobre 1997 fixant le nombre, le siège et le ressort de ces juridictions, dispose que « le nombre des tribunaux de commerce est fixé à six ».

21. La création de ces deux tribunaux est intervenue pour limiter les inconvénients du nombre limité de ces tribunaux qui se répercute négativement sur le principe du rapprochement de la justice des justiciables et augmente les frais de justice. Toutefois malgré leur nombre limité, ces tribunaux jouent un rôle prépondérant dans la réalisation de la justice commerciale.

Selon l'article 2 de la loi 53-95 instituant les juridictions de commerce « Le tribunal de commerce comprend :

- un président, des vices présidents et des magistrats.
- un ministère public composé du procureur du Roi et d'un ou plusieurs substitués.
- un greffe et un secrétariat du ministère public ».

22. Ainsi le même article ajoute que le président du tribunal de commerce désigne sur proposition de l'assemblée générale, un magistrat chargé du suivi des procédures d'exécution. Par ailleurs, les audiences des tribunaux de commerce sont tenues et leurs jugements rendus par trois magistrats, dont un président, assistés d'un greffier (Article 4 de la loi 53-95).

B}- Les cours d'appel de commerce

23. Les cours d'appel de commerce sont au nombre de trois (Casablanca, Fès et Marrakech)¹. Elles jugent en appel contre les décisions rendues par les tribunaux de commerce de première instance et les ordonnances de leur président.

¹ Les cours d'appel de commerce constituent le second degré des tribunaux de commerce.

DROIT COMMERCIAL :

- Le statut juridique du commerçant**
- Le fonds de commerce**

24.Le droit marocain accorde une place prépondérante au critère de la commercialité. La commercialité entraîne des conséquences d'une grande importance et justifie l'existence, au sein du droit privé, d'un droit commercial qui a son propre code et qui jouit d'une autonomie tant par les concepts qu'il emploie que par les règles qu'il édicte. Les principales conséquences portent sur la forme des actes, la compétence des tribunaux ou encore la capacité.

25.Une première difficulté tient toutefois à l'objet de la commercialité. On identifie généralement deux systèmes selon que la commercialité s'applique aux actes juridiques ou aux personnes. Autrement dit, le droit commercial peut être soit le droit des actes de commerce (système dit objectif), soit le droit des commerçants (système dit subjectif).

26.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).

27.Nous étudierons, successivement, dans le cadre de ce cours :

- Le Statut juridique du commerçant (Titre I) ;
- Le fonds de commerce (Titre II).

TITRE I

LE STATUT JURIDIQUE DU COMMERÇANT

28.Le statut du commerçant est principalement régi par le code de commerce. Le commerçant est la personne qui réalise des actes de commerce et en fait sa profession habituelle selon les termes de l'article 6 du code de commerce (C. Com.). L'article précité dispose en effet que : « (...) la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel ou professionnel des activités suivantes (...) ».

D'après cet article, la qualité de commerçant est subordonnée à l'exercice d'une activité commerciale, de manière habituelle ou à titre professionnel. L'exercice de l'activité commerciale doit aussi être à titre personnel c'est à dire au nom et pour le compte de l'intéressé.

Il en résulte que la notion de commerçant renvoie à celle d'acte de commerce et qu'ainsi, la seule réalisation d'actes de commerce ne suffit pas à mettre en œuvre les règles commerciales, selon la conception objective de la matière. Il faut encore que l'auteur des actes les ait réalisés à titre habituel ou professionnel et indépendant.

29.L'étude du statut juridique du commerçant (Chapitre II) exige de connaître les actes juridiques accomplis par ce dernier et qui jouent un rôle essentiel dans la détermination de son statut : les actes de commerce (Chapitre I).

CHAPITRE I

LES ACTES DE COMMERCE

30.Le droit marocain, dans son approche de l'acte de commerce, s'appuie sur la conception objective (acte de commerce) mais ne rejette pas totalement la conception subjective. En réalité, la définition de l'acte de commerce est difficile car la notion que donne de lui la doctrine est abstraite. D'une part, le législateur ne définit pas tous les actes de commerce et d'autre part ils sont tellement nombreux qu'il est impossible de tous les citer.

Toutefois, le code de commerce marocain donne une liste non limitative de ces actes (art. 6, 7 et 8) et la doctrine classique, dans un besoin de clarté, a regroupé ces actes dans quatre rubriques : les actes de commerce par la forme, par nature, par accessoire et les actes mixtes. Après avoir procédé à la détermination des actes de commerce (Section I), leur régime juridique sera analysé (Section II).

SECTION I

La détermination des actes de commerce

31.Le droit marocain, à travers les dispositions du code de commerce, retient la conception objective du droit commercial. La notion de base est l'acte de commerce ; c'est l'expression même du droit commercial.

32.Un acte juridique peut être qualifié d'acte de commerce :

- En raison de sa nature commerciale (les articles 6, 7 et 8 du code de commerce énumèrent les actes de commerce par nature) (§1) ;
- Par référence à son auteur, lorsqu'il est accompli par un commerçant pour les besoins de son activité (§2) ;
- Du fait de sa forme (par exemple : la lettre de change) (§3).

33.Enfin, une distinction est à opérer en ce qui concerne le régime de l'acte de commerce, selon qu'il est accompli par deux commerçants (acte pleinement commercial) ou par un commerçant et non-commerçant (acte mixte) (§4). L'acte peut donc être commercial à l'égard des deux parties (par exemple : vente faite par un négociant en gros à un négociant de détail) ou commercial à l'égard de l'une des parties et civil à l'égard de l'autre (par exemple : vente faite par un cultivateur à un négociant en légumes ou celle faite par un marchand à un consommateur).

§1- Les actes de commerce par nature

34. Les actes de commerce par nature sont ceux listés à l'article 6 du code de commerce. Ils sont investis, par nature, d'une fonction commerciale. Ces actes sont réputés comme tels à raison de leur objet et indépendamment de leur forme (l'article 7 du même code concerne quant à lui exclusivement le commerce maritime², il n'y a donc pas lieu de l'étudier ici).

35. Si la liste édictée par l'article 6 manque certainement de cohérence, il est toutefois possible de distinguer suivant que ces actes de commerce consistent en une activité de distribution et d'industrie (A), une activité de services (B) ou en des activités de production (C).

A}- Activités de distribution et d'industrie

36. On peut regrouper dans cette catégorie l'achat pour revendre (1) et l'entreprise de fournitures (2). On ajoute à cette liste, les entreprises industrielles ou artisanales (3).

1- L'achat pour revendre

37. L'article 6, dans son premier alinéa, répute acte de commerce « l'achat de meubles corporels ou incorporels en vue de les revendre soit en nature soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ou en vue de les louer ». Le troisième alinéa du même article répute également acte de commerce « l'achat d'immeubles en vue de les revendre en l'état ou après transformation ».

38. La commercialité de l'acte exige ainsi un achat (a) mû par la volonté de revendre (b) et portant sur un bien meuble ou immeuble (c).

a- Achat

39. C'est un acte de circulation et non de production qui s'entend de tout mode d'acquisition à titre onéreux, entraînant le transfert de propriété du bien objet de la vente. Ce qui exclut,

² Le contentieux maritime relève de la compétence des juridictions commerciales, vu son caractère purement commercial. Il est régi par les dispositions du Dahir du 28 jourmada II 1337 (31 mars 1919) portant Code de Commerce Maritime (CCM) tel que complété et modifié ainsi que sur ses textes d'application. (B.O. 26 mai 1919 et rectific. 15 août 1930). Il s'agit notamment des litiges relatifs à la saisie d'un navire, à l'hypothèque maritime, au contrat de transport maritime et à l'assurance maritime.

automatiquement, le transfert de propriété à titre gratuit, comme dans les donations ou encore les transmissions à cause de décès (testament ou héritage).

40. Certaines activités ne peuvent en aucun cas être assimilées à un acte d'achat³ : elles ne peuvent donc jamais être qualifiées d'actes de commerce. Il en va ainsi des activités de production et des activités intellectuelles⁴ en vue d'une revente.

b-Intention de revendre

41. L'achat ne suffit pas à la qualification d'acte de commerce : l'élément matériel doit être accompagné d'un élément psychologique : le marchand doit avoir l'intention de revendre et ne pas avoir acquis le bien pour son propre usage. Ce critère intentionnel distingue le commerçant de l'acheteur ordinaire, ou encore du consommateur qui achète le bien pour l'utiliser lui-même. Ainsi, l'achat de machines de production destinées à l'entreprise n'a pas une nature commerciale.

42. Au fond, cet élément intentionnel évoque « la cause finale, au sens classique et civiliste du terme. Ici comme là, la finalité s'apprécie au moment de l'achat : il importe peu que l'acheteur décide finalement de revendre le bien qu'il a acquis. Réciproquement, peu importe que le commerçant ne parvienne pas à revendre le bien, dès lors qu'il avait bien l'intention de le faire »⁵.

43. L'intention de revendre doit, par ailleurs, avoir une finalité lucrative : le commerçant doit avoir l'intention de revendre pour plus cher qu'il n'a acquis.

c- Biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels

44. Meubles corporels ou incorporels : peu importe que les meubles achetés pour être vendus soient corporels ou incorporels. Les biens considérés sont donc des plus variés : marchandises, matières premières, produits finis, créances, valeurs mobilières ou encore fonds de commerce.

³ Produire un bien n'équivaut pas à l'acheter, la vente de sa propre production n'est pas un acte de commerce : ainsi, par exemple, l'agriculteur qui vend ordinairement le produit de ses cultures, ne fait pas partie du commerce. Il peut arriver que les ventes accomplies par un agriculteur soient exceptionnellement qualifiées d'actes de commerce. L'exception repose sur une forme de l'idée d'accessoire : la revente d'un produit par son producteur peut être considérée comme un acte de commerce si elle s'inscrit dans une série de ventes plus large de produits achetés à d'autres.

⁴ À la production proprement dite est assimilée, en quelque sorte, la production intellectuelle : la production de l'esprit ne saurait être assimilée à un achat et justifier l'application de l'article 6.

⁵ Dimitri Houtcieff, « Acte de commerce, Actes de commerce terrestre », Dalloz, Répertoire de droit commercial, 2021, p. 44.

45. Le bien peut rester dans l'état où il a été acheté ou subir des transformations. L'essentiel est que ce bien soit revendu à titre principal et non comme accessoire.

Remarque : Les pharmaciens, parce qu'ils vendent et achètent des médicaments, réalisent des actes de commerce. Par conséquent, qu'ils soient ou non réunis dans des sociétés commerciales, ils sont toujours considérés comme des commerçants.

46. Immeubles : L'article 6 al. 3 du code de commerce assimile à un acte de commerce tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre. Il s'agit d'une activité qui se conçoit bien dans le cadre d'une entreprise mais qui est largement répandue comme activité individuelle également. Ainsi par exemple, l'activité de construction immobilière est commerciale, notamment si elle repose sur la spéculation sur le terrain d'autrui. De même, une société civile immobilière qui rénove des immeubles en vue de les vendre a une activité commerciale malgré sa forme civile⁶.

2- L'entreprise de fournitures

47. L'article 6 al. 14 du code de commerce fait de l'entreprise de fourniture un acte de commerce. La fourniture peut être définie comme « l'activité par laquelle un fournisseur s'engage à livrer, pendant un certain temps, certains services ou une certaine quantité de marchandises qu'il se procure au fur et à mesure : cette activité passe en pratique, le plus souvent, par la conclusion de contrats de distribution. La fourniture correspond généralement à des achats effectués en vue de reventes »⁷.

48. La fourniture peut porter non seulement sur tous types de biens, mais également de services, peu importe qu'il y ait préalablement eu achat. Elle peut, ainsi, avoir pour objet la distribution d'eau, de gaz, d'électricité. Il a également été admis que les entreprises de publicité avaient des activités commerciales.

3- L'entreprise industrielle ou artisanale

49. L'ancien code de commerce parlait d'entreprise de manufacture au temps où l'entreprise industrielle avait plutôt généralement un caractère familial. L'entreprise industrielle reviendrait dans son

⁶ T. com. Paris, 18 mars 1991, Dr. sociétés 1991, comm. 179, obs. Y. CHAPUT.

⁷ Dimitri Houtcieff, *op.cit.*, p. 22.

activité à la manipulation des matières premières ou même à la manipulation de produits ayant déjà subi un premier traitement dans le dessein de les revendre.

50. Quant à l'activité artisanale, il faut saluer cette nouveauté car sur plusieurs points l'artisan ressemble à l'industriel au point où certaines activités artisanales sont organisées comme de véritables entreprises. Aussi les assimiler aux industriels les fait bénéficier des avantages du droit commercial sur tous les plans : judiciaire, fiscal, bancaire, etc.

B}- Activités de services

51. Il s'agit d'activités qui consistent à exécuter un travail au profit des clients ou de mettre à leur disposition l'usage temporaire de certains biens. Ces activités sont variées et difficiles à systématiser. Les opérations d'intermédiaire (1), les entreprises de transport (2), de location de meubles (3), les services financiers et les assurances (4), ainsi que les entreprises de spectacles publics (5), la domiciliation (6), les entreprises d'édition (7), les établissements de vente aux enchères publiques (8) et l'exploitation d'entrepôts et de magasins généraux (9) seront successivement envisagés.

1- Opérations d'intermédiaire

52. L'article 6 al. 9 du code de commerce répute actes de commerce « le courtage, la commission et toutes autres opérations d'entremise ». Ces opérations d' « intermédiaire » peuvent prendre diverses formes.

a- Le courtage

53. Le courtage est un « acte de commerce qui consiste à mettre en rapport des contractants potentiels. La mission du courtier exclut toute représentation et n'est pas incompatible avec l'indépendance essentielle du commerçant : elle consiste simplement à rapprocher les parties »⁸.

C'est le cas par exemple du courtier d'assurances qui représente ses clients auprès des entreprises d'assurance et de réassurance en ce qui concerne le placement des risques. Il s'agit donc d'un mandataire du client dont le rôle consiste à faire conclure, contre rémunération, des contrats d'assurance auprès de

⁸ Dimitri Houtcieff, *op.cit.*, p.23.

la compagnie la mieux adaptée aux besoins de son client. Il défend donc avant tout les intérêts de l'assuré.

b- La commission

54.Le commissionnaire conclut des contrats en son nom propre pour le compte d'un commettant. Le commissionnaire se distingue ainsi du mandataire : il agit en son nom propre et ne révèle pas l'identité du commettant ; ce qui permet la qualification d'acte de commerce. Encore faut-il, pour que l'acte soit commercial, qu'il ne s'agisse pas d'un acte isolé mais d'une activité habituelle.

55.Ainsi le courtage, même à titre isolé, a toujours le caractère d'acte de commerce, alors que la commission commerciale n'a ce caractère que si elle est faite dans le cadre d'une entreprise. Cette différence ne se justifie par aucune logique. Comme en matière de courtage, les contrats de commission recouvrent des activités très variées. Il existe des commissionnaires de transport, de vente ou encore des commissionnaires en douane.

c}- Les agents d'affaires

56.Ce sont des activités qui consistent à administrer les affaires des autres et à gérer leurs biens, moyennant rémunération. Les agents d'affaires gèrent les affaires d'autrui : ils sont assimilés à des intermédiaires.

57.Comme pour les commissionnaires, l'activité n'est commerciale que s'il s'agit d'une « entreprise » et que la gestion ne résulte pas d'un acte isolé. Font ainsi le commerce les agences de recouvrement, de voyages, de publicité ou encore les agents artistiques.

2- Les entreprises de transport

58.L'entreprise de transport, c'est-à-dire l'activité de déplacement de voyageurs ou de marchandises est un acte de commerce par nature. L'article 5, dans son sixième alinéa, répute acte de commerce « le transport », quel que soit le mode de transport utilisé.

3- L'entreprise de location de meubles

59.La loi répute acte de commerce « la location de meubles corporels ou incorporels en vue de leur sous-location ». C'est un « contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celui-ci s'oblige de lui payer »⁹.

60.De très nombreux biens meubles corporels et incorporels peuvent faire l'objet d'une location. Il en est ainsi, de la location de voitures ou encore de la location du fonds de commerce pour lequel la loi a spécialement organisé la convention de location-gérance¹⁰. On exclut, par contre, toute location qui porte sur un bien immeuble, qui reste un acte de nature civile, à l'exception toutefois de la location des chambres d'hôtels, qualifiée juridiquement comme une prestation de services, d'où son caractère commercial.

4- Les services financiers

61.D'après l'article 6 « la banque, le crédit et les transactions financières » (al. 7) et « les opérations d'assurances à primes fixes » (al. 8), sont réputés actes de commerce par nature. Le texte n'exige guère une « entreprise » : il s'en déduit qu'un acte isolé pourra recevoir la qualification commerciale.

a- Les opérations de banque

62.Il n'existe pas de définition de l'opération bancaire. Ainsi, dans certaines hypothèses, il est difficile de savoir si l'opération considérée est ou n'est pas une opération de banque.

63.L'art 1^{er} de la loi n° 103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés¹¹ considère comme établissement de crédit¹² toute personne morale qui effectue de manière habituelle l'une des opérations suivantes :

⁹ Jocelyne Cayron, « Location de biens meubles », JurisClasseur Bail à loyer, 2018, p.1.

¹⁰ La location-gérance du fonds de commerce a la nature juridique d'une location de meuble incorporel (Cass. com., 9 mars 1953 : D. 1953, 324).

¹¹ Loi n° 103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés promulguée par le Dahir n° 1-14-193 du 1er Rabii I 1436 (24 décembre 2014).

¹² L'art 10 de la loi n° 103-12 distingue et précise que les établissements de crédit comprennent les banques et les sociétés de financement.

Pour ce qui est de la distinction entre les banques et les sociétés de financement, il faut préciser que les banques sont des entreprises qui accomplissent à titre de profession habituelle des opérations de banque avec leurs ressources propres mais aussi et surtout avec les fonds reçus du public sous forme de dépôt ou autrement.

- Réception de fonds du public ;
- Distribution de crédit ;
- Mise à disposition de la clientèle de tous moyens de paiement, ou leur gestion.

64. A défaut de définition de l'opération de banque, la loi n° 103-12 nous donne une définition de l'établissement de crédit.

65. L'art 5 de la même loi énumère de façon non limitative les opérations dites connexes que peuvent accomplir les établissements de crédit.

Selon cet article, les opérations connexes d'un établissement de crédit consistent en :

- Opérations de change ;
- Opérations sur or, métaux précieux et pièces de monnaie ;
- Le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières ou de tout produit financier ;
- Conseil et assistance en matière de gestion financière ;
- L'ingénierie financière.

66. La loi impose à l'activité bancaire la forme de sociétés de capitaux et les activités que celles-ci peuvent accomplir sont nombreuses : actes de circulation portant sur la monnaie, les titres fiduciaires, l'escompte, le dépôt de fonds, les opérations de compte courant, location de coffre forts, etc.

En principe, l'opération de banque n'a de caractère commercial que pour celui qui reçoit les fonds, à savoir le banquier. Elle n'est pas commerciale du côté du client, à moins, évidemment, qu'il n'agisse lui-même en tant que commerçant.

b- Les opérations du crédit

67. D'après l'article 3 de la loi bancaire, il s'agit de trois opérations, qui doivent toutes être effectuées à titre onéreux¹³. Ces opérations consistent à :

L'art 10 ajoute que les banques sont seules habilitées à recevoir du public des fonds à vue ou d'un terme inférieur ou égal à 2 ans.

Les établissements financiers accomplissent des opérations de banque similaires mais en employant uniquement leurs ressources propres.

L'art 10 ajoute que ces sociétés ne peuvent en aucun cas recevoir des fonds du public à vue ou d'un terme inférieur ou égal à 2 ans.

¹³C'est une condition essentielle car les prêts concédés à titre gratuit ne sont pas considérés comme du crédit.

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

68. 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 n° 103-12).

c- Les transactions financières

69. Il s'agit, en fait, de l'activité des sociétés de financement telles que définies par l'article 10 al. 3 de la loi bancaire, comme les sociétés de crédit à la consommation. C'est donc pour ce genre d'établissements que l'article 6 du code de commerce a réservé ce concept de transactions financières qu'il a délibérément séparé des autres concepts de la banque et du crédit.

d- Les opérations d'assurances

70. L'article 6 al. 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.

5- Les entreprises de spectacles publics

71. L'article 6 al. 15 assigne un caractère commercial aux entreprises de spectacles publics. La notion de spectacle public, assez largement définie, consiste à donner à voir quelque chose à un public : l'exploitation d'un théâtre ou de salles de cinéma relève de l'entreprise de spectacles, tout comme l'exploitation d'une salle de conférences.

72. Il convient néanmoins que l'activité de spectacle soit bien une entreprise, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une activité habituelle et non d'un acte isolé, et qu'elle soit dirigée vers la recherche de bénéfices.

6- La domiciliation

73. Depuis la loi n° 89-17 modifiant et complétant la loi n° 15-95 formant code de commerce¹⁴, la domiciliation est reconnue comme une activité commerciale. Cette loi a pour objet d'une part de régir les relations entre le domicilié et le domiciliataire et d'autre part, de régir le contrat de domiciliation. En effet, la nouvelle loi définit la domiciliation comme un contrat par lequel une personne physique ou morale, dénommée domiciliataire, met le siège de son entreprise ou son siège social à la disposition d'une autre personne physique ou morale dénommée domiciliée, pour y établir le siège de son entreprise ou son siège social, selon le cas. Ce contrat est conclu pour une durée déterminée renouvelable, selon un modèle fixé par voie réglementaire.

74. Toutefois, la durée du contrat de domiciliation est limitée pour certaines activités. La liste de ces activités et durées est fixée par voie réglementaire. Ainsi, les domiciliataires sont tenus des obligations prévues par l'article 544 al. 4 du code de commerce. Le code interdit la domiciliation des sociétés disposant d'un siège social au Maroc et interdit également à toute personne juridique d'établir son siège dans plus d'un lieu de domiciliation.

7- Les entreprises d'édition

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

8- Les établissements de vente aux enchères publiques

76. L'article 6 al. 16 répute acte de commerce « la vente aux enchères publiques ». Il s'agit de l'exploitation de salles de vente aux enchères publiques de marchandises.

9- L'exploitation d'entrepôts et de magasins généraux

77. L'exploitation de magasins généraux : ce sont des entrepôts dans lesquels les marchandises sont déposées contre remise de titres négociables, appelés récépissés-warrants, qui permettent la vente ou le nantissement de ces marchandises sans leur déplacement.

¹⁴ Dahir n° 1-18-110 du 2 jourmada I 1440 (9 janvier 2019) portant promulgation de la loi n° 89-17 modifiant et complétant la loi n° 15-95 formant code de commerce.

78. L'exploitation des entrepôts publics : ce sont également des locaux de dépôt de marchandises mais, avec remise de simples reçus qui ne bénéficient pas des vertus des récépissés-warrants. Exemple : les entrepôts des ports ou des aéroports, les entrepôts frigorifiques, les garde-meubles, les garages de voitures, etc.

C}- Activités de production

79. Ce sont des activités dont l'exploitation n'est pas précédée d'une circulation antérieure, autrement dit les exploitants ne vendent que leur propre production et ne spéculent pas sur des produits qu'ils achètent.

80. Actuellement, les seules activités de production de caractère commercial, sont la recherche et l'exploitation des mines et des carrières (art. 6 al. 4°), c'est à dire les industries extractives¹⁵.

81. On remarquera que l'agriculture¹⁶ et la pêche, qui sont aussi des activités de production, sont restées dans le domaine civil. Il en est de même bien entendu de la production intellectuelle (les créations de l'esprit).

82. Restent donc encore régis par le droit civil les auteurs d'ouvrages, les créateurs de nouvelles inventions (les inventeurs de nouveaux logiciels par exemple), le compositeur d'une œuvre musicale, l'artiste peintre qui vend les produits de sa création.

§2- Les actes de commerce par la forme

83. Ils sont toujours des actes de commerce quelle que soit la personne qui les accomplit et quel que soit le but de l'acte. On parle de commercialité formelle. Ils sont des actes de commerce objectifs par excellence. On dénombre : la lettre de change et les sociétés commerciales.

¹⁵ Il est arrivé à cette activité le même sort que celles qu'ont connu les immeubles dans la mesure où on ne voulait pas les assimiler à des actes de commerce sous prétexte, sans doute, que les immeubles obéissent à un régime juridique spécial et que les mines et carrières sont des activités d'extraction auxquelles on ne pouvait appliquer le critère de spéculation car, comme les activités agricoles, elles étaient des activités de production.

Notons que cette activité est difficile à concevoir comme activité individuelle eu égard aux moyens financiers et humains qu'elle exige.

¹⁶ Il ne peut s'agir bien entendu que des exploitations agricoles traditionnelles. Les cultivateurs et les éleveurs traditionnels ne sont pas des commerçants même s'ils achètent leurs produits comme les semences, les engrais ou les animaux qu'ils revendent ; par contre, les exploitations agricoles modernes (agroalimentaire ou élevage industriel) ne peuvent être exclues du domaine commercial.

A}- La lettre de change

84. Selon l'article 9 du code de commerce de 1996, sont réputées acte de commerce, « la lettre de change (...) ». Ces lettres sont donc toujours commerciales même établies isolément, en raison de leur forme¹⁷. Peu importe qu'elles soient signées par des non-commerçants et peu importe la cause de l'engagement.

85. La lettre de change est le seul acte de commerce par la forme prévu par le code de commerce. C'est cette forme qui lui donne son caractère commercial. Aucune preuve contraire ne saurait être admise à l'encontre de celui-ci. Cette commercialité formelle trouve son origine dans le fait que la lettre de change servait à des transferts d'argent de place en place.

86. Le billet à ordre est commercial quand bien même il serait signé par un non commerçant à la condition qu'il résulte d'une transaction commerciale.

87. Les autres effets de commerce (chèque, warrant) ne sont pas des actes de commerce par la forme ni des actes de commerce tout court.

Remarque : Alors que la lettre de change est toujours un acte de commerce, le billet à ordre (acte de commerce à deux personnes et non à trois, tireur et tiré étant la même personne et l'effet est émis par le débiteur alors que dans la lettre de change c'est le créancier qui prend l'initiative de créer la traite) peut, quant à lui, avoir tantôt une nature civile, tantôt une nature commerciale.

B}- Les sociétés à forme commerciale

88. Les sociétés commerciales par la forme réalisent des opérations commerciales, peu importe leur objet, sauf pour les sociétés non immatriculées pour lesquelles il est nécessaire de prendre en compte leur objet. Ainsi, selon l'article 2 de la loi n° 5-96¹⁸, sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, « les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite (simple et par actions), les sociétés à responsabilité limitée ». L'article premier de la loi n° 17-95 relative à la société anonyme telle que complétée et modifiée, prévoit que : « La société anonyme est une société commerciale à raison de sa forme et quel que soit son objet ».

¹⁷ La lettre de change est un titre de paiement et en même temps un document qui génère un crédit. La lettre de change est transmissible (elle peut passer de main en main, le bénéficiaire peut changer) et ne nécessite pas de disposer d'une provision lors de son émission.

¹⁸ Loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation.

89. Pour les autres sociétés, leur commercialité est conditionnée par la réalisation d'actes de commerce par nature. Dans ce cas, il s'agit d'une société de forme civile, qui devient commerciale en raison de son objet social. C'est le cas notamment des sociétés en participation et des groupements d'intérêt économique¹⁹.

§3- Les actes de commerce par accessoire

90. Il s'agit d'actes dont la nature première est civile mais qui seront qualifiés d'actes de commerce en raison du fait qu'ils sont effectués par un commerçant pour les besoins de son activité.

91. L'acte, quoique non commercial par nature, est intégré aux actes de commerce car il relève de l'activité du commerçant. Cette qualification d'acte de commerce par accessoire est justifiée, par ailleurs, par le fait que les actes passés par les commerçants bénéficient d'une présomption légale de commercialité.

92. C'est ce qu'on peut déduire de la lecture des dispositions de l'article 10 du code de commerce, selon lequel : « Sont également réputés actes de commerce, les faits et actes accomplis par le commerçant à l'occasion de son commerce, sauf preuve contraire ».

Exemple :

Le domaine d'application de cette théorie n'a pas cessé de s'étendre. On peut dire qu'il touche la matière des obligations contractuelles : les opérations de transport, le contrat de travail sous réserve de l'application du droit de travail²⁰; le contrat d'assurance intéressant le local ou le matériel du commerce ; le mandat donné pour les besoins du commerce, etc. Il englobe également le domaine des quasi-contrats comme la gestion d'affaires, le paiement de l'indu, les délits qui sont le résultat d'une faute intentionnelle et volontaire (tout dommage causé par le commerçant dans l'exercice de ses fonctions) comme le délit de concurrence déloyale et les quasi-délits issus d'une imprudence ou d'une négligence.

¹⁹ Article 5 du Dahir n° 1-99-12 du 18 chaoual 1419 (5 février 1999) portant promulgation de la loi n° 13-97 relative aux groupements d'intérêt économique.

²⁰ Le contrat de travail, même s'il demeure gouverné par le droit du travail, est également un contrat commercial pour l'employeur commerçant.

§4- Les actes de commerce mixtes

93. L'acte mixte est un acte conclu entre un commerçant et un particulier non-professionnel, ou simple consommateur. L'acte mixte a donc à la fois une nature civile et une nature commerciale²¹.

Exemple : Ainsi en est-il d'un particulier qui procède à un quelconque achat auprès d'un commerçant ; qui ouvre un compte à la banque ; qui signe un contrat d'assurance ou un contrat de transport.

94. 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).

95. La compétence juridictionnelle est déterminée en considération de la personne du défendeur.

96. 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.

97. 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 de première instance, ou bien devant le tribunal de 1^{ère} instance²².

98.

Tableau récapitulatif

Demandeur	Commerçant	Non-commerçant
Défendeur	Non-commerçant	Commerçant
Tribunal compétent	Tribunal de première instance	Le non commerçant jouit d'une option entre la saisie d'une juridiction civile ou commerciale

²¹ Dans un arrêt de la cour d'appel de commerce de Marrakech, il été décidé que : « Dès lors que la défenderesse est une société commerciale, que le litige a un rapport avec son activité commerciale, il s'ensuit que le tribunal de commerce est compétent pour connaître du litige l'opposant à un non-commerçant, tant que ce dernier a opté pour son assignation devant ledit tribunal, étant entendu que seule la partie civile dispose du choix de poursuivre le commerçant soit devant la juridiction civile, soit devant la juridiction de commerce, tant que cette dernière est la juridiction normale du commerçant chaque fois que le litige porte sur ses activités commerciales ou qu'il est né à l'occasion de ces activités » : Cour d'appel de commerce de Marrakech, Arrêt n° : 2128 / Dossier n° : 1975/8/2012.

²² La Chambre des représentants a adopté le 21 décembre 2020 une proposition de loi modifiant l'article 202 de la loi n° 31-08 relative à la protection du consommateur. Ledit amendement prévoit que : « les litiges de consommation seront de la compétence exclusive des tribunaux de première instance et que cette compétence est d'ordre public ». Cela signifie concrètement qu'il n'est plus possible d'y déroger et que les juridictions de commerce ne pourront plus traiter des litiges portant sur des contrats de consommation.

SECTION II

Le régime juridique des actes de commerce

99. Le régime des actes de commerce est inspiré par deux considérations essentielles du droit des affaires. La nécessaire rapidité des échanges impose une plus grande faveur pour les contractants et constitue le fondement de certaines dispositions. D'autres règles, au contraire, sont motivées par la sécurité du crédit²³.

100. Les spécificités des règles relatives aux actes de commerce peuvent être étudiées à travers deux axes, suivant que ces conséquences sont relatives au droit des obligations (§1) ou à la procédure (§2).

§1- Règles relatives au droit des obligations

Pour l'essentiel, ces règles sont toutes orientées vers une efficacité renforcée de l'engagement au bénéfice du créancier, qu'il s'agisse des règles relatives à la liberté de la preuve (A), à la présomption de solidarité (B), à l'assouplissement des règles de mise en demeure (C), à l'absence de délai de grâce (D), et, enfin, à la prescription (E).

A}- La liberté de la preuve

101. L'article 334 du Code de Commerce prévoit que : « en matière commerciale la preuve est libre. Toutefois, elle doit être rapportée par écrit quand la loi ou la convention l'exigent ». Ce texte déroge à un certain nombre de dispositions du DOC²⁴. En effet, la liberté de la preuve dispense les parties de préconstituer une preuve écrite, alors même que le montant de l'opération dépasserait la somme de 10.000 dhs²⁵. La preuve peut alors être rapportée par tous moyens. Les modes de preuve sont très variés

²³ Philippe Delebecque, Michel Germain, Georges Ripert et René Roblot, *Traité de droit commercial. Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, Tome 2, 17^{ème} éd., L.G.D.J., 2004.

²⁴ Ainsi, les actes de commerce peuvent être prouvés par tous les moyens à l'égard des commerçants à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. On justifie généralement cette règle par l'existence d'un certain nombre de considérations. Tout d'abord, l'exigence d'un écrit pourrait être une source de retard pour un bon nombre d'opérations commerciales qui exigent un maximum de célérité. Ensuite, le législateur considère les commerçants comme des professionnels assez avertis pour ne pas être obligé d'en assurer la protection comme il le ferait pour des profanes. Une telle liberté est également justifiée par l'obligation faite aux commerçants de tenir une comptabilité.

²⁵ L'article 443 du DOC (Modifié par l'article 5 de la loi n° 53-05 ; B.O. n° 5584 du 6 décembre 2007) dispose 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 ne peuvent être prouvés par

(écrits, documents comptables, témoignages, présomptions, etc.) et leur nombre s'accroît avec l'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication²⁶.

102. Dans ce système de preuve libre, il n'existe pas de hiérarchie entre les différents moyens de preuve. Une preuve, autre qu'un écrit, permet ainsi de prouver outre et contre les mentions d'un écrit.

103. L'application de ce principe de la liberté de la preuve en matière commerciale dépend de certaines conditions. D'abord, il faut que celui contre lequel la preuve est rapportée ait la qualité de commerçant, personne physique ou morale, le jour de la conclusion de l'acte, même s'il l'a perdue par la suite. En outre, l'engagement souscrit par ce commerçant doit être en soi un acte de commerce. En d'autres termes, si l'engagement en question a été souscrit par le commerçant pour ses besoins personnels, le principe de la liberté de la preuve ne s'applique pas par défaut de qualification d'acte de commerce.

B}- La présomption de solidarité

104. On parle de solidarité lorsqu'il ne s'opère pas de division entre les créances (solidarité active) ou entre les dettes (solidarité passive). Le droit commun est régi par l'article 165 qui dispose que : « La solidarité entre les débiteurs ne se présume point ; elle doit résulter expressément du titre constitutif de l'obligation, de la loi, ou être la conséquence nécessaire de la nature de l'affaire ». Il y aura donc solidarité uniquement lorsque les parties l'auront prévu ou bien quand la loi en aura disposé ainsi.

105. En matière de solidarité active, la règle commerciale est identique, une stipulation expresse est nécessaire²⁷.

106. Au contraire, le droit commercial prend une position divergente lorsqu'il s'agit de solidarité passive. La solidarité des débiteurs est toujours présumée, pour une même dette à l'égard d'un même créancier, entre plusieurs débiteurs, n'importe lequel des débiteurs pouvant être obligé de rembourser l'intégralité de la dette. C'est ce qui résulte des dispositions de l'article 335 du code de commerce, selon lequel : « En matière d'obligations commerciales, la solidarité se présume ». Cette solidarité passive est

témoins. Il doit en être passé acte authentique ou sous seing privé, éventuellement établi sous forme électronique ou transmis par voie électronique.»

²⁶ Arnaud Latil, *Le droit du numérique*, Dalloz, Paris, 2023.

²⁷ Cass. civ., 16 juin 1914 : DP 1918, 1, p. 88.

parfois prévue par la loi elle-même²⁸. Tel est le cas par exemple des associés en nom collectif²⁹ ou du locataire gérant d'un fonds de commerce³⁰.

C}- L'assouplissement des règles de mise en demeure

107. Traditionnellement, il n'est pas nécessaire de mettre le débiteur d'un acte de commerce en demeure suivant une forme particulière³¹. Il suffit au créancier de manifester sans équivoque sa volonté d'obtenir le paiement : il s'agit là, ni plus ni moins, d'une conséquence du principe de la liberté de la preuve en matière commerciale.

D}- L'absence de délai de grâce

108. Il est généralement admis que les délais sont plus rigoureux en matière commerciale³². Les juges sont ainsi réticents à admettre l'application de l'article 243 alinéa 2 du DOC³³. Cette réticence résulte parfois de la loi elle-même. L'article 304 du code de commerce dispose ainsi en matière d'effets de commerce qu'aucun jour de grâce ni légal ni judiciaire n'est admis.

E}- La prescription extinctive

109. La prescription est citée par l'article 319 du DOC parmi les modes d'extinction des obligations. En fait, il s'agit là de ce que l'on appelle la prescription extinctive³⁴ qui ne se confond pas avec celle dite acquisitive. La première est un mode d'extinction d'une action. L'article 371 du DOC dispose que : « la prescription pendant le laps de temps fixé par la loi éteint l'action naissant de l'obligation ». Elle est acquise lorsque le créancier laisse écouler un certain délai légal sans intenter une action contre le débiteur. Ce dernier se trouve alors libéré sur le plan judiciaire.

²⁸ Il convient de rappeler que les parties sont parfaitement libres de renverser la présomption de solidarité.

²⁹ L'article 3 de la loi n° 5-96 dispose dans ce sens que : « La société en nom collectif est une société dont les associés ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ».

³⁰ L'article 155 du code de commerce prévoit que : « Jusqu'à la publication du contrat de gérance libre et pendant une période de 6 mois suivant la date de cette publication, le bailleur du fonds est solidairement responsable avec le gérant libre des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds (...) ».

³¹ Lorsque l'obligation est de nature commerciale, il résulte des usages que la mise en demeure n'est pas nécessaire.

³² A la différence du débiteur civil, le débiteur commerçant bénéficiera rarement de délais de grâce pour l'acquiescement de sa dette. Ces délais sont formellement exclus quand une dette résulte d'une lettre de change.

³³ L'article 243 al. 2 du DOC prévoit en effet que : « Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état ».

³⁴ La prescription extinctive ou libératoire est le mode d'extinction des obligations résultant du défaut d'exercice d'un droit.

110. Par contre, la prescription acquisitive est un mode d'acquisition du droit de propriété. Lorsqu'une personne a possédé un bien dont il n'était pas initialement propriétaire pendant un certain délai et que le véritable propriétaire ne l'a pas revendiqué, ledit bien se trouve acquis à la première personne par l'effet de l'écoulement du délai.

111. L'article 387 du DOC pose le principe d'une prescription extinctive de quinze ans³⁵. Cette règle est écartée par l'article 5 du code de commerce, suivant lequel : « Les obligations nées, à l'occasion de leur commerce, entre commerçants, ou entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par cinq ans, sauf dispositions spéciales contraires ».

§2- Règles relatives à la procédure

112. Les actes de commerce, d'après le code de commerce, sont de la compétence des tribunaux de commerce (A). Ils permettent, par ailleurs, la stipulation de clauses attributives de compétence et de clauses compromissoires (B).

A}- Compétence judiciaire

113. L'étude de la compétence du tribunal de commerce impose une distinction entre compétence matérielle ou d'attribution (1) et compétence territoriale (2).

1- Compétence d'attribution

114. Selon l'article 5 de la loi n° 53-95 instituant les juridictions du commerce, le tribunal de commerce connaît « des actions entre commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales... ». Les tribunaux de commerce sont ainsi compétents pour les litiges opposant les commerçants entre eux ou encore ceux relatifs aux sociétés commerciales.

115. Cette compétence suppose l'acquisition de la qualité de commerçant et que les actes litigieux soient passés pour les besoins du commerce³⁶.

³⁵L'article 387 du DOC dispose que : « Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans ».

³⁶ La compétence du tribunal de commerce n'est acquise que s'il s'agit d'actions à l'occasion de leurs activités commerciales ou actes passés pour les besoins du commerce. On vise essentiellement, tous les engagements entre

116. Les tribunaux de commerce sont ainsi compétents dès lors que deux commerçants sont en cause. Les actes de commerce exercent ici une influence indirecte sur la compétence des tribunaux, dans la mesure où ils permettent l'attribution de la qualité de commerçant pour peu qu'ils soient passés à titre habituel.

2- Compétence territoriale

117. On entend par "*Compétence territoriale*", la compétence qui prescrit à une juridiction déterminée de statuer valablement dans les limites du territoire constituant son ressort. En matière commerciale, la détermination de la juridiction territorialement compétente relève des articles 10 à 12 de loi n°53-95 instituant les juridictions de commerce.

118. Classiquement, le tribunal compétent est celui du lieu où demeure le défendeur. Cette compétence ne présente donc aucune spécificité par rapport aux règles du droit commun. Cependant, les parties peuvent en disposer autrement par une clause attributive de juridiction³⁷.

B}- Clauses attributives de compétence et clauses compromissoires

119. Les commerçants sont admis à déroger aux règles de compétence des tribunaux de commerce (1). En tant que professionnels, ils peuvent, en outre, stipuler des clauses compromissoires (2).

1- Clauses attributives de compétence territoriale

120. Aux termes de l'article 12 de loi 53-95 instituant les juridictions de commerce : « Les parties peuvent dans tous les cas convenir par écrit de désigner le tribunal de commerce compétent ». Cet article constitue le fondement légal des clauses attributives de compétence territoriale en matière commerce. Il

commerçants. Autrement dit, toutes les obligations contractuelles ou extracontractuelles, à condition qu'elles soient passées ou commises par le commerçant pour les besoins de son commerce.

³⁷ Aux termes de l'article 10 de loi 53-95 instituant les juridictions commerciales : « La compétence territoriale appartient au tribunal du domicile réel ou élu du défendeur. Lorsque ce dernier n'a pas de domicile au Maroc, mais y dispose d'une résidence, la compétence appartient au tribunal de cette résidence. Lorsque le défendeur n'a ni domicile, ni résidence au Maroc, il pourra être traduit devant le tribunal du domicile ou de la résidence du demandeur ou de l'un d'eux s'ils sont plusieurs. S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur peut saisir, à son choix, le tribunal du domicile ou de la résidence de l'un d'eux ». D'après cet article, le tribunal en principe compétent est celui du lieu où demeure le défendeur.

donne la possibilité aux parties contractantes de désigner par clause, la juridiction commerciale compétente sur le plan territorial.

121. De nature contractuelle, la clause attributive de compétence est soumise aux mêmes conditions de validité que les actes juridiques, formulées par l'article 2 du DOC (consentement à la clause, capacité de s'engager, objet et cause)³⁸. Un acte écrit est exigé et la validité de la clause est subordonnée la qualité de commerçant³⁹ et à la non-contrariété à l'ordre public⁴⁰.

2- Clause compromissoire

122. La clause compromissoire « est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ».

123. Cette clause est valable pour les contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux, pour les contestations relatives aux sociétés commerciales et pour les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes⁴¹. Elle est également valide peu importe la partie l'ayant souscrite. La clause peut ainsi parfaitement être stipulée dans des contrats mixtes, conclus par des commerçants avec d'autres personnes n'agissant pas dans le cadre de leur activité professionnelle.

³⁸ L'article 2 du DOC dispose à cet effet que, « Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont : 1° La capacité de s'obliger ; 2° Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ; 3° Un objet certain pouvant former objet d'obligation ; 4° Une cause licite de s'obliger ».

³⁹ Pour que la clause soit valable, elle doit avoir été stipulée entre commerçants et doit avoir été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.

La clause attributive de compétence territoriale est donc, réputée non écrite lorsqu'une partie n'a pas la qualité de commerçant.

⁴⁰ Afin d'être valides, les clauses de compétence doivent respecter l'ordre public. Sont ainsi prohibées, les clauses attributives de compétence territoriale insérées dans un contrat de consommation. Il en va de même pour les clauses insérées dans un contrat de commerce maritime.

⁴¹ Aux termes de l'article 309 du code de procédure civile, cette clause est valable dans tout contrat. Cependant, il existe une particularité lorsqu'il s'agit d'actes de commerce. En effet, 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.

CHAPITRE II

LA QUALITE DE COMMERÇANT

124. Selon l'article 6 du code de commerce, la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel ou professionnel des actes de commerce, énumérés dans le code.

125. Les commerçants étant les acteurs principaux de la vie des affaires, il sera question de cerner les critères de la qualité de commerçant (Section I) pour pouvoir s'intéresser aux conséquences de cette qualification (Section II).

SECTION I

Critères de la qualité de commerçant

126. Selon le code de commerce, le commerçant se caractérise par le fait qu'il accomplit des actes de commerce à titre habituel ou professionnel et indépendant. En droit marocain, la qualité de commerçant ne découle pas de la seule immatriculation au registre du commerce. En pratique, les juges n'évoquent la qualification du commerçant qu'à l'occasion d'un autre litige relatif à l'application d'une règle de droit commercial comme la liberté de la preuve ou bien le bénéfice du statut des baux commerciaux.

127. Le statut du commerçant comporte deux types de conditions : celles tenant à la personne du commerçant (§1) et celles tenant à l'activité commerciale (§2).

§1- Conditions tenant à la personne

128. Il convient de définir quels sont les personnes qui peuvent avoir accès au statut du commerçant puis de définir leurs obligations. Il convient ensuite de décrire le statut particulier du conjoint du commerçant.

A)- Conditions visant à protéger la personne (la capacité commerciale)

129. La capacité est l'aptitude à jouir de ses droits et de ses biens, à contracter et à ester en justice. En principe, toute personne majeure ayant ses facultés mentales est capable. En matière commerciale,

l'incapacité ne touche que le mineur et l'incapable. Les situations de l'étranger et de la femme mariée ont évolué dans le nouveau code de commerce.

1- Le mineur

130. Est mineur aux yeux de la loi toute personne n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit années grégoriennes révolues. Le code de 1996 soumet les règles de capacité au statut personnel (art. 12 du C. Com.). Ainsi, un marocain n'ayant pas atteint dix-huit années grégoriennes accomplies ne peut, en principe, exercer le commerce. Mais le mineur peut être autorisé ou émancipé.

131. Dans le 1^{er} cas, l'article 226 du code de la famille permet au tuteur de remettre au mineur une partie de ses biens à gérer à titre d'expérience. Mais le mineur doit être âgé de douze ans révolus⁴², présenter des signes de maturité et obtenir une autorisation du juge. Tous les actes qu'il effectue sont soumis à l'autorisation du tuteur.

132. Le cas de l'émancipation est bien plus important. Le mineur peut à seize ans être affranchi de la tutelle sous le contrôle du juge. 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 régissant⁴³.

133. Ce sont ces deux situations que vise le code de commerce dans son article 13 quand il dispose que : « L'autorisation d'exercer le commerce par le mineur et la déclaration anticipée de majorité prévues par le code de statut personnel, doivent être inscrites au registre du commerce ».

134. Mais dans l'un et l'autre cas, l'autorisation ou l'émancipation peut être révoquée pour motif grave par le juge et après avoir entendu le concerné. Cette révocation n'a pas d'effet à l'égard des affaires engagées au moment de la révocation.

⁴² L'article 214 du code de la famille dispose que : « L'enfant est doué de discernement lorsqu'il atteint l'âge de 12 ans grégoriens révolus ».

⁴³ L'article 218 du code de la famille dispose, en effet, que : « Lorsque le mineur a atteint l'âge de seize ans, il peut demander au tribunal de lui accorder l'émancipation ».

2- Les majeurs incapables

135. Toute personne ayant atteint l'âge de la majorité, jouit en principe de la pleine capacité pour exercer ses droits et assumer ses obligations. Toutefois, dans certains cas prévus par la loi, le majeur ayant atteint l'âge de majorité voit sa capacité limitée, voire même perdue. On parle dans le premier cas des personnes majeures non pleinement capables, à savoir le prodigue⁴⁴ et le faible d'esprit et dans le deuxième cas des personnes majeures incapables qui sont le dément⁴⁵ et celui qui a perdu la raison.

136. Les personnes incapables et les personnes non pleinement capables sont frappées d'interdiction par jugement du tribunal et ce à compter du moment où il est établi qu'elles se sont trouvées dans cet état⁴⁶.

137. Les personnes majeures incapables ne sont pas admises à gérer leur patrimoine et tous leurs actes sont frappés d'une nullité absolue et ne produisent aucun effet. Ainsi, ces actes conclus après le jugement d'interdiction tombent sous le coup de la nullité. Toutefois, le tribunal peut prononcer l'interdiction à compter du moment où il est établi qu'elles se sont trouvées dans cet état. Le tribunal s'appuie, pour ordonner l'interdiction et apprécier ses conditions, sur une expertise médicale et sur tous les moyens légaux de preuve.

138. Pour ce qui est des personnes non pleinement capables, en l'occurrence le prodigue et le faible d'esprit sont soumis au même régime que le mineur doué de discernement.

139. Leurs actes juridiques sont valables s'ils leur sont pleinement profitables. Ainsi, s'il s'agit d'un acte de nature à améliorer leurs situations, les majeurs non pleinement capables peuvent le conclure, même sans l'assistance de leurs tuteurs. Ils peuvent par exemple accepter une donation ou tout autre acte gratuit qui les enrichit ou qui les libère d'une obligation, sans entraîner pour elles aucune charge.

⁴⁴ D'après le code de la famille ; "le prodigue est celui qui dilapide ses biens par des dépenses sans utilité ou considérées comme futiles par les personnes raisonnables, d'une manière qui porte préjudice à lui-même ou à sa famille" et "le faible d'esprit est celui qui est atteint d'un handicap mental l'empêchant de maîtriser sa pensée et ses actes".

⁴⁵ S'agissant de la démence, à la différence de l'ancien code du statut personnel qui définissait le dément comme étant "celui qui a perdu la raison", le code de la famille distingue actuellement le dément de celui qui a perdu la raison, en s'abstenant de donner une définition aux deux notions. On peut toutefois déduire de la nouvelle disposition du code de la famille que le dément est celui dont la démence est continue et que celui qui a perdu la raison est celui dont la démence est intermittente.

⁴⁶ Cette mesure judiciaire est destinée à protéger ces personnes et/ou tout ou partie de leurs patrimoines si elles ne sont plus en état de veiller sur leurs propres intérêts.

Le jugement ordonnant l'interdiction est prononcé à la demande de l'intéressé lui-même, du ministère public ou de toute personne qui y a intérêt (conjoint, mère, père, etc.). Il est ensuite soumis à publication par les moyens que le tribunal juge adéquats. Le régime d'interdiction est différent selon qu'il s'agit de majeurs incapables ou non pleinement capables.

140. Ils sont nuls s'ils leur sont préjudiciables. Ainsi s'il s'agit d'actes qui ne leur sont pas profitables, les personnes non pleinement capables qui ont contracté sans l'autorisation de leurs tuteurs ne sont pas obligées à raison des engagements pris par elles, et peuvent en demander la rescision dans les conditions établies par la loi.

3- La situation des étrangers

141. Un étranger peut exercer le commerce dès 18 ans même si sa loi nationale prévoit un âge plus élevé (art. 15 du C. Com.)⁴⁷. Lorsqu'un étranger n'a pas l'âge de majorité requis par la loi marocaine et qu'il est réputé majeur par sa loi nationale, il ne peut exercer le commerce qu'après autorisation du président du tribunal du lieu où il entend exercer et inscription de cette autorisation au registre du commerce (art.16 du C. Com.).

4- La femme mariée

142. Le cas de la femme mariée ne pose plus de problème depuis que l'article 17 du C. Com. de 1996 a prévu expressément que « La femme mariée peut exercer le commerce sans autorisation de son mari. Toute convention contraire est réputée nulle ». Ainsi, cet article met fin à un débat qui remonte aux codifications de 1913 ; débat à la fois inutile et superflu pour la marocaine musulmane dans la mesure où le droit musulman (rite malékite entre autres) ne connaît pas les régimes matrimoniaux et que le seul régime existant est celui de la séparation des biens.

B}-Conditions tenant à protéger l'intérêt général

143. Ces conditions assurent une double protection : tantôt elles sont posées comme garantie pour la clientèle (déchéance ou défaut d'honorabilité) (1), tantôt elles protègent l'intérêt général du commerce (incompatibilité ou autorisation) (2).

⁴⁷ La modification de l'article 15 met les étrangers et nationaux sur un pied d'égalité, c'est-à-dire qu'il suffit d'avoir 18 ans révolus pour exercer les actes de commerce et ce, quel que soit l'âge de majorité exigé par la loi nationale de l'étranger.

1- Les déchéances

144. La déchéance est le fait de se voir interdire l'exercice du commerce pour avoir été condamné pour crime ou délit à une peine égale ou supérieure à trois mois d'emprisonnement sans sursis. Elle touche essentiellement les auteurs d'infractions portant atteinte aux biens : vol, escroquerie, abus de confiance, usure, outrage à la pudeur et aux bonnes mœurs⁴⁸.

145. 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.

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

147. L'exercice du commerce au mépris d'une interdiction n'empêche pas d'acquérir la qualité de commerçant (Art. 11 du C. Com.), 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.

2- Les incompatibilités

148. L'incompatibilité revient à la situation juridique où la personne, vu ses fonctions actuelles, ne peut exercer le commerce. Elle touche les fonctionnaires, les membres des professions libérales, etc.

149. Les actes de commerce faits en infraction demeurant valables, et le contrevenant est considéré comme un commerçant de fait (Art. 11 du C. Com.). Par conséquent, il peut, en cas de cessation de paiement, être déclaré en liquidation des biens et passible de faillite personnelle ou de banqueroute.

⁴⁸ 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 C. Com.).

3- Réglementations et autorisations

150. Certains commerces sont interdits aux particuliers pour des motifs variés (défense nationale, ordre public, monopole d'État). D'autres sont réglementés et ne peuvent être exercés 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.

151. 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)⁴⁹.

§2- Les conditions d'accès liées à l'activité

152. D'après l'art 6 du C. Com : la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel ou professionnel des activités dites commerciales.

A)- L'exercice habituel ou professionnel d'activités commerciales

153. Par habituel, il faut entendre ce qui n'est pas occasionnel. Il faut qu'il y ait répétition et la jurisprudence n'a pas tranché la question d'une manière nette.

154. Quant à la profession, elle est définie comme « (...) l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence »⁵⁰. La question peut se poser pour certaines pratiques, métiers ou professions où leurs habitudes ne sont pas professionnelles comme les spéculateurs en bourse. La jurisprudence française les déclare commerçants et le code marocain (art. 8) stipule que « La qualité de commerçant s'acquiert également par l'exercice habituel ou professionnel de toutes activités pouvant être assimilées aux activités énumérées aux articles 6 et 7 ci-dessus » Il appartient donc à la jurisprudence, épaulée par la doctrine de préciser ces cas.

⁴⁹ Les personnes ayant méconnu le principe encourent 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 pourra appliquer les peines de la banqueroute.

⁵⁰ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2022.

B}- L'accomplissement d'actes de commerce de manière personnelle et indépendante

155. L'existence de la profession commerciale suppose une véritable indépendance. Autrement dit, les actes de commerce doivent être effectués par le commerçant en son nom et pour son compte. N'ont, ainsi, pas la qualité de commerçant les salariés liés au commerçant par un contrat de travail.

SECTION II

Les obligations du commerçant

156. Ses obligations se ramènent à l'immatriculation et à la publicité au registre du commerce ainsi qu'à la tenue d'une comptabilité⁵¹.

§1- L'obligation de s'inscrire au registre du commerce

157. Le registre du commerce est un répertoire officiel des « entreprises commerciales » précisant leurs conditions ainsi que celles de leurs dirigeants. Tenu correctement, il permet une transparence de l'entreprise et peut faciliter certaines opérations concernant celle-ci comme la vente, l'hypothèque ou l'octroi de crédits. Le registre de commerce est avant tout et surtout un moyen de publicité pour les entreprises. Mais c'est justement au niveau de sa tenue et de son caractère obligatoire ou non que des problèmes apparaissent notamment celui de l'effectivité des règles en la matière.

A}- Organisation du registre du commerce

158. Introduit au Maroc avec le Dahir sur le commerce du 12/08/1913, l'immatriculation était facultative. Mais un dahir du 1^{er} septembre 1926 et un arrêté viziriel de la même date l'ont rendu obligatoire. L'actuel code de commerce, dans son article 37 l'exige quand il dispose : « Sont tenus de se faire immatriculer.. ».

159. En pratique, il existe des registres locaux et un registre central.

⁵¹ Mais ni l'une ni l'autre ne sont pas appliquées systématiquement. Beaucoup de commerçants, notamment les petits, ne s'y soumettent pas.

1- Le registre local du commerce

160. Il est tenu au secrétariat-greffe du tribunal compétent sous le contrôle du président du tribunal ou d'un juge délégué chaque année à cet effet. L'inscription d'un commerçant ou d'une dénomination commerciale doit être requise au greffe du tribunal du lieu de l'établissement du commerçant ou du siège social. Mais toute personne peut demander et obtenir une copie ou un extrait qui certifie les inscriptions portées au registre du commerce, un certificat attestant qu'il n'y a pas d'inscription ou qu'elle a été rayée. Ces documents (copies, extraits ou certificats) sont certifiés conformes par le secrétaire-greffier chargé du registre du commerce.

2- Le registre central du commerce

161. Le registre est tenu à l'office marocain de la propriété industrielle et commerciale (OMPIC) à Casablanca et a été institué par un dahir du 11 mai 1921.

162. Un exemplaire de l'inscription au registre local doit être expédié au registre central, chaque première semaine du mois, en vue de la transcription, sans délai, des mentions qu'il contient et avec référence au registre local.

163. Le registre central est public, mais sa consultation doit se faire en présence du préposé à sa tenue. Il a pour fonction :

- La centralisation des renseignements contenus dans les divers registres locaux ;
- La remise des certificats relatifs aux inscriptions ainsi que les copies et les certificats ;
- La publication d'un recueil fournissant les renseignements sur les noms des commerçants, les enseignes et les dénominations et ceci chaque début d'année.

164. Une fois la transcription effectuée, elle vaut protection à l'échelle nationale ou régionale (ressort judiciaire ou localité du lieu du commerçant). Mais le dépôt d'une marque qui doit servir en même temps de nom ou de dénomination sociale exige que la marque soit déposée conformément à la législation en vigueur (art. 35 du C. Com.).

165. La grande nouveauté est la création d'un registre électronique du commerce à travers lequel sont tenus les registres locaux du commerce et le registre central du commerce précités et ce par le biais de la plateforme électronique créée par la loi n° 88-17 relative à la création et à l'accompagnement d'entreprises par voie électronique.

B}-Les inscriptions au registre du commerce

166. En principe, tout commerçant - personne physique ou morale - exerçant au Maroc, quelle que soit sa nationalité, doit se faire immatriculer au registre du commerce⁵². Les inscriptions au registre électronique du commerce, sont effectuées à travers la plateforme électronique de création et d'accompagnement d'entreprises par voie électronique.

167. Cette inscription comprend les immatriculations, les inscriptions et les inscriptions modificatives.

1- L'immatriculation

168. Le code de commerce insiste sur le caractère personnel de l'immatriculation, mais un mandataire muni d'une procuration « écrite » peut la demander.

169. Elle est déposée au secrétariat-greffe du tribunal du siège social de l'entreprise ou du principal établissement voire du siège de l'entreprise si la personne est commerçante physique. L'immatriculation ne sera reçue par le secrétaire-greffier que sur production du certificat d'inscription au rôle d'imposition à l'impôt de la patente ou sur production de l'acte de cession du fonds de commerce ou de la location gérance (art. 76 du C. Com.).

170. L'immatriculation comporte des mentions obligatoires pour les personnes physiques. En effet, doivent être indiquées toutes les mentions relatives à l'identification de la personne (ex : nom et prénom, adresse personnelle, numéro de la C.I.N, du passeport ou de la carte d'immatriculation, date et lieu de naissance, nom sous lequel elle veut exercer ou pseudonyme, l'autorisation pour le mineur ou son tuteur testamentaire ou datif, régime matrimonial pour les étrangers, indications sur le fonds de commerce (origine, date du début de l'exploitation), etc. (voir art.42 du C. Com).

⁵² L'article 39 du C. Com. qui énonce cette règle « impose » l'immatriculation :

« 1) à toute succursale ou agence d'entreprise marocaine ou étrangère ;

2) à toute représentation commerciale ou agence commerciale des Etats, collectivités ou établissements publics étrangers ;

3) aux établissements publics marocains à caractère industriel ou commercial, soumis par leurs lois à l'immatriculation au registre du commerce ;

4) à tout groupement d'intérêt économique ».

2- Les inscriptions

171. Il existe en fait deux types d'inscriptions :

▪ Les inscriptions dont il s'agit doivent être demandées, par le commerçant, au moment de l'immatriculation. Elles consacrent des droits du commerçant ou sont des charges qui grèvent le fonds de commerce. Il s'agit ainsi du nantissement du fonds de commerce, des brevets d'invention exploités, de la cession du fonds de commerce⁵³ et des décisions judiciaires intéressant l'interdiction du commerçant, sa mainlevée, les décisions en matière de redressement judiciaire, le régime matrimonial des étrangers ainsi que les décisions judiciaires rendues exécutoires par un juge marocain à leur encontre.

▪ Mais des inscriptions modificatives peuvent intervenir au cours de la vie du commerçant ou de la société. L'art. 50 du code de commerce pose la règle dans les termes suivants : « Tout changement ou modification se rapportant aux faits dont l'inscription sur le registre du commerce est prescrite par les articles 42 à 48 doit faire l'objet d'une demande d'inscription modificative ». L'art. 40 donne un exemple de cette modification : il s'agit du cas où une ou plusieurs succursales ou agences ont été créés, ou le cas de création d'une nouvelle activité⁵⁴. Les responsables doivent procéder à l'inscription modificative auprès du registre local soit du siège social, soit du siège de l'entreprise ou du principal établissement.

3- Les radiations

172. La radiation peut être volontaire ou d'office.

173. Le commerçant, ses héritiers, les membres des organes de direction, d'administration ou de gestion et le liquidateur sont habilités à demander la radiation de l'entreprise commerciale.

174. La radiation intervient quand le commerçant (ou l'entreprise) cesse l'activité commerciale sans qu'il y ait cession de fonds. Cette cessation de l'activité peut être consécutive au décès du commerçant qui correspond à la dissolution de la société commerciale mère, d'une agence ou succursale.

⁵³ La déclaration de l'exploitation du brevet d'invention ainsi que la cession doivent être déclarées par le commerçant lui-même, les autres doivent être faites par le secrétaire-greffier de la juridiction qui a rendu la décision (art. 43 du C. Com).

⁵⁴ Le code de commerce a bien fait de préciser, dans l'article 77, que certaines condamnations et charges ne doivent pas figurer sur les copies ou extraits du registre de commerce quand leurs effets ont cessé. Il en est ainsi : - des jugements déclaratifs de redressement ou de liquidation judiciaire quand il y a réhabilitation ; - des jugements prononçant l'interdiction dont le commerçant a été relevé ; - et des nantissements de fonds de commerce dont le privilège a été rayé ou prescrit par défaut de renouvellement dans un délai de cinq ans.

175. La location ou la vente du fonds de commerce entraîne la radiation du précédent propriétaire. La continuation de l'exploitation du fonds sous forme d'indivision oblige les indivisaires à s'immatriculer individuellement. Si un partage intervient, il est procédé à une nouvelle immatriculation.

176. Quant à la radiation d'office, elle intervient en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, dans les cas :

- de décès du commerçant depuis plus d'un an ;
- d'interdiction judiciaire (force de chose jugée) ;
- de cessation de l'activité commerciale ou mention de dissolution⁵⁵ depuis plus de trois ans ;
- à partir de la clôture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

C}- Les effets de l'immatriculation

177. L'immatriculation au registre de commerce entraîne des effets juridiques importants et peut être à l'origine de poursuites pénales.

178. Parmi les effets juridiques, l'immatriculation confère une présomption de la qualité de commerçant. Bien plus, la personne assujettie à cette obligation et non encore immatriculée ne peut se prévaloir à l'encontre des tiers de la qualité de commerçant, mais reste tenue des obligations qui découlent de cette qualité.

179. Une deuxième conséquence consiste pour le vendeur ou le bailleur d'un fonds de commerce à demeurer tenu solidairement des dettes de son successeur tant qu'il ne s'est fait pas radier du registre de commerce et des sociétés « (...) avec la mention expresse de la vente ou la location » (art. 60 du C. Com.).

180. Un troisième effet rentre dans la fonction essentielle du registre de commerce qui est la publicité. Elle consiste à rendre inopposable aux tiers les faits et actes passés par le commerçant à l'occasion de son commerce. Mais le commerçant peut apporter la preuve que les tiers connaissaient ces actes et faits (art. 61 du C. Com.).

181. Mais plus graves sont les effets pénaux ou les sanctions que peut encourir un commerçant (physique ou moral) en cas d'infraction au registre du commerce.

⁵⁵ Pour les besoins de la dissolution, le liquidateur, par inscription modificative, peut demander la prorogation de l'immatriculation valable un an, mais prorogable d'année en année pour les besoins de la liquidation.

182. D'abord il y a les infractions relatives aux formalités de constitution.

183. Il faut noter ici la nouveauté de la loi dans le sens que le nouveau code de commerce prévoit une amende de 1.000 à 5.000 dirhams à l'encontre de tout commerçant, gérant ou membre des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société commerciale qui n'obtempère pas à la demande de l'administration de se faire immatriculer au registre de commerce et ceci à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la mise en demeure adressée par l'administration. La même amende est prononcée en cas de pluralité des immatriculations sur un même registre local ou dans plusieurs registres (art. 62 du C. Com.). Le tribunal ordonne l'inscription qui doit intervenir dans un délai de deux mois sous peine d'une nouvelle amende (art. 63 du C. Com.)⁵⁶.

184. Ensuite, il y a le cas de la communication de fausses informations. L'article 64 du C. Com. et 380 de la loi sur la société anonyme prévoient des sanctions légèrement différentes pour les mêmes faits.

185. En effet l'art. 64 sanctionne les indications inexactes données de mauvaise foi en vue de l'immatriculation ou de l'inscription au registre de commerce. La peine est d'un mois à un an d'emprisonnement et/ou d'une amende de 1.000 à 5.000 dirhams. Le jugement ordonne la rectification « dans les termes qu'il détermine ».

186. De son côté, l'art. 380 de la loi sur la société anonyme prévoit à son tour une peine dont l'amende est plus sévère à l'encontre des fondateurs, des membres des organes d'administration, de direction ou de gestion de la société qui, sciemment, et en vue de l'immatriculation de la société ou d'une inscription modificative des statuts, auront affirmé des faits faux ou « omis de relater la totalité des opérations effectuées pour la constitution de ladite société »⁵⁷. La sanction est un emprisonnement de un à six mois et/ou une amende de 6.000 à 30.000 dirhams⁵⁸.

187. Sur un autre plan, et à défaut de mentionner le numéro et le lieu du registre de commerce sur les factures et autres papiers (art. 49 du C. Com.), le commerçant fautif est passible d'une amende de 1.000 à 5.000 dirhams (art. 65 du C. Com.). Les indications inexactes données sciemment sur les

⁵⁶ S'il s'agit d'une succursale ou d'une agence d'un établissement étranger, le juge peut prononcer la fermeture de l'établissement jusqu'à l'accomplissement de la formalité d'immatriculation.

⁵⁷ Les déclarations à effectuer sont prévues à l'art. 31 de la loi sur la S.A.

⁵⁸ Le droit français va un peu plus loin et inclut dans la même infraction d'autres agissements comme le défaut de dépôt des statuts au greffe du tribunal, l'irrégularité dans la forme du bulletin de souscription, le défaut de dépôt des fonds et de la liste des souscripteurs.

papiers du commerçant peuvent entraîner un emprisonnement d'un mois à un an et/ou une amende de 1.000 à 50.000 dirhams (art. 64 du C. Com).

§2- L'obligation de tenir une comptabilité

188. Il s'agit de la tenue de la comptabilité telle qu'elle est organisée par la Loi n° 9-88 relative aux obligations comptables des commerçants⁵⁹.

189. En théorie, le commerçant tient trois livres :

- Un livre-journal qui permet d'enregistrer jour par jour les opérations de l'entreprise ;
- Un grand livre, qui permet l'enregistrement des écritures du livre journal qui y sont recopiées, mais cette fois réparties entre les différents comptes.
- Un livre-inventaire qui contient un état estimatif et descriptif de l'avoir de l'entreprise. Un inventaire annuel est suffisant, mais les sociétés anonymes doivent dresser un état de situation chaque semestre. Ce livre comprend le bilan et le compte pertes et profits.

Ces documents comptables ont une valeur juridique importante et une force probante.

190. Bien tenue, cette comptabilité est admise comme preuve entre commerçants pour des raisons de commerce et les tiers peuvent l'opposer au commerçant même si elle est irrégulièrement tenue.

191. La partie adverse qui détient un double des documents comptables détient la preuve valable dans les deux sens contre elle et en sa faveur.

192. Sur demande de l'une des parties ou d'office, le juge peut ordonner la communication de ces documents ou leur représentation. Cette dernière consiste dans le fait d'extraire de la comptabilité les seules écritures qui intéressent le litige. Quant à la communication, l'article 24 du code de commerce qui la définit donne en même temps ses cas d'application : « La communication est la production intégrale des documents comptables. Elle ne peut être ordonnée que dans les affaires de succession, de partage, de redressement ou de liquidation judiciaire et dans les autres cas où ces documents sont communs aux parties ». Les parties conviennent de la façon dont la communication doit se faire ; à défaut, il y aura dépôt au secrétariat-greffe de la juridiction saisie.

⁵⁹ Dahir n° 1-92-138 (30 jourmada II 1413) portant promulgation de la Loi n° 9-88 relative aux obligations comptables des commerçants.

193. Notons que le commerçant qui refuse la production de sa comptabilité ou qui déclare ne pas en avoir risque la perte du litige du fait que le juge a le loisir de déférer le serment à l'autre partie afin d'appuyer ses prétentions.

194. Enfin, les livres du commerçant s'imposent au point de vue fiscal et permettent, en cas de liquidation judiciaire, de poursuivre les dirigeants pour banqueroute s'ils ont omis la tenue de la comptabilité ou s'ils ont présenté une comptabilité défectueuse ou irrégulièrement tenue.

§3- Les obligations supplémentaires

195. Le code de commerce oblige le commerçant à ouvrir un compte dans un établissement bancaire ou dans un centre de chèques postaux (art. 18 du C. Com).

196. Enfin, le commerçant doit classer et conserver, pendant dix ans, les originaux des correspondances reçues et les copies de celles envoyées. Les originaux et les copies ayant une concordance entre eux ont la même force probante.

TITRE II

LE FONDS DE COMMERCE

197. Le fonds de commerce est défini comme : « une propriété consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à l'exploitation »⁶⁰.

198. Inventé par la pratique, le fonds de commerce comprend des éléments corporels (outillage, machines, marchandises, etc.) et des éléments incorporels (enseigne, nom commercial, etc.). Il ne se conçoit pas dans une activité civile. Il a une valeur propre et peut faire l'objet de vente, de nantissement voire de location gérance.

199. Pendant longtemps, au Maroc⁶¹ (et en France) aucun texte ne définissait le fonds de commerce qui restait une notion essentiellement jurisprudentielle⁶². Actuellement l'art. 79 du C. Com. le définit comme « (...) un bien meuble incorporel constitué par l'ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice d'une ou de plusieurs activités commerciales »⁶³.

200. Afin d'appréhender la notion de fonds de commerce, nous allons aborder les éléments constitutifs de celui-ci dans un premier temps (Chapitre I) et les opérations juridiques qui peuvent être faites sur le fonds de commerce dans un deuxième temps (Chapitre II).

⁶⁰ René Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 10^{ème} éd., Paris, L.G.D.J, 1980, p. 401. L'auteur donne l'origine de l'expression : fonds de commerce dans les termes suivants : « L'expression « fonds de commerce » a été forgée sur l'expression « fonds de terre » et dans la pratique, on parle de la propriété du fonds. Il s'agit bien en effet d'une propriété, mais qui ne comporte pas d'objet matériel. Cette propriété est une des propriétés incorporelles, et comme les esprits sont habitués à l'idée de la propriété littéraire et artistique et de la propriété des brevets de marque, l'idée de propriété du fonds de commerce a été facilement admise. Cette propriété est en réalité un droit de clientèle ».

⁶¹ Au Maroc, le fonds de commerce est réglementé par la loi 15-95 portant promulgation du code de commerce, telle qu'elle a été promulguée par le Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii I 1417 (1^{er} Aout 1996).

⁶² En comptabilité, le fonds constitue un patrimoine comptable. Les opérations du fonds de commerce sont rassemblées dans le compte de « Résultats ». Aussi certaines dispositions fiscales reconnaissent une certaine autonomie quand elles isolent pour les imposer distinctement les bénéfiques que le fonds réalise et qu'elles intègrent dans la catégorie des bénéfiques industriels et commerciaux (B.I.C.).

⁶³ L'article 80 du code de commerce ajoute que : « Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage.

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

CHAPITRE I

LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU FONDS DE COMMERCE

201. Conformément aux dispositions de l'article 79, le fonds de commerce regroupe deux éléments, et ces derniers sont traditionnellement divisés en deux catégories, suivant leur nature, en éléments corporels (Section I) et en éléments incorporels (Section II).

SECTION I

Les éléments corporels

202. Les éléments corporels du fonds de commerce peuvent être répartis en deux catégories principales : le matériel et l'outillage (§1) et les marchandises (§2).

§1- Le matériel et l'outillage

203. Ces deux termes sont synonymes, ils désignent tous les biens meubles qui servent à l'exploitation du fonds et revêtent une stabilité au sein de l'entreprise, autres que le mobilier commercial.

204. Le matériel et l'outillage diffèrent d'une entreprise à une autre, et dépend de la nature de l'activité exercée, mais dans la majorité des cas le matériel et l'outillage prennent la forme des éléments suivants :

- Des appareils et matériel d'équipement ;
- Des machines et outillage industriel ;
- Des moyens de transport.

205. Il faut noter cependant que ces éléments corporels n'ont pas toujours une importance dans un fonds de commerce, sauf par exemple les appareils et machines dans l'industrie, le mobilier dans l'hôtellerie ou les véhicules de transport (bus et cars) dans le commerce de transport, etc.

206. On trouve également le mobilier commercial et il englobe tous les objets mobiliers comme les bureaux, les fauteuils, les chaises, les salons de réception, les comptoirs, etc.

§2- Les marchandises

207. C'est l'objet même du commerce, il s'agit de tous les produits et objets destinés à la vente. Et ils revêtent une instabilité si on les compare aux autres éléments du fonds de commerce.

208. La spécificité des marchandises comme élément du fonds de commerce réside dans le fait qu'en cas de cession, les marchandises doivent obligatoirement faire l'objet d'une évaluation distincte⁶⁴, et qu'en cas de nantissement, les marchandises sont exclues⁶⁵.

209. Par conséquent, bien que ces éléments corporels fassent partie du fonds de commerce, l'acquéreur du fonds de commerce peut parfaitement se passer du matériel, outillage et mobiliers anciens.

210. Toutefois, il faut noter qu'il existe bien des fonds de commerce qui n'ont pas de marchandises tels que les fonds des courtiers et agents d'affaires, agences de voyage, etc.

211. Il reste que ce sont les éléments incorporels qui confèrent toute sa valeur au fonds de commerce vu leur importance.

SECTION II

Les éléments incorporels

212. L'article 80 du code de commerce dispose que : « Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage. Il comprend aussi, tous autres biens nécessaires à l'exploitation du fonds tels que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier commercial, les marchandises, le matériel et l'outillage, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels et, généralement, tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés ».

213. En effet, on peut dire que les éléments incorporels sont d'une grande importance pour le fonds de commerce. On y trouve, de manière générale, la clientèle et l'achalandage (§1), le nom

⁶⁴ Ce sont les objets destinés à la vente. Ils sont exclus du nantissement du fonds de commerce car fongibles. En revanche, les marchandises font partie de l'assiette du privilège du vendeur, c'est à dire qu'elles ne sont pas libres et franches tant qu'elles n'ont pas été intégralement payées.

⁶⁵ Mohamed Nakhli, *Précis de droit commercial*, Marrakech, Librairie Al Maarifa, 2021, p. 5.

commercial (§2), l'enseigne (§3), Les licences (§4), Le droit au bail (§5) et les droits de propriété industrielle (§6).

§1- La clientèle

214. Appelée parfois « achalandage » (clientèle potentielle ou de passage), elle constitue aux yeux de la jurisprudence et d'une partie de la doctrine l'élément le plus important dans un fonds de commerce. L'article 80 du code de commerce stipule quant à lui que le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage. Il ne fait que consacrer la position classique qui a toujours dominé.

215. La clientèle est définie comme « la valeur que représente l'espoir de maintenir le chiffre d'affaires réalisé au cours des mois précédents en continuant d'utiliser les mêmes structures d'exploitation »⁶⁶. C'est, avait-on dit, « une possibilité de contrats futurs et renouvelés »⁶⁷.

A)- La clientèle comme condition d'existence du fonds de commerce

216. Sans clientèle, il ne saurait y avoir de fonds de commerce soutenaient la jurisprudence et la doctrine classiques. Mais un fort courant doctrinal refuse de voir toujours dans la clientèle l'élément le plus important du fonds et partant une condition d'existence de celui-ci⁶⁸. Ce dernier pouvant être le droit au bail, un brevet d'invention ou autre. Pour ce courant, le fonds de commerce existe à partir du moment où les éléments de l'exploitation sont réunis et qu'il est ouvert au public.

217. En revanche, la jurisprudence avait opté pour le maintien de la clientèle comme critère déterminant de la date de création du fonds de commerce. Elle va jusqu'à refuser la possibilité de le donner en location gérance dès son ouverture pour absence de clientèle⁶⁹.

⁶⁶ René Roblot, *op.cit.* p. 400.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ Parmi ceux-ci des auteurs comme : René Roblot, Yves Guyon, Guillaume Le Floch, Yves Reinhardt, etc.

⁶⁹ Des problèmes ont surgi pour certains cas comme celui des clients des commerces situés dans la galerie marchande d'un magasin à grande surface où la jurisprudence n'a pas émis une règle de principe, mais en a fait une question de fait. Aussi le cas d'une buvette d'un champ de course : la cour de cassation française a estimé que les clients sont ceux du champ. L'essentiel dans la détermination de celle-ci est l'existence d'un certain courant d'affaires. Le fonds doit avoir une exploitation sinon il disparaît purement et simplement.

B}- La clientèle comme critère de transmission du fonds de commerce

218. La jurisprudence de la cour de cassation française exige la transmission de la clientèle dans la cession d'un fonds de commerce pour pouvoir considérer que celle-ci a eu lieu.

219. Dans le cas d'une transmission intégrale du fonds, il n'y a aucune difficulté. En revanche, la question se complique quand le propriétaire du fonds cède des éléments à un acquéreur et les autres éléments à un autre acquéreur. La position de la jurisprudence française est que l'acheteur qui a acquis la clientèle a acquis par la même occasion le fonds de commerce. Si cette dernière n'a pas été cédée, il n'y a pas cession du fonds. La jurisprudence française a affirmé cette règle à maintes reprises et est allée jusqu'à considérer comme non cession du fonds, le fait de céder tous les éléments sauf la clientèle.

§2- Le nom commercial

220. Le nom patronymique employé par un commerçant pour et dans l'exercice de son commerce devient un bien patrimonial susceptible de propriété et cessible à un tiers. Le nom sert à rallier la clientèle. Il se confond avec la raison de commerce et la dénomination sociale. Inscrit au registre de commerce et publié dans un journal d'annonces légales, il devient protégé (art. 70 du C. Com.)⁷⁰. Mais cette inscription (du nom, de la raison de commerce, dénomination commerciale et même de l'enseigne) doit intervenir dans un délai d'un an à partir de la délivrance du certificat négatif par le registre central du commerce (art. 74 du C. Com.). En revanche, celui dont le nom figure sans son accord, dans une raison sociale peut contraindre le fautif à la rectification de ce nom et éventuellement demander des dommages-intérêts (art. 72 du C. Com.)⁷¹.

221. En ce qui concerne les sociétés commerciales, le nom commercial est dit : dénomination sociale qui est généralement désignée par l'objet de l'activité de l'entreprise, ou raison sociale, qui est composée des noms des associés. Cependant, en cas de cession du F.C., le vendeur peut, par une clause expresse, interdire à l'acquéreur d'user de son nom commercial. Cette clause aura pour effet d'exclure la cession du nom commercial avec le F.C. et dans ce cas, le vendeur n'a plus le droit de céder l'usage

⁷⁰ Cette protection s'étend à la personne qui porte un nom de famille identique. Cette dernière, si elle veut user de ce nom doit ajouter une indication qui la différencie de celle déjà existante (art. 70 al. 2 du C. Com.). Et l'article 74 du code de commerce ajoute une sorte de sanction au défaut d'inscription du nom et d'autres éléments d'identification quand il dispose : « Tout nom, raison de commerce, dénomination commerciale ou enseigne dont le bénéficiaire n'aura pas opéré l'inscription au registre du commerce (...) »

⁷¹ L'acquéreur d'un fonds peut acquérir le nom, mais il doit lui conserver son caractère commercial. En France et au Maroc, eu égard à la similitude voire à l'identité des règles, et pour éviter la confusion, l'acquéreur doit ajouter son propre nom suivi d'une mention indiquant " la succession " ou " la cession " (art. 71 du C. Com.).

du nom à un autre commerçant, sous peine de risquer une poursuite en justice pour concurrence déloyale. Le nom commercial fait l'objet d'une protection particulière par le législateur.

§3- L'enseigne

222. C'est un signe extérieur qui permet d'individualiser un établissement. Elle peut être le nom d'une personne (pas forcément celui de l'exploitant) ou une dénomination fantaisiste (ex : "Au bonheur des dames", "Top chic", etc.) ou un emblème (animal, armoiries, etc.). Elle est difficilement détachable du fonds de commerce et peut se confondre, on l'a dit, avec le nom commercial.

223. Souvent l'enseigne reprend le nom commercial présenté sous une forme graphique originale, ex : le signe graphique de la C.T.M.

§4- Les licences

224. L'art. 80 parle des licences mais il s'agit aussi des autorisations et des agréments. Elles sont accordées par les autorités administratives concernées pour l'exploitation de certains fonds de commerce, suivant le domaine d'activité : tourisme, transport, hôtellerie, restauration, cinéma, boissons alcoolisées, etc.

§5- Le droit au bail

225. Ce droit n'a d'intérêt que dans le cas où le commerçant n'est pas propriétaire du local dans lequel il exerce son commerce. Il est désigné dans la pratique par l'expression de « propriété commerciale » ; ce qui exprime la protection accordée par le législateur aux locataires de locaux à usage commercial contre les éventuels abus des propriétaires des murs qui pourraient avoir des conséquences néfastes sur le commerçant. De plus, il est difficile de concevoir une vente d'un fonds de commerce sans local.

226. Le droit au bail est réglementé par la loi n° 49-16 relative aux baux d'immeubles ou de locaux loués à usage commercial, industriel et artisanal⁷². Ses règles assurent au commerçant le droit au renouvellement du bail et, à défaut, le droit à une indemnité.

§6- Les droits de propriété industrielle

227. L'art. 80 dresse toute une énumération de ces droits ; il s'agit des brevets d'invention, des licences, des marques de fabrique, de commerce et de service, des dessins et modèles industriels et, généralement, conclut cet article, tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés.

228. Ces droits constituent un monopole du commerçant dans son exploitation commerciale et, comme ils font partie du fonds de commerce, ils peuvent être cédés avec ce dernier. Pour les exclure, il faut prévoir une clause expresse dans le contrat de vente du fonds de commerce.

229. Enfin, notons que d'autres éléments sont susceptibles d'être inclus dans le fonds de commerce : droits personnels (licence administrative) et obligations, clause de non rétablissement souscrite par le vendeur, clause de non concurrence souscrite par un salarié et qui peut être reprise par un acquéreur éventuel, clause d'exclusivité de vente ou d'approvisionnement, etc.

⁷² Dahir n° 1-16-99 du 13 chaoual 1437 (18 juillet 2016) portant promulgation de la loi n° 49-16 relative aux baux des immeubles ou des locaux loués à usage commercial, industriel et artisanal.

CHAPITRE II

LES OPERATIONS PORTANT SUR LE FONDS DE COMMERCE

230. Il s'agit de la vente du fonds de commerce (Section I), de son nantissement (Section II) de sa location gérance (Section III) et enfin de l'apport en société du fonds de commerce (Section IV).

SECTION I

La vente du fonds de commerce

231. La vente du fonds est une opération plus compliquée si on la compare aux autres opérations de vente tel que la vente d'un bien mobilier ou immobilier, puisqu'elle nécessite obligatoirement la protection en premier lieu des parties contractantes et ensuite des tiers : les créanciers.

232. Et afin d'accorder une protection suffisante aux parties contractantes et non-contractantes de l'acte de vente, le législateur est intervenu pour la réglementation de cette opération par l'article 81 et suivants du code de commerce.

233. La vente du fonds de commerce, comme tout acte, est soumise à des conditions (§1) et engendre des effets (§2).

§1- Les conditions de la vente

234. On va traiter dans un premier temps des conditions de fond (A) et dans un deuxième temps des conditions de forme (B).

A}- Les conditions de fond

235. Comme tout contrat, la vente du fonds de commerce doit obéir aux règles générales du droit commun : le consentement des parties, la capacité commerciale (les opérations portant sur le fonds de commerce étant des actes de commerce), l'objet de la vente (les éléments du fonds de commerce) et le prix de la vente.

La capacité : Du côté du vendeur il s'agit d'un acte de commerce. Cela ne pose de problème que quand la cession est le fait d'un non commerçant (héritier d'un fonds de commerce par exemple). Il faut y voir un acte de commerce par accessoire. Si le vendeur est mineur, il faut l'accord de son tuteur.

Du côté de l'acquéreur, il s'agit également d'un acte de commerce et celui-ci doit avoir la capacité de faire le commerce.

Le consentement : les règles de droit commun s'appliquent ici. Le consentement doit provenir d'une volonté libre non viciée par le dol, l'erreur, la violence. Le vendeur est tenu à certaines formalités destinées à informer l'acquéreur sous peine de nullité relative.

La cause : Elle est soumise elle aussi aux règles de droit commun. Elle doit être licite.

L'objet : il est double ; d'une part le fonds de commerce et de l'autre le prix.

236. Pour le prix, il faut qu'il soit déterminé ou au moins déterminable. Le grand problème est celui de la dissimulation du prix pour des raisons fiscales. Est nulle toute contre lettre dissimulant une partie du prix. Au Maroc, l'administration fiscale peut se substituer à l'acquéreur avec une majoration d'un dixième du prix. Elle peut aussi procéder à un redressement fiscal si elle le juge utile.

B}- Les conditions de forme

237. Afin de protéger l'acquéreur contre les manœuvres du vendeur qui viseraient éventuellement à dissimuler certains renseignements relatifs à la valeur du fonds, le code de commerce oblige le vendeur à insérer certaines mentions dans l'acte même de vente (1) et l'acte doit faire l'objet d'une publicité (2).

1- Forme et contenu de l'acte de vente

238. La loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 exige un écrit en la forme authentique ou sous seing privé alors que la vente du fonds de commerce, par le passé, était libre⁷³.

239. L'acte de vente doit mentionner obligatoirement le nom du vendeur, la date et la nature de son acte de vente, le prix de l'acquisition qui doit préciser d'une manière distincte les prix des éléments

⁷³ En pratique, un écrit était toujours nécessaire ne serait-ce que pour spécifier les clauses de la vente.

incorporels, celui des marchandises et celui du matériel⁷⁴. Le prix est déposé auprès d'une instance habilitée à recevoir les dépôts. L'acte de vente doit mentionner également la situation du fonds quant aux privilèges et nantissement, le bail s'il y a lieu ainsi que sa date, sa durée, le montant du loyer, le nom et l'adresse du bailleur. Il doit enfin mentionner l'origine de la propriété du fonds de commerce (art. 81 du C. Com.)⁷⁵.

2- Publicité de la vente

240. Elle vise à informer les créanciers du vendeur de la vente du bien constituant le gage à leur créance. Il semble que cette publicité n'est organisée que quand il s'agit de la vente du fonds en entier et non d'un seul élément.

241. Dans les quinze jours de son enregistrement, une expédition de l'acte notarié ou un exemplaire de l'acte sous seing privé doit être déposée au secrétariat greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds de commerce ou de la succursale si la vente a pour objet cette dernière.

242. L'extrait est inscrit au registre du commerce et doit contenir certaines mentions énumérées à l'art. 83 du C. Com. (noms, prénoms et domicile des parties à la vente, siège et nature du fonds de commerce, le prix stipulé, etc.).

243. Cet extrait est publié en entier et sans délai par le secrétaire-greffier dans un journal d'annonces légales aux frais des parties. Mais l'acquéreur, entre le 8^{ème} et le 15^{ème} jour après la première insertion (art. 83 *in fine* du C. Com.), doit renouveler, à ses frais, cette publication.

§2- Les effets de la vente

244. La vente du fonds de commerce engendre des obligations qui sont celles de toute vente à savoir, pour le vendeur, celles de délivrer et de garantir (garantie d'éviction avec obligation de non concurrence) et, pour l'acheteur, celle de payer le prix dont la créance reste garantie par le privilège du

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Notons que les brevets d'invention, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels restent soumis, pour leur vente, à la législation relative à la protection de la propriété industrielle. Il en est de même des droits littéraires et artistiques contenus dans un fonds de commerce qui restent régis par la législation sur la propriété littéraire et artistique.

vendeur. La vente du fonds de commerce revêt un caractère grave qui fait qu'elle est entourée d'un maximum de garanties pour toutes les parties en présence.

245. Cette protection revient essentiellement aux sanctions qui découlent des manquements à l'art. 81 du C. Com.

246. De leur côté, les créanciers ont un droit d'opposition et le vendeur lui-même jouit d'une protection car il peut être victime d'agissements malhonnêtes de la part de l'acheteur ou des créanciers.

A}- Protection de l'acquéreur

247. L'acquéreur est en principe protégé par les exigences de l'art. 81 et 82 du C. Com. L'absence de l'une de ses mentions ou leur inexactitude ouvre droit respectivement à la demande en annulation de la vente par l'acheteur si cette absence lui porte préjudice ou à la réduction du prix. Il a un an pour agir (art. 82 du C.Com).

248. Mais l'acquéreur qui a payé le prix avant l'expiration du délai de 15 jours (après la seconde insertion) ou qui n'a pas respecté les formes des publicités, des inscriptions ou des oppositions, l'aura fait à ses risques et périls puisque ce paiement ne le libère pas à l'égard des tiers (art.89 du C. Com.).

B)- Protection des créanciers (tiers à la vente)

249. Les créanciers comme tiers à la vente et comme bailleurs de fonds jouissent de garanties solides pour peu qu'ils agissent dans les formes et délais exigés par la loi. Ils peuvent s'opposer à la vente et se proposer comme acquéreurs du fonds en avançant une surenchère.

1- Opposition à la vente (par les créanciers)

250. Après la seconde insertion et dans un délai de 15 jours, les créanciers du vendeur - créanciers chirographaires⁷⁶ - peuvent former opposition au paiement du prix par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au secrétariat greffe du tribunal qui a reçu l'acte ou par dépôt de l'opposition auprès dudit secrétariat greffe. Cette opposition est valable que la créance soit exigible ou non (art. 84

⁷⁶ Les créanciers privilégiés ont le droit de suite et sont protégés contre toute aliénation.

du C. Com.). Toutefois cette opposition doit énoncer les montants et les causes des créances et contenir une élection du domicile dans le ressort du tribunal compétent (art. 84 al. 2 du C. Com.).

251. Le bailleur du local du fonds de commerce ne peut former opposition pour loyer en cours ou à échoir (art. 84 al. 3 du C. Com.).

252. Les créanciers qui se sont fait connaître dans les quinze jours suivants la seconde insertion ne pourront pas se voir opposer un transport amiable ou judiciaire du prix auquel ils ont droit (art. 84 *in fine* du C. Com.).

2- Surenchère du sixième

253. Tout créancier, opposant ou inscrit, peut pendant les trente (30) jours qui suivent la deuxième insertion (entre le 8^{ème} et le 15^{ème} jour de la première insertion), prendre connaissance de l'expédition ou de l'acte de vente déposé au secrétariat greffe du tribunal qui a reçu l'acte (art.93 du C. Com.).

254. Pendant le même délai (30 jours de la 2^{ème} insertion), tout créancier inscrit ou ayant fait opposition dans les délais (15 jours après la 2^{ème} insertion) peut non seulement prendre connaissance de l'acte de vente et des oppositions, mais former également une surenchère d'un sixième (1/6^{ème}) du prix principal du fonds de commerce (non compris le matériel et les marchandises).

Modalités d'acquittement du prix par l'acquéreur.

Une fois le prix fixé, avec ou sans surenchère, l'acquéreur du fonds de commerce, en cas de mésentente entre les autres créanciers sur la distribution amiable du prix, doit consigner au secrétariat greffe la partie exigible de celui-ci et le surplus au fur et à mesure de l'exigibilité, à la charge de toutes les oppositions ainsi que des inscriptions grevant le fonds et des cessions qui ont été notifiées.

C}- Protection du vendeur

255. Devant l'importance de l'investissement, un crédit est souvent consenti par le vendeur à l'acquéreur du fonds de commerce ; aussi, le législateur offre des garanties légales au vendeur du fonds de commerce :

1 - Le privilège du vendeur

2 - L'action résolutoire

1- Le privilège du vendeur

256. L'utilité de ce privilège est de permettre au vendeur, qui ne veut pas récupérer son fonds de commerce, de le faire vendre par la voie judiciaire en bénéficiant du droit de suite⁷⁷ et du droit de préférence⁷⁸.

257. Pour pouvoir bénéficier de ce privilège, le vendeur doit l'inscrire au RC dans les 15 jours de la date de l'acte de vente.

2- L'action résolutoire

258. Au moment de l'inscription de son privilège (c.-à-d. dans les 15 jours de l'acte, le vendeur peut, en plus et en même temps, opter pour l'action résolutoire dans la perspective de récupérer son fonds de commerce dans le cas où il y verrait un intérêt.

259. A défaut de paiement, elle lui permettra d'obtenir l'effacement rétroactif du contrat de vente du fonds de commerce pour inexécution par l'acquéreur de son obligation de payer le prix.

SECTION II

Le nantissement du fonds de commerce

260. Le nantissement du fonds de commerce est un moyen pour obtenir des crédits (§1); moyen qui comporte le privilège du vendeur : une autre forme de nantissement (§2). Ce nantissement produit des effets importants (§3).

§1- Définition du nantissement du fonds de commerce

261. Il s'agit d'un gage sans dépossession désigné souvent sous le nom « d'hypothèque mobilière ». Il ne donne pas droit au créancier nanti de s'attribuer le fonds en paiement (art. 106 al.2 du

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

C. Com.). Le créancier nanti a le droit de suite et de préférence sur le fonds de commerce. Ces droits doivent être inscrits au registre du commerce.

262. Le nantissement d'un fonds de commerce peut comprendre tous les éléments du fonds tels qu'énumérés à l'article 80 du C. Com : la clientèle et l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier commercial, le matériel et l'outillage, les brevets d'invention, les licences, les marques et fabriques, les dessins et modèles industriels et tous les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistiques. Toutefois, il ne comprend jamais les marchandises.

§2- Les conditions du nantissement

263. Le nantissement du fonds de commerce, comme tout acte, est soumis à des conditions de fond (A) et des conditions de forme (B).

A}- Conditions de fond

264. 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.

265. 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.

B}- Conditions de forme

266. Aux termes de l'article 108 du C. Com, 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.

267. 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.

268. 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 et commerciale (OMPIC). Cette inscription n'est pas soumise à la publication dans les journaux (Article 108 al. 3 du C. Com.).

§3- Les effets du nantissement

269. Ces effets visent à protéger les créanciers notamment ceux qui ont inscrit leur privilège. Dans tous les cas, le nantissement ne donne pas droit au créancier gagiste de se faire attribuer le fonds en paiement (art.106 du C. Com.), mais il a un droit de préférence et un autre de suite (A) et une protection de ses droits tant bien que mal organisée (B).

A}- Les droits des créanciers inscrits

270. Comme tout titulaire d'un droit réel accessoire, le créancier nanti ou privilégié a un droit de préférence et un autre de suite.

1- Le droit de préférence

271. C'est le droit d'être payé sur la valeur du fonds par préférence aux autres créanciers. Il peut saisir le fonds (par voie judiciaire) pour se faire payer (procédé déconseillé car la vente judiciaire d'un fonds de commerce ne permet pas d'obtenir un bon prix).

2- Le droit de suite

272. C'est le droit de suivre le fonds en quelques mains qu'il passe (art.122 al. 1 du C. Com.). Il est opposable à tout acquéreur de fonds. Ce privilège permet même de se faire payer par l'acquéreur du fonds. La loi organise une purge qui consiste, pour l'acquéreur du fonds, à verser entre les mains des créanciers nantis le prix convenu.

B}- La protection des droits des créanciers inscrits

273. Cette protection est organisée car les créanciers risquent de voir disparaître leur gage dans plusieurs situations. Elle consiste dans une sorte d'avertissement.

274. En cas de déplacement du fonds, le commerçant doit avertir les créanciers 15 jours avant d'effectuer le déplacement. A défaut, les créances deviennent exigibles. S'ils acceptent le déplacement, ils doivent régulariser leurs inscriptions (voir l'art.111 du C. Com.).

275. En cas de changement d'activité : la "désécialisation" doit être notifiée aux créanciers inscrits afin qu'ils puissent présenter leurs observations.

276. En cas de menace de résiliation du bail : que celle-ci soit judiciaire, contractuelle ou à l'amiable, elle doit être notifiée aux créanciers.

277. En cas de vente séparée des éléments du fonds, la question doit être nuancée car le créancier qui a un droit réel sur le fonds de commerce n'en a pas sur les éléments de ce fonds. Toutefois, une saisie opérée sur des éléments corporels du fonds doit être notifiée aux autres créanciers. Au pénal, les créanciers ont droit de poursuite pour détournement d'objets remis en gage.

SECTION III

La location gérance du fonds de commerce

278. Elle est l'acte par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce le donne à bail en contrepartie d'une redevance sous forme de loyer ou de participation au bénéfice ou les deux à la fois. Il est donné à une personne qui en assume l'exploitation pour son compte et à ses risques et périls.

279. D'une manière générale, on parle de gérance libre pour désigner ce type de location par opposition à la gérance salariée dans le cadre d'un contrat de travail. Dans cette dernière, rien n'empêche le propriétaire d'un fonds de commerce de faire participer le salarié aux bénéfices comme mode de paiement de son salaire.

280. D'un autre côté, le locataire gérant est un commerçant avec toutes les conséquences que cela suppose : inscription au registre du commerce et une publication dans les journaux. La propriété du fonds est séparée de son exploitation. Cette forme d'exploitation a connu et connaît un essor considérable.

§1- Les conditions de la gérance libre

281. 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

282. La principale condition de fond de la mise en gérance libre d'un fonds de commerce demeure l'exploitation commerciale antérieure du propriétaire du fonds. En d'autres termes, le loueur devrait être propriétaire ou exploitant du fonds de commerce dans les conditions de droit commun avant de pouvoir le mettre en gérance libre.

283. Le législateur marocain organise une telle relation contractuelle entre le loueur du fonds et le gérant en prévoyant des dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger. D'ailleurs, toute convention ne remplissant pas les conditions imposées par la loi est nulle. L'article 158 du code de commerce prévoit que : « tout contrat de gérance libre consenti par le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ne remplissant pas les conditions prévues aux articles ci-dessus, est nul. Toutefois, les contractants ne peuvent invoquer cette nullité à l'égard des tiers ». Il s'agit donc d'une nullité relative qui ne peut être invoquée que par l'une des parties contre l'autre ou par un tiers contre les parties et à laquelle ils peuvent renoncer⁷⁹.

B}- Les conditions de forme

284. S'agissant de la forme que devrait revêtir le contrat de gérance libre, le code de commerce marocain n'en impose aucune de particulière même si la rédaction d'un écrit reste, toutefois, souhaitable. Certes, la loi impose une condition de publication du contrat. L'article 153 al. 2 du code de commerce précise que : « tout contrat de gérance libre est publié dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait au Bulletin Officiel et dans un journal d'annonces légales ». Mais il faut observer que le législateur se contente de la publication d'un extrait qui peut parfaitement prendre la forme d'un simple avis sans prévoir l'obligation de publier l'ensemble du texte du contrat. A noter que ladite publicité joue un rôle important dans l'exigibilité des dettes du propriétaire du fonds et dans sa responsabilité solidaire des dettes du gérant libre.

⁷⁹ D'après les dispositions de l'article 153 al. 1 du code de commerce, le gérant libre a la qualité de commerçant et il est soumis à toutes les obligations qui en découlent. En particulier, il a l'obligation de se faire immatriculer au registre du commerce et sa qualité de gérant libre devra être connue des tiers. L'article 154 al. 1 du code de commerce prévoit que : « le gérant libre est tenu d'indiquer sur tous documents relatifs à son activité commerciale ainsi que sur toutes pièces signées par lui à cet effet ou en son nom, son numéro d'immatriculation au registre du commerce et le siège du tribunal où il est immatriculé et sa qualité de gérant libre du fonds. C'est même une obligation dont la violation est sanctionnée pénalement. Le deuxième alinéa du même article ajoute que « toute infraction aux dispositions de l'alinéa précédent est passible d'une amende de 2.000 à 10.000 dirhams. ».

§2- Les effets du contrat de gérance libre

285. Le contrat de gérance libre produit des effets entre les parties (A) et vis-à-vis des tiers (B).

A}- Les effets du contrat de gérance libre entre les parties

286. Les obligations du loueur du fonds de commerce sont celles d'un bailleur en général. Elles ne font l'objet d'aucune réglementation particulière. Les règles de droit commun devraient donc s'appliquer. En particulier, le propriétaire du fonds se trouve débiteur d'une obligation de délivrer le fonds et le locataire gérant doit lui payer des redevances en contrepartie.

287. Les limites imposées à tout locataire s'appliquent également au gérant libre pour la jouissance du fonds : interdiction d'aliéner les éléments du fonds, sauf bien entendu les marchandises dans la mesure où elles le sont dans le cadre de l'activité commerciale ; interdiction de changer la destination du fonds ou de le transférer. Une obligation particulière se trouve à la charge du locataire gérant : ce dernier a l'obligation d'exploiter le fonds loué. Il ne peut donc le délaisser ou le mettre en péril sauf en cas d'existence de circonstances exceptionnelles de nature à justifier le défaut d'exploitation. En l'absence de telles circonstances, le défaut d'exploitation peut constituer une faute justifiant au bailleur de se faire restituer le fonds.

288. Le gérant est également responsable lorsque ses agissements ont conduit à la perte de la clientèle du fonds comme, par exemple, le fait de s'installer avant la dénonciation du contrat de location-gérance dans des locaux proches du fonds dans lequel il avait apposé des affiches pour informer la clientèle de sa nouvelle installation.

289. Il est fréquent que le contrat de gérance libre prévoie la constitution d'un cautionnement destiné à garantir la bonne exécution des engagements contractuels du gérant. Ce cautionnement est restitué en fin de contrat⁸⁰.

⁸⁰ Dans certains cas, le gérant peut avoir droit à une indemnité de plus-value lorsqu'il quitte les lieux où est exploité le fonds loué. Une telle indemnité n'est pas à confondre avec l'indemnité d'éviction prévue pour les baux commerciaux. En effet, l'indemnité de plus-value n'est due que si le loueur du fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble où ce fonds est exploité, si le gérant a effectué dans cet immeuble des améliorations matérielles et si lesdites améliorations ont été faites avec l'accord exprès du propriétaire.

B}- Les effets du contrat de gérance libre a l'égard des tiers

290. Le contrat de gérance libre produit plus particulièrement des effets à l'égard des créanciers du propriétaire du fonds. En effet, la gérance libre peut mettre en péril le recouvrement des dettes du loueur du fonds afférentes à l'exploitation de ce fonds. Pour éviter ce risque, le législateur prévoit la possibilité de prononcer l'exigibilité anticipée de ces dettes. L'article 152 al. 2 du code de commerce prévoit que « lorsque le contrat de gérance libre est de nature à porter préjudice aux créanciers du bailleur du fonds, le tribunal du ressort peut déclarer exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation dudit fonds. »

291. En revanche, le locataire-gérant n'est aucunement responsable des dettes contractées par le propriétaire du fonds puisque le gage de ses créanciers ne se trouve pas diminué du fait de la gérance libre. A cet effet, aucun des contrats passés par le propriétaire du fonds n'est opposable au locataire gérant et les créanciers du loueur n'ont aucun recours contre lui. Toutefois, il faut admettre qu'en matière de contrats de travail préalablement conclus par le loueur, les dispositions de l'article 19 du code du travail⁸¹ devraient en principe s'appliquer⁸². A partir de ce principe, il est permis d'affirmer que le locataire gérant est obligé d'assumer vis-à-vis des salariés travaillant dans le fonds mis en gérance libre les obligations contractées par le propriétaire dudit fonds.

292. Pour ce qui est des créanciers du gérant, la loi institue une solidarité du loueur eu égard aux dettes contractées par le gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds. L'article 155 du code de commerce dispose que : « jusqu'à la publication du contrat de gérance libre et pendant une période de 6 mois suivant la date de cette publication, le bailleur du fonds est solidairement responsable avec le gérant libre des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 60 ».

⁸¹ Dahir n° 1-03-194 du 14 rejab 1424 (11 septembre 2003) portant promulgation de la loi n° 65-99 relative au Code du travail. Bulletin Officiel n° 5210 du Jeudi 6 Mai 2004.

⁸² Pour rappel, cet article dispose qu' « en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur ou dans la forme juridique de l'entreprise, notamment par succession, vente, fusion ou privatisation, tous les contrats en cours au jour de la modification subsistent entre les salariés et le nouvel employeur. Ce dernier prend vis-à-vis des salariés la suite des obligations du précédent employeur, notamment en ce qui concerne le montant des salaires et des indemnités de licenciement et le congé payé. ».

SECTION IV

L'apport en société du fonds de commerce

293. L'apport du fonds de commerce est réglementé par les articles 104 et 105 du code de commerce⁸³.

294. Comme toute aliénation, l'apport en société est une opération par laquelle l'apporteur du fonds transmet la propriété de celui-ci à une société en contrepartie de l'attribution de droits sociaux qui peuvent être des parts sociales ou des actions.

§1- La publicité et ses formes

295. L'apport en société d'un fonds de commerce peut être fait par acte notarié ou par acte sous seing privé, et dans le délai de 15 jours à compter de la date de conclusion. Une expédition de l'acte notarié ou un exemplaire de l'acte sous seing privé doit être déposé au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds.

296. En ce qui concerne la publicité, l'article 104 du code de commerce dispose que « Tout apport de fonds de commerce à une société doit être publié dans les conditions définies par l'article 83 (...) ».

297. Donc la publicité mentionnée par l'article 83 du code de commerce⁸⁴, et qui concerne la vente d'un fonds de commerce est aussi applicable pour l'apport en société. En effet, les dispositions de cet article exigent deux insertions dans un journal d'annonces légales, et une seule insertion au bulletin officiel.

⁸³ On peut y ajouter l'article 83 du code de commerce auquel renvoie l'article 104 du même code, et qui concerne les formalités à accomplir après la conclusion de l'acte.

⁸⁴ L'article 83 du code de commerce dispose que : « Après enregistrement, une expédition de l'acte notarié ou un exemplaire de l'acte sous seing privé doit être, dans les quinze jours de sa date, déposé au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds ou le principal établissement du fonds si la vente comprend des succursales.

Un extrait de cet acte est inscrit au registre du commerce.

L'extrait contient la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, l'indication et le siège des succursales qui peuvent être comprises dans la vente, l'indication du délai fixé à l'article 84 pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal. L'extrait inscrit au registre du commerce est publié en entier et sans délai par le secrétaire-greffier, aux frais des parties, au Bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales.

Cette publication est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le huitième et le quinzième jour après la première insertion ».

§2- La situation du passif qui grève le fonds de commerce apporté

298. Dans l'hypothèse où le fonds de commerce apporté est grevé de créance, les créanciers de l'apporteur sont tenus dans le délai de quinze jours à compter de la dernière publication de faire une déclaration indiquant leur qualité de créancier de l'apporteur et du montant de leur créances auprès du greffe du tribunal qui a reçu l'acte⁸⁵.

⁸⁵ A cet effet, l'article 104 du code de commerce dispose que : « (...) Dans les 15 jours au plus tard après la seconde insertion prévue par l'article 83, tout créancier non inscrit de l'associé apporteur fera connaître par une déclaration au secrétariat-greffe du tribunal qui a reçu l'acte, la somme qui lui est due. Le secrétaire-greffier lui délivrera un récépissé de sa déclaration. »

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE	1
I. DEFINITIONS.....	2
II. DISTINCTIONS GENERALES	2
III. LES SOURCES	4
IV. LES JURIDICTIONS COMMERCIALES	6
DROIT COMMERCIAL.....	8
<i>LE STATUT JURIDIQUE DU COMMERÇANT</i>	10
LES ACTES DE COMMERCE.....	11
<i>La détermination des actes de commerce</i>	11
<i>§1- Les actes de commerce par nature.....</i>	12
A)- Activités de distribution et d'industrie.....	12
1- L'achat pour revendre.....	12
a- Achat.....	12
b-Intention de revendre	13
c- Biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels	13
2- L'entreprise de fournitures	14
3- L'entreprise industrielle ou artisanale	14
B)- Activités de services.....	15
1- Opérations d'intermédiaire.....	15
a- Le courtage.....	15
b- La commission.....	16
c)- Les agents d'affaires.....	16
2- Les entreprises de transport	16
3- L'entreprise de location de meubles.....	17
4- Les services financiers	17
a- Les opérations de banque	17
b- Les opérations du crédit.....	18
c- Les transactions financières	19
d- Les opérations d'assurances	19
5- Les entreprises de spectacles publics	19
6- La domiciliation	20
7- Les entreprises d'édition.....	20
8- Les établissements de vente aux enchères publiques.....	20
9- L'exploitation d'entrepôts et de magasins généraux	20
C)- Activités de production.....	21
<i>§2- Les actes de commerce par la forme</i>	21
A)- La lettre de change	22
B)- Les sociétés à forme commerciale.....	22
<i>§3- Les actes de commerce par accessoire</i>	23
<i>§4- Les actes de commerce mixtes.....</i>	24
<i>Le régime juridique des actes de commerce.....</i>	25
<i>§1- Règles relatives au droit des obligations.....</i>	25

A)- La liberté de la preuve	25
B)- La présomption de solidarité.....	26
C)- L'assouplissement des règles de mise en demeure	27
D)- L'absence de délai de grâce	27
E)- La prescription extinctive.....	27
§2- Règles relatives à la procédure	28
A)- Compétence judiciaire.....	28
1- Compétence d'attribution.....	28
2- Compétence territoriale.....	29
B)- Clauses attributives de compétence et clauses compromissaires	29
1- Clauses attributives de compétence territoriale	29
2- Clause compromissoire	30
LA QUALITE DE COMMERÇANT.....	31
Critères de la qualité de commerçant	31
§1- Conditions tenant à la personne	31
A)- Conditions visant à protéger la personne (la capacité commerciale)	31
1- Le mineur	32
2- Les majeurs incapables	33
3- La situation des étrangers	34
4- La femme mariée	34
B)- Conditions tenant à protéger l'intérêt général	34
1- Les déchéances	35
2- Les incompatibilités.....	35
3- Réglementations et autorisations.....	36
§2- Les conditions d'accès liées à l'activité.....	36
A)- L'exercice habituel ou professionnel d'activités commerciales...	36
B)- L'accomplissement d'actes de commerce de manière personnelle et indépendante	37
Les obligations du commerçant.....	37
§1- L'obligation de s'inscrire au registre du commerce.....	37
A)- Organisation du registre du commerce.....	37
1- Le registre local du commerce	38
2- Le registre central du commerce	38
B)- Les inscriptions au registre du commerce.....	39
1- L'immatriculation	39
2- Les inscriptions.....	40
3- Les radiations	40
C)- Les effets de l'immatriculation	41
§2- L'obligation de tenir une comptabilité	43
§3- Les obligations supplémentaires.....	44
LE FONDS DE COMMERCE	45
LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU FONDS DE COMMERCE	46
Les éléments corporels.....	46
§1- Le matériel et l'outillage	46
§2- Les marchandises	47
Les éléments incorporels	47

§1- La clientèle.....	48
A)- La clientèle comme condition d'existence du fonds de commerce	48
B)- La clientèle comme critère de transmission du fonds de commerce	49
§2- Le nom commercial	49
§3- L'enseigne.....	50
§4- Les licences	50
§5- Le droit au bail.....	50
§6- Les droits de propriété industrielle.....	51
LES OPERATIONS PORTANT SUR LE FONDS DE COMMERCE.....	52
La vente du fonds de commerce	52
§1- Les conditions de la vente.....	52
A)- Les conditions de fond.....	52
B)- Les conditions de forme	53
1- Forme et contenu de l'acte de vente.....	53
2- Publicité de la vente.....	54
§2- Les effets de la vente.....	54
A)- Protection de l'acquéreur.....	55
B)- Protection des créanciers (tiers à la vente).....	55
1- Opposition à la vente (par les créanciers)	55
2- Surenchère du sixième.....	56
C)- Protection du vendeur.....	56
1- Le privilège du vendeur.....	57
2- L'action résolutoire	57
Le nantissement du fonds de commerce	57
§1- Définition du nantissement du fonds de commerce.....	57
§2- Les conditions du nantissement	58
A)- Conditions de fond	58
B)- Conditions de forme	58
§3- Les effets du nantissement	59
A)- Les droits des créanciers inscrits	59
1- Le droit de préférence.....	59
2- Le droit de suite.....	59
B)- La protection des droits des créanciers inscrits	59
La location gérance du fonds de commerce	60
§1- Les conditions de la gérance libre	60
A)- Les conditions de fond.....	61
B)- Les conditions de forme	61
§2- Les effets du contrat de gérance libre	62
A)- Les effets du contrat de gérance libre entre les parties.....	62
B)- Les effets du contrat de gérance libre a l'égard des tiers	63
L'apport en société du fonds de commerce	64
§1- La publicité et ses formes	64
§2- La situation du passif qui grève le fonds de commerce apporté	65