

UNIVERSITE HASSAN II

**Faculté des sciences Juridiques, Economiques
Et Sociales**

Casablanca

COURS DE DROIT Commercial

Licence Eco-Gestion

Semestre : 4 (Ensemble 6)

Pr. R. Benmansour

Introduction

L'un des phénomènes les plus marquants de la vie de l'entreprise au cours de ces dernières années est incontestablement l'importance prise par la dimension juridique. Désormais, la gestion de l'entreprise passe par la bonne maîtrise du droit des affaires et de l'une de ses composantes le droit commercial.

Le droit commercial est la branche du droit privé qui par dérogation au droit civil, régit de manière spécifique certaines activités de production, de distribution de produits ou de services. Il régit pour ainsi dire l'intégralité de l'activité économique. Cependant pour des raisons socio-économiques, les agriculteurs et les membres de professions libérales demeurent soumis au droit civil et aux règles déontologiques de leur profession.

L'originalité du droit commercial est qu'il est essentiellement le résultat d'une **longue évolution historique**. Les pratiques des marchands et le développement des échanges et des voies de communication, ont donné naissance à une **législation autonome**.

En effet le droit commercial a su faire preuve d'un profond dynamisme qui lui a permis d'affirmer ses caractères, son autonomie et son domaine, à savoir la vie de l'entreprise. (le droit commercial a été la première matière à se détacher du droit civil)

Le droit commercial, régit le statut des commerçants ainsi que le régime juridique des actes de commerce, le fonds de commerce et ses composantes...

Il permet aussi le libre choix de la structure de l'entreprise, entreprise individuelle ou société. Choix stratégique qui déterminera, le régime fiscal de l'entreprise, la responsabilité de l'entrepreneur, les modes et procédés de gestion qu'il peut utiliser.

Par ailleurs, **le droit commercial dote l'entrepreneur de moyens juridiques, lui permettant d'agir sur son patrimoine**. En effet, à travers des techniques juridiques, **l'entreprise est dans une dynamique constante**, aucun des biens de l'entreprise ne peut rester inexploité. L'entrepreneur commerçant peut ainsi donner en nantissement son fonds de commerce, ou quelques éléments de son fonds, il peut pratiquer le warrantage sur les marchandises, accorder des franchises à d'autres commerçants...

Mais si le droit commercial est connu par son évolution et son dynamisme il est aussi connu par **son adaptabilité** et sa grande sensibilité au développement technique et technologique. De nos le e-commerce prend une dimension grandissante et l'immatériel fait une entrée remarquée dans l'exercice de

certaines activités commerciales. Ainsi, **la vente devient électronique**, les vitrines virtuelles, les commerces noms de domaines et les marques relayées par des bloggeurs grassement rémunérés pour certains

Nous traiterons successivement des acteurs de l'activité économique qui, selon les cas, peuvent être commerçants personnes physiques ou sociétés commerciales. Après et dans le cadre d'une deuxième partie nous traiterons de la richesse que créent les commerçants en s'établissant : le fonds de commerce à travers sa composition et sa nature juridique

Chapitre I : Les acteurs de l'activité économique :

Le choix de la structure commerciale

L'exercice d'une activité économique est dominé **par le principe de la liberté du Commerce et de l'industrie**¹.

Ce principe a été posé en France par la loi du 2-17 Mars 1791 dite décret d'Allarde : « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Ce décret a été suivi par la loi Le chapelier des 14-17 juin 1791 abolissant les corporations de l'ancien régime. Le principe est depuis considéré comme une liberté publique ayant valeur constitutionnelle. **Cette liberté recouvre 3 facettes :**

- **La liberté d'entreprendre et d'innover** qui est reconnue à toute personne et ouvre accès à la profession commerciale. Il existe cependant de nombreuses restrictions destinées à protéger la personne contre les dangers de la profession. Elle laisse par ailleurs le choix de la structure juridique et du lieu d'implantation de l'entreprise.
- **La liberté d'exploitation** qui donne à l'entrepreneur le droit de gérer ses affaires comme il l'entend, à tous les stades du processus économique, choix des produits et services qu'il entend créer et mettre sur le marché, choix des modes de distribution, d'exportation, de vente...
- **La libre concurrence** qui permet à tout entrepreneur d'utiliser les moyens qu'il souhaite pour attirer la clientèle et conquérir celle du concurrent. Elle confère pour ainsi dire à celui qui l'exerce un droit légitime de nuire qui ne peut donner lieu à réparation.

Cette libre concurrence permet à toute entreprise d'utiliser tous les moyens qu'elle juge appropriés pour attirer et conquérir la clientèle. Cependant seraient prohibées les pratiques anticoncurrentielles qui empêcheraient le libre jeu de la concurrence. C'est le cas des ententes illicites, des abus de positions dominantes, du dumping ou concentration d'entreprises, qui à des degrés différents empêcheraient le libre jeu de la concurrence, et donc impacteraient le développement économique du pays et aboutiraient à une augmentation des prix

au détriment des intérêts des consommateurs (cf. des exemples cités dans le Cours...)

Ce principe a été proclamé au début de la révolution française de 1789 et a été repris par un grand nombre de pays dont le Maroc où il a valeur constitutionnelle. L'art. 15 de la constitution de 1996² dispose : « le droit de propriété et la liberté d'entreprendre demeurent garantis ». Ce principe a été repris par la constitution de 2011 art. 35. IL en résulte que l'acquisition de la qualité de commerçant ne devrait faire l'objet d'aucune contrainte. Si l'Etat devait intervenir, c'est uniquement pour assurer la protection de l'intérêt général et de la santé publique³.

Cependant ce principe subit des restrictions qui se manifestent soit par des interdictions ou des réglementations.

Ainsi, il est interdit d'exploiter certains commerces contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou de s'établir dans des domaines d'activités où l'Etat exerce un monopole (armement, timbre....). Par ailleurs, une autorisation gouvernementale est nécessaire pour ouvrir un débit de boisson, des salles de jeu, un restaurant ou un centre commercial. Enfin, pour certaines activités commerciales, il faut justifier d'un diplôme. Ex. Pharmacien, opticiens....

Ceci étant une activité commerciale peut être faite soit par des personnes physiques ou des personnes morales. En effet pendant longtemps l'activité commerciale était effectuée par des personnes physiques, mais les choses ont bien évoluées. L'économie moderne exige de plus en plus de capitaux, de recherche, de moyens de production et de distribution qu'une personne physique ne peut mener à bien si elle demeure isolée. C'est pour cela que de plus en plus d'activités commerciales sont menées par des groupements de personnes : des sociétés disposant d'une capacité financière considérable.

Section I : L'entreprise commerciale individuelle

L'acquisition de la qualité de commerçant suppose selon l'art. 6 du code de commerce (C.C) « l'exercice habituel ou professionnel » d'activités qu'il énumère.

En pratique, si cette condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante. La qualité de commerçant suppose depuis toujours la capacité et plus récemment, le souci d'assainir la profession a conduit à en écarter un certain nombre de personnes.

Paragraphe 1 : Conditions tenant à la personne de l'entrepreneur **(conditions subjectives)**

A- Protection de la personne du commerçant : la capacité

La profession commerciale est plus risquée que l'activité civile. Si le commerçant s'enrichit plus vite qu'un salarié ou un fonctionnaire, il peut être, conduit plus rapidement à la ruine.

Ainsi, sont exclus de l'activité, les mineurs (- de 18 ans) et les incapables majeures (les malades mentaux...). Cependant le mineur émancipé après autorisation du juge, peut exercer le commerce. La femme mariée peut selon les dispositions du nouveau code de commerce, exercer le commerce sans l'autorisation de son époux. Toute convention contraire serait réputée non écrite.(art. 17 du C.C)

En France, sont exclus de l'entreprise commerciale individuelle : le mineur non émancipé, le mineur émancipé (sauf autorisation spéciale du juge) et les incapables majeurs.

B- Conditions tenant à protéger l'intérêt général :

- 1- **Les interdictions** : Elles se fondent sur un défaut d'honorabilité, la loi interdit d'exercer le commerce ou de diriger une entreprise commerciale à certains individus ayant été condamnés pour des infractions en relation avec le monde des affaires : vol, escroquerie, abus de biens sociaux. C'est une décision judiciaire limitée dans le temps.
- 2- **Les déchéances** : la loi prévoit que le commerçant tombé en faillite personnelle ne peut exercer une activité commerciale tant qu'il n'a pas été réhabilité tant qu'il n'a pas payé ses créanciers.
- 3- **Les incompatibilités** : traditionnellement l'activité commerciale est incompatible avec l'exercice de la fonction publique et de la qualité d'officiers ministériels : Notaires, huissiers....

Paragraphe 2 : LES CONDITIONS OBJECTIVES

Selon les dispositions de l'art. 6 du C.C, l'exercice habituel ou professionnel d'actes de commerce qu'il énumère. Ce texte donne une définition incomplète du commerçant, car en fait ce sont 3 éléments et non pas deux qui caractérisent le commerçant et l'opposent au simple particulier :

- **L'accomplissement d'actes de commerce**
- **De manière personnelle et indépendante**
- **Et à titre de profession habituelle**

A- L'ACCOMPLISSEMENT D'ACTES DE COMMERCE :

Le code de commerce ne donne aucune définition de l'acte de commerce, il se contente de donner une liste des opérations qui sont considérées ainsi par la loi (art. 6 et 7 du C.C).

Dans ces conditions, nous sommes conduits à nous poser la question de savoir ce qui distingue l'acte de commerce de l'acte civil (I), d'analyser ensuite l'énumération donnée par le code (II) et enfin à étudier les intérêts qu'il y a à distinguer entre les deux types d'actes (III).

I- LES CRITERES DE LA COMMERCIALITE :

Il s'agit de savoir s'il existe des critères permettant de déterminer si une opération donnée peut oui ou non être considérée comme un acte de commerce. Les auteurs ont proposé plusieurs critères. Ces critères sont de 2 ordres : des critères économiques et des critères juridiques.

1- Les critères économiques :

Ils sont au nombre de 2, d'une part l'intention de spéculation et d'autre part l'entremise dans la circulation des biens.

▪ L'intention de spéculation

Le terme de spéculation a ici un sens neutre et très large, il s'agit de toute recherche de bénéfices. **Spéculer c'est prendre délibérément un risque dans l'espoir d'un gain ultérieur.** En effet, le commerçant n'agit pas dans un but désintéressé, il recherche les bénéfices et le profit. **L'acte gratuit reste en dehors du droit commercial.** Sans doute, les commerçants font en apparence des cadeaux à leur clientèle qui ne constituent en fait que du marketing.. Néanmoins, et bien que traduisant pour une bonne partie la réalité, l'idée de spéculation n'est pas l'apanage exclusif des opérations commerciales, on rencontre de nombreuses transactions spéculatives qui sont régies par le droit civil, c'est le cas des opérations immobilières et des opérations relevant de l'agriculture.

En plus le commerçant ne se contente pas de spéculer, il travaille, il rend service.

▪ **L'acte de commerce, acte de circulation :**

Un acte juridique serait un acte de commerce dès qu'il s'interpose dans la circulation des richesses entre producteurs et consommateurs.

Le principal avantage de ce critère est sa simplicité. Chez le producteur, le bien n'est pas dans le commerce. Ainsi, l'agriculteur qui vend sa récolte fait un acte civil. Il en va de même à l'autre extrémité de la chaîne, de la personne qui achète un produit pour la consommation de sa famille, ne fait pas non plus un acte de commerce. Mais entre ces deux extrêmes, le bien a circulé entre plusieurs intermédiaires, grossistes et détaillants qui l'ont acheté pour le revendre et qui ont fait un acte de commerce.

2- Le critère juridique : l'acte de commerce est un acte accompli par une entreprise.

Ce critère part de l'idée que l'acte de commerce suppose une répétition, une organisation, qu'il repose finalement sur une entreprise. Ainsi, le commerce supposerait un fond de commerce, l'activité » industrielle, une usine.

Malgré son intérêt, ce critère n'est pas parfait.

II- CLASSIFICATION DES ACTES DE COMMERCE :

Les actes de commerce sont regroupés en 3 catégories :

- En 1^{er} lieu, **les actes de commerce par nature** : ce sont des actes de commerce qu'elle que soit la personne qui les accomplis. C'est ce qu'on appelle la commercialité objective. Ceux qui confèrent le statut de commerçant
- En 2^{ème} lieu : **les actes de commerce par accessoire**, c'est-à-dire des actes civils faits par des commerçants pour les besoins de leur activité commerciale.
- En 3^{ème} lieu, **les actes de commerce par la forme**. Ce sont des actes pour lesquels seule compte la forme en dehors de toute autre considération : c'est la commercialité par la forme.

A ces trois catégories, il faut ajouter les actes mixtes qui ne présentent un caractère commercial que pour une partie : ce sont les actes de commerce mixtes.

II1- Les actes de commerce par nature :

Ces actes peuvent se résumer en 3 grandes opérations : les opérations sur marchandises, les opérations financières, et enfin les opérations effectuées par des intermédiaires. Ces opérations constituent la synthèse des art. 6 et 7 du C.C

1- Les opérations sur marchandise

a- L'achat pour la revente :

Dans ce sens, l'art. 6 dispose : « la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel ou professionnel des activités suivantes :

L'achat de meubles corporels ou incorporels en vue de les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillé, ou mis en œuvre en vue de les louer ». Ainsi, cette opération se décompose de 3 éléments :

→ **L'opération d'achat avec l'intention de revendre.** C'est l'opération par laquelle, on se procure à titre onéreux la propriété d'une chose. Pour que cette opération d'achat constitue un acte de commerce, il faut qu'elle soit faite avec l'intention de revendre c'est à dire l'acheteur doit être animé au départ par l'intention de spéculation, il s'en suit que les achats en vue de la consommation ne relèvent pas du droit commercial.

→ **L'objet de l'achat** : bien corporels ou incorporels ou biens immeubles.

Il s'agit en fait, de denrées, de marchandises et de biens immeubles.

Par denrées, il faut entendre les produits qui ont un caractère alimentaire. Les marchandises sont tous les biens pouvant faire l'objet de transactions y compris les meubles incorporels c'est à dire les créances, les valeurs mobilières, les fonds de commerce, les droits de la propriété industrielle, et enfin, les transactions portant sur les biens immeubles.

→ **La revente : c'est le but de l'achat.** Le code assimile la revente à la location. Ainsi, les entreprises de location de voitures sont des entreprises commerciales, car elles achètent des véhicules en vue de les louer. De même que dans l'hôtellerie, la location de chambres d'hôtel, constitue un acte de commerce par nature (désormais il est possible de louer pour sous-louer (ex acheter du matériel du bâtiment en leasing et le sous-louer)

Cette revente peut se faire soit en nature c'est à dire dans l'état où le commerçant a acquis la chose, soit après l'avoir travaillé ou mis en œuvre, après transformation. C'est le cas par exemple de l'achat de tissu et sa revente sous forme de vêtements. Toutefois, la revente n'est considérée comme opération commerciale que si elle a été précédée d'un

achat préalable. Exemple : l'agriculture qui vend sa récolte ne fait pas un acte de commerce.(il vend mais ne revend pas)

b- L'entreprise industrielle :

C'est une entreprise dont l'activité consiste à acheter des matières premières en vue de leur transformation pour les remettre dans le marché comme produits finis ou semi- finisdes matières premières en produits finis ou semi finis.

c- L'entreprise de fourniture :

L'activité de cette entreprise consiste à fournir, suivant un rythme qu'on veut à intervalles réguliers ou à des dates fixes, soit des marchandises soit des services.

L'entreprise de fourniture passe un marché avec ses clients, ce marché ne constitue pas un acte isolé, c'est un contrat successif qui prévoit des livraisons échelonnées dans le temps, c'est le cas des entreprises de fourniture, d'eau, d'électricité, gaz, téléphone, journaux.

d- L'entreprise de transport :

Il s'agit de tous les modes de transport, ex : transport de voyageurs, de marchandises, transport routier, ferroviaire, aérien, maritime, fluvial.

e- Les entreprises de vente aux enchères publiques :

Ce sont des entreprises qui sont spécialisées dans les ventes aux enchères des marchandises pour le compte d'autrui. En France, on les appelle les salles de vente. Sont assimilées à ces entreprises les magasins généraux qui reçoivent les marchandises en dépôt et qui remettent au déposant des titres négociables : les Warrantes, permettant la vente ou la mise en gage de ces marchandises (le Warrante est une reçus à ordre comme le chèque, cela permet sa circulation. A l'échéance, il faut rembourser la banque, sinon, elle va revendre les marchandises aux enchères publiques...).

2- Les opérations financières :

Il s'agit des opérations de banque, de change et d'assurance.

a- Les opérations de banque :

Toute opération de banque doit être considérée comme un acte de commerce (ouverture de compte, dépôt et retrait d'argent, virement ou ouverture de crédit, escompte d'effets de commerce, location de coffre-fort....).

Cependant, la commercialité des opérations de banque ne s'applique qu'au banquier, le client qui dépose des fonds ou qui bénéficie d'un crédit ne fait pas un acte de commerce, sauf s'il s'agit d'un commerçant qui effectue une opération bancaire pour les besoins de son commerce. Il ferait alors un acte de commerce par accessoire. Le particulier va faire un acte civil

b- Les opérations de change :

C'est le fait pour le changeur qui est généralement un organisme bancaire de procurer à ses clients des moyens de paiement dans d'autres monnaies.

c-L'assurance est l'opération par laquelle l'entreprise d'assurance s'engage à couvrir les risques d'un sinistre auquel, est exposé l'assuré moyennant le versement d'une prime.

3- Opérations effectuées par des intermédiaires :

Ces opérations visent le courtage, la commission ainsi que les agences et bureaux d'affaires.

a- Le courtage :

C'est l'opération qui s'est effectuée par un courtier, c'est à dire celui qui met en rapport deux personnes afin de les amener à conclure un contrat. Ce sont les parties qui contractent directement sans que le courtier s'engage personnellement dans l'opération, il se contente uniquement de rapprocher les contractants et à faciliter les négociations.
Ex : Courtier immobilier, courtier d'assurance.

b- La commission :

C'est une opération effectuée par un commissionnaire, c'est lui qui fait en son nom propre les actes juridiques pour le compte d'autrui moyennant une commission. C'est une sorte de mandat avec une différence toutefois que le mandataire agit au nom d'une personne dont il est obligé de relever l'identité, alors que le commissionnaire n'a pas à révéler le nom d'une personne dont il est obligé de relever l'identité, alors que le commissionnaire n'a pas à révéler le nom de la personne pour le compte de la quelle il agit.

c- Agences et bureaux d'affaires :

Ils se chargent de gérer les affaires d'autrui moyennant une rémunération, c'est le cas des gérants d'immeubles, des agences de voyage, des agents d'assurance. A cela il faut ajouter les entreprises de spectacle public, cette notion vise toutes les formes de représentation publique payante, cinéma, théâtre, cirque, compétition sportive....

II-2- Les actes de commerce par accessoire :

En vertu des dispositions de l'article 10 du code de commerce, sont également réputées actes de commerce, les faits et actes accomplis par le commerçant à l'occasion de son commerce. Ainsi, vont être commerciaux des actes civils par, nature accomplis par le commerçant dans l'exploitation de son entreprise, et ce en vertu de, la théorie de l'accessoire.

Ainsi, le commerçant qui achète un camion afin de l'utiliser pour ses livraisons ne fait pas un acte de commerce par nature, car il ne l'achète pas en vue de la revendre. Néanmoins, l'acte est tout de même considéré comme commercial puisque conclu pour les besoins et à l'occasion du commerce.

La théorie de l'accessoire ne joue cependant que **si 2 conditions sont remplies.**

- Pour que l'acte devienne commercial par accessoire, il faut que son auteur ait la **qualité de commerçant**
- **Et que l'acte soit conclu pour les besoins du commerce.** L'acte devient commercial à raison de sa destination. Dans ce sens, le commerçant qui achète une voiture pour son usage personnel fait un acte civil.

II-3- Les actes de commerce par la forme :

Les actes sont considérés comme des actes de commerce alors qu'ils n'obéissent à aucun critère de commercialité à savoir l'intention de spéculation, l'entremise dans la circulation des biens.....

La loi ne prend en considération ni la nature de ces actes, ni la qualité de leur auteur, on s'attache uniquement à la forme de ces actes. On trouve dans cette catégorie d'une part la lettre de change, et d'autre part certaines formes de sociétés.

La lettre de change est toujours réputée commerciale quelle que soit la personne qui l'utilise et l'opération qu'elle matérialise.

Les sociétés anonymes, les SARL, les sociétés en commandité par actions sont toujours réputées commerciales quel que soit l'objet de leur activité.

II-4- Les actes mixtes :

Font intervenir un commerçant et un non commerçant, dans ce cas, l'acte est commercial pour l'un et civil pour l'autre. C'est le cas de tous les achats effectués auprès des commerçants par les consommateurs, c'est le cas également du transport effectué par un transporteur pour le compte d'un non commerçant. Cette catégorie d'actes pose en pratique deux problèmes :

- **le problème du tribunal compétent** et ce depuis la mise en place des tribunaux de commerce au Maroc. Un litige opposant un commerçant à un non commerçant relèverait de la compétence des tribunaux de commerce ou des tribunaux de l'ordre judiciaire ?
- **Le problème de la preuve**, la question qui se pose à ce propos est de savoir selon quelle règle la preuve devrait-elle être administrée ? Ainsi, il s'agirait d'opérer la distinction suivante :
 - Lorsque la preuve incombe au commerçant dans ses rapports avec un non commerçant, cette preuve ne peut être rapportée que selon les règles du droit civil.
 - Lorsqu'elle incombe au non commerçant, elle est libre.

III- INTERETS DE LA DISTINCTION ENTRE ACTES DE COMMERCE ET ACTES CIVILS :

Le régime juridique des actes de commerce diffère de celui des actes civils, et ce, sur plusieurs plans :

1- Sur le plan de la compétence judiciaire :

La compétence est l'aptitude d'une juridiction à statuer sur un litige. On distingue la compétence d'attribution de la compétence territoriale.

- **Compétence d'attribution :**

Depuis la mise en place des tribunaux de commerce au Maroc, tous les litiges d'ordre commercial relèvent de la compétence de cette juridiction.

2- Sur le plan de la preuve :

La preuve revêt une grande importance dans les relations contractuelles. L'issue de la plupart des procès dépend souvent de la preuve que les parties sont en mesure de rapporter.

En droit civil, l'acte écrit est généralement exigé pour la preuve des obligations dont le montant dépasse 10 000 Dhs.

En droit commercial, la preuve est libre c'est-à-dire qu'elle peut être rapportée par tous les moyens notamment témoignage, indices, présomptions, livres de commerce, facture, correspondances.... **Cette liberté se justifie par la rapidité des transactions commerciales.**

3- Sur le plan des règles de fond :

*** La solidarité** (art. 164 et suivants du DOC)

En droit civil, la solidarité ne se présume pas, si plusieurs personnes contractent ensemble un engagement. Bien que celui-ci soit conjoint, l'obligation se divisera entre elles. Le créancier doit alors exercer plusieurs recours et supporter l'insolvabilité de l'un de ses débiteurs. Donc, pour pouvoir faire jouer la solidarité, les parties doivent la stipuler expressément dans le contrat.

En droit commercial, au contraire, la règle veut que la solidarité entre codébiteurs soit présumée parce qu'elle donne plus de garanties au créancier. En effet, chaque débiteur est tenu d'exécuter la totalité de l'obligation et de se retourner contre ses contractants. (la solidarité a un usage externe c. à d. entre créanciers et débiteurs)

Néanmoins, il s'agit d'une présomption simple qui peut être écartée par la convention des parties, sauf pour les sociétés de personnes, (société en nom collectif, et les commandités dans les sociétés en commandite simple ou par actions) qui sont par définition responsables personnellement et solidairement des dettes sociales. C'est une présomption irréfragable qu'aucune convention ne peut écarter.

*** Rôle du silence comme source d'obligation commerciale :**

La conclusion des actes de commerce ne nécessite pas les formalités souvent complexes du droit civil.

En droit commercial, le silence peut constituer une source d'obligations, ainsi, le fait de recevoir sans protester des marchandises et la facture qui y correspond équivaut à la conclusion d'un contrat de vente. (art. 25 du DOC)

▪ Les intérêts

En matière civile, ils ne sont dus que s'ils ont été stipulés par écrit, lorsque l'une des parties **est commerçante, la stipulation d'intérêts est présumée**. En matière commerciale, ils peuvent être calculés, au mois, au trimestre....., alors qu'en matière civile, ils ne peuvent être calculés que sur la base d'une année.

En matière civile, l'anatocisme est prohibé. On entend par anatocisme, la capitalisation des intérêts, c'est la stipulation en vertu de laquelle, les intérêts non payés à l'échéance, seront à la fin de chaque année capitalisés avec la somme principale et seront eux même productifs d'intérêts. En matière commerciale, ceci est possible.

▪ **La clause compromissoire :**

C'est la clause par laquelle les parties dans un contrat décident de commun accord de soumettre le litige éventuel qui pourrait les opposer non pas au juge mais à un arbitre. Celle-ci ne doit pas être confondue avec le compris d'arbitrage c'ad l'accord sur la désignation d'un ou de plusieurs arbitre une fois le litige né.

La clause compromissoire est dangereuse puisque ses signataires se privent des garanties de la justice de l'Etat, alors que l'importance du litige éventuel n'est pas encore connue. Cette opération risquée est **réservée aux professionnels** car ils sont présumés être plus au courant des affaires que les simples particuliers. Au contraire, dans le **compromis d'arbitrage**, les risques sont connus puisque le litige soumis aux arbitres est déjà né.

Ainsi, la clause compromissoire n'est possible que si les parties sont des professionnels, et si elle a été écrite et approuvée par les parties.

L'arbitrage figure parmi les méthodes alternatives de règlement des conflits, dans certains pays il est plus sollicité par les entreprises en litige et ce en raison de ses avantages. Les avantages généralement reconnus à l'arbitrage sont :

La rapidité dans la mesure où les parties en conflit peuvent fixer aux arbitres un délai pour résoudre le problème, alors que ceci n'est pas possible devant un tribunal

La technicité en effet les parties vont choisir leur arbitre selon la nature de l'affaire, or devant les tribunaux on ne choisit pas son juge

La confidentialité, devant les juges les audiences sont publiques et donc les affaires médiatisées ce qui risque de nuire à la réputation et à l'image de marque des entreprises en conflit et donc leur faire perdre leur clientèle

▪ **La prescription :**

C'est le laps de temps au terme duquel l'action qui naît d'une obligation est éteinte c'est-à-dire, qu'on ne peut plus la porter devant le juge pour en obtenir l'exécution forcée.

En droit civil, ce délai est de 15 ans.

En droit commercial ce délai est de 5 ans.

II- De manière personnelle et indépendante :

En principe, le commerçant doit agir pour son compte personnel, les salariés qu'il emploie, ne sont pas considérés comme des commerçants.

Le commerçant est celui qui spéculé, c'est-à-dire qui prend des risque de façon délibérée, et donc c'est à lui qu'iront les bénéfices de l'opération de même que c'est lui qui va en supporter les pertes.

C'est la différence entre le commerçant et le vendeur dans un magasin qui est un simple salarié placé dans une subordination juridique et économique.

C'est le cas aussi des gérants de SARL ou de dirigeants de S.A qui ne deviennent pas commerçant en gérant ou en administrant leurs sociétés commerciales, les opérations qu'ils font sont effectuées au nom et pour le compte de la personne morale dont ils sont les représentants légaux.

III- L'ACCOMPLISSEMENT D'ACTES DE COMMERCE A TITRE DE PROFESSION HABITUELLE :

Un simple particulier peut accomplir occasionnellement des actes de commerce, sans pour autant devenir un commerçant. En effet, cette qualité ne lui sera acquise selon le code de commerce, que s'il le fait de façon habituelle et à titre professionnel.

L'habitude se caractérise d'abord par un élément matériel. Elle suppose une répétition et une durée..

Elle suppose aussi un élément intentionnel. Dans ce sens, ne devient pas commerçant, l'agriculteur qui, ayant vendu à l'avance une certaine quantité de blé, ne récolte pas assez pour exécuter le contrat et doit acheter un complément chez d'autres agriculteurs. Il y a certes eu achat pour la revente, mais de façon accidentelle et involontaire, donc ne suffisant pas à caractériser l'habitude.

- Ceci étant l'entreprise commerciale individuelle présente un certain nombre d'insuffisances qui peuvent être appréhendées du point de vue économique, financier, fiscal et juridique.

- ***Du point de vue économique***, l'entreprise commerciale individuelle **atteint très vite son seuil de production**. Elle ne peut plus s'étendre ni dans l'espace parce qu'elle n'a pas les moyens pour prospecter tous les marchés qui s'offrent à elle. Ni en volume de productivité parce qu'elle ne va pas pouvoir acquérir les matériels

nécessaires à une augmentation à sa capacité de production.

- ***Du point de vue financier***, les capitaux engagés dans l'entreprise sont uniquement institués **par la fortune de l'entrepreneur**. Ils sont donc totalement **soumis à sa discrétion et aux aléas de ses compétences**. S'il n'a pas les moyens ou s'il ne désire plus investir dans l'entreprise, celle-ci ne peut pas se développer. De plus lorsqu'il veut se procurer les capitaux extérieurs, des crédits bancaires par exemple, il ne pourra alors compter que sur **sa fortune personnelle pour rassurer le banquier**.

- ***Du point de vue fiscal***

Le commerçant personne physique est soumis pour la totalité des bénéfices à **l'impôt sur le revenu** et cela même si des bénéfices sont laissés dans l'entreprise pour assurer son financement et son développement. Le commerçant qui investit dans son affaire est considéré par le droit fiscal comme celui qui en retire tout le bénéfice. Il ne peut même pas déduire fiscalement la rémunération de son travail (alors que par exemple dans une S.A., le salaire du P.D.G. fait partie des frais généraux).

Par ailleurs la vente d'un fonds de commerce est plus lourdement imposée que la cession de parts sociales ou d'actions.

- ***Du point de vue juridique*** : le droit marocain admet **le principe de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine des personnes physiques**. Ainsi l'entreprise commerciale n'a pas d'existence individuelle distincte de celle du commerçant ; elle n'a pas non plus de patrimoine propre⁴. Ces inconvénients combinés à d'autres facteurs ont permis la création de sociétés commerciales : c'est-à-dire des personnes morales disposant de la personnalité juridique et ayant le statut de commerçant.

Section II : Le commerçant personne morale : les sociétés commerciales :

Depuis longtemps, les sociétés n'ont cessé d'être l'instrument juridique privilégié par les entrepreneurs pour exercer leurs activités économiques. Leur développement a été parallèle à celui des découvertes et des progrès industriels.

- ***Pourquoi créer une société, ou quels avantages reconnaît-on à ce type d'entreprises ?***

⁴ La notion de patrimoine d'affectation n'est pas reconnue ni en droit Marocain ni en droit Français. Le seul moyen pour un commerçant de protéger son patrimoine personnel est de créer une société qui en tant que personne morale va supporter les risques. En France ils ont institué, l'EIRL c à d une entreprise individuelle à risque limité au patrimoine affecté par le commerçant personne physique à l'exercice de son commerce

Du point de vue économique, la société apparaît bien comme l'outil par excellence du progrès économique. En effet, sa capacité à réunir activités, crédit et capitaux, lui permet de réaliser des opérations de grande envergure que les entreprises individuelles ne sauraient faire.

Du point de vue financier, la société est le moyen de réunir des capitaux, de les accroître et d'offrir aussi une capacité financière suffisante pour inspirer confiance. Cette confiance va lui permettre d'ouvrir son capital à d'autres partenaires, d'obtenir des crédits bancaires, voire de faire appel au marché financier.

Mais la constitution d'une entreprise en société répond aussi à des motivations juridiques d'ordre patrimonial et fiscal.

Du point de vue juridique, une société est le moyen pour l'entrepreneur d'affecter une partie de ses biens à ses affaires et de mettre ainsi à l'abri sa fortune personnelle⁵.

Du point de vue fiscal, c'est le moyen de transmettre une entreprise d'une manière moins onéreuse et plus simple. En effet la transmission d'une société s'opère par cession de parts sociales ou actions, à des conditions fiscales beaucoup plus avantageuses comparée à une vente de fonds de commerce.

Paragraphe 1- Définition et éléments constitutifs d'une société :

- Qu'est-ce qu'une société ?

La réponse est donnée par l'art 982 du DOC qui dispose : « Une société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun, leurs biens, leur service ou les deux à la fois en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

Le critère de la société est celui de la recherche d'un avantage économique. Un avantage pécuniaire doit apparaître ; le partage des bénéfices réalisés par la société entre les associés.

Les éléments constitutifs d'une société sont au nombre de 4 :

- un accord de volonté
- la mise en commun d'apports
- la réalisation de profits, partage des bénéfices et contribution aux pertes
- l'affection societatis

⁵ La mise en société permet une séparation du patrimoine de l'entreprise et du patrimoine de l'entrepreneur, cependant cette séparation n'aura lieu que dans les sociétés à risque limité : SA, SARL... et pas dans les sociétés à risque illimité dans lesquelles les associés sont responsables personnellement et solidairement c à d au-delà de leurs apports

I- L'accord de volonté : une société est un contrat et pas seulement

Comme tout contrat, le contrat de société suppose la réunion de quatre éléments constitutifs : le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

a- Le consentement

L'accord de volonté qui doit émaner de chacun des partenaires à l'acte constitutif d'une société. Il doit exister et être donné d'une façon libre et éclairée c'est-à-dire ne comporter aucun des vices du consentement qui sont l'erreur, le dol et la violence.

En droit des sociétés, l'erreur peut porter sur la personne de l'associé ou sur la nature de la société

Mais une société peut ne comporter qu'un seul associé c'est : la SARL d'associé unique

b- La capacité

- Pour les personnes physiques : selon les dispositions légales, la majorité s'acquiert au Maroc à 18 ans grégoriens révolus. Ainsi, toute personne ayant atteint cet âge aura la capacité requise pour devenir associé.
Dans certaines sociétés (S.A, SARL), les mineurs (1), peuvent être associés à condition de se faire représenter par un tuteur.
- Pour les personnes morales de droit privé : leur capacité à être membre de sociétés doit être nuancée. Ainsi une société civile ne peut pas être associée dans une SNC ni commandité car la loi exige le statut de commerçant. Cependant, rien n'empêche qu'une société civile soit associée d'une SARL ou une SA.
- Les personnes morales de droit public, exemple l'Etat peut être associé de sociétés commerciales (Ex l'Etat marocain est associé majoritaire de la RAM).

c- L'objet

L'objet social peut être défini comme le type d'activité choisi par la société dans ses statuts. Cet objet doit non seulement être licite, mais il doit être déterminé. En effet, les sociétés n'ont pas vocation à faire n'importe quoi : c'est le principe de la spécialité statutaire des sociétés. Les sociétés ont une capacité spéciale.

Ceci étant, il convient de préciser que c'est l'objet social qui :

- permet de déterminer si une société est civile ou commerciale, lorsque la forme de société adaptée ne dicte pas une solution
- limite les pouvoirs des dirigeants sociaux. Dans certaines sociétés un acte de gestion qui dépasse l'objet social n'engage pas en principe la société (c'est le cas d'une SNC par exemple).

- La réalisation de l'extinction de l'objet social entraîne en principe la dissolution de la société. **C'est pour cela que l'objet social doit être défini de façon très large et souple pour qu'il puisse s'adapter avec les changements éventuels du marché et de la conjoncture, dans la mesure où la durée d'une société est de 99 ans renouvelable.**

Par ailleurs, il convient de distinguer objet social de, **intérêt social** et de l'objet d'activité.

Ainsi, l'intérêt social est un impératif de comportement qui s'impose aux dirigeants sociaux, qui doivent non seulement respecter l'objet social mais ne rien faire qui puisse contrarier l'intérêt de la société.

L'objet d'activité, quant à lui, est l'activité réellement exercée par la société alors que l'objet social est le programme établi sur le long terme par la société.

d- La cause :

C'est le but lucratif, c.à.d. la vocation au bénéfice. Le motif impulsif et déterminant des associés est de partager les bénéfices ou de profiter d'une économie. Toute société est par définition à but lucratif. (Les groupements d'intérêt économiques (GIE) sont des pers. Morales à but lucratif

II- La mise en commun d'apports :

a- Définition et caractères :

L'apport est l'opération par laquelle une personne affecte un bien ou un service à la société en contre partie de la remise des titres sociaux.

C'est une condition indiscutable à la constitution de la société car s'il n'y a d'apports, valablement réalisés, la société ne peut pas être constituée. De même que sans apport on n'est pas associé ; la qualité d'associé est ainsi conditionnée par l'apport effectué.

Mais si l'apport est obligatoire, aucune égalité n'est exigée entre les associés. Elle suppose seulement une proportion entre le montant des apports effectués et la valeur des droits attribués à chacun. L'associé pourra ainsi prétendre à des parts sociales ou actions calculées sur la base de son apport.

e L'objet de l'apport :

On distingue trois types d'apports ; en numéraire en nature et en industrie (art. 988 du DOC)

1) L'apport en numéraire :

C'est une somme d'argent en monnaie fiduciaire ou scripturale qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société. C'est l'apport le plus fréquent car c'est celui qui pose le moins de problèmes.

Pour encourager la création d'entreprise, le législateur distingue entre les souscriptions et la libération :

- **La souscription** constitue l'engagement ou la promesse faite par un associé de verser une somme déterminée comme apport en numéraire.
- **La libération** est le paiement effectif des sommes promises. Ainsi dans les S.A et les SARL, si le capital social doit être intégralement souscrit au moment de la constitution de la société, la libération peut n'être que de 1/3 dans les S.A et du ¼ dans les S.A.R.L. L'associé débiteur s'engage ainsi à verser le solde dans un délai de 3 ans pour la SA et de 5 ans pour la S.A.R.L sur appel des dirigeants sociaux.

Dans les faits, ce procédé ne doit cependant pas être encouragé et ce, pour différentes raisons. En effet :

- Tant qu'elles n'ont pas été entièrement libérées, les actions restent nominatives.
- l'associé qui ne respecte pas l'échéance prévue par la libération de son apport devient débiteur de plein droit de dommages et intérêts moratoires et peut être condamné à des dommages et intérêts si la société a subi un préjudice.
- Tant que le capital social n'est pas entièrement libéré, aucune augmentation du capital social ne sera possible, ce qui risque d'être problématique pour certaines sociétés.

L'apport en numéraire ne doit pas être confondu avec l'avance en compte courant, qui constitue un mode de financement pour les sociétés leur évitant le recours aux crédits bancaires. Ce moyen de financement est très répandu dans les P.M.E.

Aux comptes courants on reconnaît un certain nombre d'avantages.

- **1^{ère} : la disponibilité** : l'associé qui fait une avance peut la récupérer à tout moment (cependant il arrive qu'à la demande de la société, ces comptes soient bloqués, pour constituer un moyen de financement stable, et que même une clause de subordination soit signée, au profit du banquier créancier par exemple).
- **2^{ème} ; La rémunération** : ils constituent un placement à revenu fixe. L'associé qui a fait une avance en compte courant est assuré de toucher un intérêt même si la société n'a pas réalisé de bénéfices.
- **3^{ème} : la suppliété** : Permet à la société d'avoir des sources de financement sans qu'il soit nécessaire de procéder à une augmentation du capital social.

2) L'apport en nature :

Il s'agit de tous les biens qui sont dans le commerce autre que l'argent, qui peuvent être soit des biens corporels (équipements, logistique...), des biens immeubles (locaux, terrains...), soit des biens incorporels (fonds de commerce, clientèle, brevets d'invention marques...).

Dans la pratique, ce genre d'apports pose un problème d'évaluation car ils peuvent porter sur des biens qui ne font pas l'objet d'un prix de marché indiscutable. On conviendra qu'il n'est pas aisé de faire correspondre la vraie valeur à un fonds de commerce, une créance, une clientèle et encore moins à un brevet d'invention ou une marque de fabrique. Une évaluation aussi précise que possible s'impose non seulement lors de la constitution de la société, mais chaque fois qu'un apport en nature est réalisé en cours de la vie sociale.

Une évaluation précise est nécessaire aussi bien aux intérêts des associés que des créanciers sociaux. Ainsi, **une sous - évaluation** (V.R - x) peut s'avérer nuisible aux intérêts de l'associé apporteur dans la mesure où ses droits sociaux sont proportionnels aux apports effectués ce qui compromettrait cet équilibre fondamental (V.R. c.à.d. La valeur réelle du bien apporté)

Par contre, **une surévaluation** (V.R + x) risquerait de gonfler artificiellement le capital social et donner à la société une solvabilité apparente plus grande que celle qui correspond à son véritable patrimoine. C'est pour cela que la législation exige (pour les SA) que les apports en nature soient évalués par un professionnel : le commissaire aux apports.

Toutefois, pour les S.R.L le législateur permet aux associés de procéder par leurs soins à l'évaluation des apports en nature à condition :

- 1- que la décision soit prise à l'unanimité des futurs associés.
- 2- qu'aucun des apports en nature n'excède 100.000dh ou que la somme des apports en nature à évaluer n'excède pas la moitié du capital social.

L'apport en nature peut d'ailleurs s'avérer fictif et problématique.

L'apport est dit fictif lorsque le bien est dépourvu de toute valeur ou de toute utilité par la société.

Ex : apport d'un brevet d'invention périmé, d'une voiture qui ne porte pas de marque, d'un bien dont on n'est pas propriétaire.

- Si tous les apports sont fictifs : la société serait déclarée nulle.

- Si elle ne concerne qu'un apport, la nullité ne concernera que cet apport sauf si cet apport a été le motif impulsif, et déterminant de l'engagement de tous les associés, et que la société ne pourra pas fonctionner sans cet apport auquel cas, la nullité de l'apport va rejaillir sur la nullité de la société.

*** Les apports en industrie :**

C'est le savoir-faire, le travail, la notoriété qu'un associé s'engage de mettre à la disposition de la société. Il doit être effectué en toute indépendance, sinon ca sera un contrat de travail.

Il a un caractère futur et successif et rien ne permet de garantir que l'associé va réellement tenir sa promesse, et s'il le faisait pendant combien de temps.

Ce caractère aléatoire fait, qu'il a été interdit dans les S.A mais possible dans les S.A.R.L.⁶, il ne fait jamais partie du capital social. Ainsi, l'associé qui a fait un apport en industrie à une S.A.R.L par exemple, aura des parts sociales qui ne seront pas représentées dans le capital social.

D'autre part, cet apporteur n'aura qu'une part de bénéfices inférieure à l'associé minoritaire⁷

Ce qui pose légitimement le problème de l'opportunité d'un tel apport, ne serait-il pas plus judicieux de proposer la savoir-faire de l'apport dans le cadre d'un contrat de travail ?

La somme des apports en numéraire et en nature constitue : le capital social qui présente un intérêt à la fois comptable et juridique.

Du point de vu comptable

Le capital se distingue de l'actif c'est-à-dire l'ensemble des biens qui composent le patrimoine de la société à un moment donné. Certes au moment de la constitution de la société l'actif et le capital social sont égaux. Mais dès les premières dépenses (ex : frais de mise en fonctionnement de la société), l'actif tombe en dessous du capital, au contraire lorsque la société fait des bénéfices, l'actif dépasse le capital.

⁶ Suppose que l'associé a fourni un fonds de commerce ou un fond artisanal et pour les exploiter, on a besoin du savoir-faire de l'apporter.

⁷ Art 1844-1. C. civ « la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ».

Sur le bilan, le capital apparaît au passif, car la société le doit à ses créanciers parmi lesquels les associés qui sont créanciers de leurs apports, et elle est tenue de les rembourser après dissolution, les biens eux même figurent à l'actif.

Du point de vu juridique

Le capital social est soumis à un régime juridique particulier ; il est considéré comme **le gage exclusif des créanciers sociaux**, c'est pourquoi il doit rester intangible. Pour préserver cette intangibilité du capital un certain nombre de mesures législatives ont été prises.

- Ainsi, la société ne peut en aucun cas procéder à la distribution de **dividendes fictifs**, c'est-à-dire un dividende prélevé du capital social dans la mesure où la société n'a pas réalisé de bénéfices.
- Toute modification du capital social, est strictement réglementée. Les réductions du capital ne sont pas interdites dès lors qu'elles ne font pas tomber le capital social au-dessous du minimum légal, mais doivent faire l'objet de publicité pour avertir les créanciers sociaux Sauf lorsqu'elles sont motivées par des pertes, ces créanciers bénéficient d'un droit d'opposition dont le bien-fondé est apprécié par les tribunaux.
- Enfin, le législateur cherche à assurer la réalité du capital social non seulement au moment de la constitution de la société par **l'évaluation des apports en nature**.

Cependant, il convient de préciser que **le KL social ne donne que très imparfaitement la mesure de la valeur de la société. En fait, les capitaux propres reflètent mieux la réalité financière de la société.** Ils se composent du capital social, + les réserves et les reports bénéficiaires, moins des pertes qui vont les diminuer.

Ainsi, si le KL social est intangible, les capitaux propres vont varier en permanence selon les résultats de la société.

- Soit que la société est au mieux de ses performances et les capitaux propres deviennent plus importants que le KL. SL, et que cette bonification va compter au moment de l'évaluation de la société.
- Soit que la société a des difficultés, ils vont tomber de deçà du capital social. Ainsi, afin d'éviter que la société n'engage des pertes trop importantes, au détriment des avantages des créanciers sociaux, la loi a fixé un plancher de variation des capitaux propres, par rapport au capital social.

- Dans ce sens, **la loi dispose que**, si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du KL. SL, les associés doivent décider soit d'augmenter le capital social c'ad recapitaliser la société, soit réduire le capital pour qu'il reflète la réalité, sinon la société serait dissoute.

III- La participation aux résultats de l'exercice :

Les pertes et les bénéfices sont les faces opposées des résultats comptables tels qu'ils apparaissent à la clôture de chaque exercice.

1- Partage des bénéfices

La loi fait assigner à toute société **la mission de constituer des profits et de partager les bénéfices entre ses membres**. Cette finalité la distingue des associations qui elles, sont à but désintéressé.

Le bénéfice est constitué par les excédents de l'exercice, diminués des pertes antérieures et des sommes qui doivent être mises en réserve, augmenté du report bénéficiaire des exercices précédents. (Les réserves légales cessent d'être obligatoires dès qu'elles atteignent 10% du capital social). En outre, les associés peuvent prévoir dans les statuts de constituer des réserves : ce sont **les réserves statutaires**

Ainsi, à la fin de chaque exercice on se demande s'il existe un bénéfice à distribuer :

- La décision du partage des bénéfices fait partie des attributions des A.G.O qui peuvent **décider de leur partage et de leur mise en réserve. De même que l'AGO peut décider de faire un report bénéficiaire pour l'exercice prochain.**

Ainsi deux cas de figures sont possibles :

1-1- Absence de bénéfices à distribuer

*** Distribution de dividendes fictifs :**

Si les comptes établis à la fin de l'exercice ne font pas apparaître de bénéfices, aucun dividende ne doit être réparti entre les associés, sinon il serait prélevé sur le capital social, au mépris des droits des créanciers.

Une telle distribution est interdite. Elle peut s'effectuer de diverses façons de **la plus évidente** (les associés reçoivent des dividendes alors que le bilan ne fait apparaître aucun

bénéfice) à des formes plus subtiles, dissimulation de certains éléments du passif, ou au contraire l'apparition à l'actif de profits qui ne sont pas encore réalisés.

Cette opération est illicite et est doublement sanctionnée par la loi.

- Pénalement, l'art 384 du code sur les S.A punit d'un emprisonnement de 1 à 6 mois et/ou d'une amende de 100 000 à 1000 000 dhs, les organes d'administration, de direction et de gestion qui, en l'absence d'invention ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront volontairement, opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs.
- Du point de vue civil, les associés ont perçu une somme à laquelle ils n'auraient pas droit. En principe, ils doivent reverser les dividendes dans la caisse sociale pour reconstituer le gage des créanciers sociaux.(c'est une répétition de l'indu)

*** Sociétés ne réalisant jamais de bénéfices :**

Beaucoup de sociétés s'arrangent pour ne pas réaliser des bénéfices, au besoin en augmentant leurs frais généraux, notamment les salaires et indemnités versés aux dirigeants.

Cette pratique aboutit à une évasion fiscale.

1-2- L'existence de bénéfices distribuables : la décision de distribution des

bénéfices ou de leur mise en réserve appartient aux associés réunis en AGO. Ils peuvent décider une mise en réserve des bénéfices afin de parer à un avenir difficile. Cette décision souveraine s'impose aux minoritaires alors même qu'ils auraient préféré la distribution de bénéfices. Encore faut-il que cette mise en réserve ne vise pas dans le fond à nuire aux intérêts des minoritaires, si c'est le cas, la décision constituerait un abus de droit.

Ils peuvent décider une mise en distribution des bénéfices. Comment va se faire alors ce partage ?

En principe, le partage des bénéfices se fait proportionnellement aux apports, mais ce n'est pas une règle d'ordre public. En effet, « l'égalité » n'est pas l'âme du contrat de société, des aménagements sont alors possibles dans les statuts qui peuvent prévoir la création de plusieurs catégories d'actions ou de parts sociales et leur donner droit à des bénéfices différents.⁸

⁸ Le droit à une part préférentielle dans les bénéfices peut servir à rémunérer certains services rendus à la société et qui parce qu'ils constituent des apports en industrie, ne peuvent donner lieu à l'attribution de parts sociales ou d'actions notamment dans les SARL et S.A. De même que tous les associés n'ont pas nécessairement la même position au sein de la société, certains ne font qu'un placement financier alors que d'autres s'impliquent davantage. Il paraît dès lors légitime de leur réserver un supplément de dividendes.

Cependant, cette absence de proportionnalité entre les apports et les dividendes peut conduire à des abus. Ainsi, deux types de clauses sont interdits :

- la première **concerne les clauses léonines** c'est-à-dire, celles qui donnent à l'un des associés la totalité des bénéfices ou qui excluent toute contribution aux pertes. Sont également interdites les clauses qui réduiraient les bénéfices d'un associé à une portion insignifiante.
- La deuxième **concerne la clause d'intérêt fixe** qui prévoit qu'un dividende sera versé aux associés qu'il y ait ou non des bénéfices («elle risque de porter atteinte au principe de la fixité du capital au cas où il n'y aurait pas de bénéfices et qu'il faille alors préciser dans le capital social).

2- La participation aux pertes : (ne pas confondre dette sociale et exercice déficitaire)

La participation de tous les associés aux pertes est tout aussi nécessaire à l'existence et la validité d'une société que la vocation aux bénéfices.

Il faut distinguer la contribution aux pertes et l'obligation aux dettes qui pèse sur les associés de société à risque illimité. Ainsi, les créanciers d'une S.N.C peuvent exiger d'être payés sur le patrimoine personnel de l'un des associés (leur responsabilité est en effet personnelle et solidaire).

La contribution aux pertes qui concerne les sociétés à risque limité (SA, SARL, et n'intervient en principe qu'en cas de dissolution. Ainsi le capital social servirait à payer les créanciers de la société donc chacun des associés va perdre l'apport qu'il effectué. Leur patrimoine personnel est ainsi protégé sauf pour les gérants et administrateurs ayant commis une faute de gestion

VI-L 'élément intentionnel : l'affectio societatis qui suppose une volonté d'union et de collaboration, une convergence d'intérêts de tous les associés qui doivent avoir un objectif commun assurer prospérité et longévité de la société ;

Ils doivent faire équipe, et accepter à l'avance les gains mais aussi les pertes subis par la société.

Cet élément intentionnel doit être perceptible dans toutes les étapes de vie de la société. Dès qu'il s'estompe la fin de la société ne saurait tarder. On peut alors concevoir une dissolution judiciaire pour juste motif c'est-à-dire absence d'affectio societatis

B- Les conditions de forme :

1- La rédaction des statuts :

⁹ Il convient de noter qu'il n'y a de véritables pertes que lorsque le capital social est réellement entamé et non pas seulement lorsqu'un exercice donné se solde par un résultat négatif.

Ce sont les fondateurs, c. à .d les personnes qui prennent l'initiative de la constitution qui établissent les statuts. Les mentions imposées par la loi dans ces statuts sont les suivantes :

2- Dépôt des fonds :

Les personnes qui ont reçu des fonds correspondent aux apports numéraires sont tenues de les déposer au nom de la société en formation, dans un compte bancaire bloqué, dans un délai de 8 jours à compter de la réception des fonds. Si pendant les 6 mois qui suivent le dépôt la société n' pas été constituée, les fondateurs peuvent retirer les fonds.

3- La signature des statuts

La signature des statuts est l'instant solennel de la constitution de la société. En paraphant le contrat les futures actionnaires deviennent contractuellement liés. En effet, bien que cette signature n'emporte pas d'effet sur l'existence juridique de la société personne morale, elle n'en constitue pas moins un engagement définitif entre les parties.

4- Désignation des dirigeants :

Jusqu'alors, l'intervention des fondateurs était informelle et spontanée. Il faut désormais un organe pour orchestrer la marche vers l'immatriculation. Les premiers responsables sont désignés par les statuts ou dans un acte séparé faisant corps avec les dits statuts et signé dans les mêmes conditions.

5- Formalité de publicité :

Après signature des statuts, il y a lieu de procéder aux formalités suivantes :

- Enregistrement.
- insertion dans un journal d'annonces légales.
- dépôt au greffe des actes constitutifs.
- immatriculation au Registre de commerce.
- insertion dans le bulletin officiel.

Section III : Les obligations particulières aux commerçants :

Ces obligations se situent sur plusieurs plans :

- **Tout d'abord, sur le plan social**, les commerçants sont tenus de respecter les obligations qui leur sont imposées par le droit du travail et la législation sur la sécurité sociale.
- **Sur le plan purement économique**, les commerçants sont soumis à différentes obligations qui viennent relativiser le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, notamment dans le domaine de la concurrence. En effet, toute entreprise commerciale ne doit avoir aucun comportement anticoncurrentiel tel le dumping, les ententes illicites ou les abus de position dominante. De même qu'ils doivent se soumettre à la législation relative à la protection du consommateur.
- **Sur le plan fiscal**, les commerçants sont tenus à des impôts particuliers : impôts des patentes, TVA, impôts sur les sociétés, impôts sur le revenu.
- **Enfin, en ce qui concerne le droit commercial**, il y a lieu de relever deux obligations particulières : d'une part la publicité commerciale et la comptabilité commerciale qui se traduit par la tenue de livres de commerce.

§1 – La publicité commerciale : le Registre du commerce(RC)(art. 27 et suivants du CC)

Le R.C constitue en quelques sortes l'état civil du commerçant, il est conçu comme une sorte de bureau de renseignements qui a pour rôle de recevoir et de donner un certain nombre d'informations. C'est un facteur de sécurité pour le commerce et pour le développement du crédit.

En effet, le commerce vit de crédit, les tiers sont d'autant plus disposés à faire confiance au commerçant qu'ils connaissent mieux sa situation patrimoniale et personnelle. Ainsi, celui qui vend à crédit un outillage important à un commerçant à intérêt à savoir :

- si celui-ci est propriétaire du fonds, ou simple locataire gérant
- si le fonds est déjà grevé de servitudes au profit d'autres fournisseurs.
- Si le commerçant a la capacité de conclure l'achat projeté....

B- Fonctionnement du registre de commerce :

1 L'immatriculation :

Sont tenus de se faire immatriculer toutes les personnes physiques et morales exerçant une activité commerciale au Maroc,(art. 37 du CC)

Doivent être déclarés en vue de leur immatriculation sur le RC :

Le nantissement du fonds de commerce, les brevets d'invention, les marques de fabriques exploités par lui, la cession du FC et les décisions judiciaires prononçant l'interdiction du commerçant ou celles ordonnant mainlevée

Toutes les informations données en vue de leur inscription au RC doivent être exactes et vérifiables, toute information fautive donnée de mauvaise foi engage la responsabilité pénale du commerçant (art 64 du CC. Qui prévoit une amende de 1000 à 50000 dhs et/ou un emprisonnement de 1mois une année)

2 Les inscriptions modificatives (art. 50 CC)

Le registre de commerce doit refléter la situation exacte du commerçant et des éléments qui composent son fonds de commerce, c'est pour cela que toute modification qui les affecterait doit faire l'objet d'une inscription modificative.

3 La radiation

La radiation du R.C s'impose chaque fois que :

- un commerçant cesse d'exercer son commerce
- ou lorsqu'il décède
- ou lorsqu'il a cédé son fonds de commerce
- ou quand une société est dissoute.

4 - les effets des inscriptions

A l'égard du commerçant personne physique, l'immatriculation crée une présomption simple de commercialité. C'est une présomption simple qui peut être écartée par la preuve contraire. Cette preuve peut être apportée par tout tiers ayant un intérêt. Ex. un créancier prétend que son débiteur n'est pas commerçant pour pouvoir invoquer la prescription civile

Pour les personnes morales notamment les sociétés, elles n'auront la personnalité juridique qu'à partir de leur immatriculation, sinon elles seraient des sociétés de fait inconnues des tiers.

§2- Les obligations comptables du commerçant :

Sont réglementés par la loi N°9.88, modifié par la loi N°44-03, du 14 février 2006 qui complète les dispositions des articles 18 à 26 du C.C.

A- La tenue des livres de comptes

En application de ces textes de loi, les commerçants sont astreints à tenir une comptabilité conforme aux règles du plan comptable général. Cette obligation a un double fondement:

- l'intérêt du commerçant qui ne peut gérer efficacement son affaire que s'il tient une comptabilité à jour.
- L'intérêt général : l'Etat pouvant ainsi vérifier plus facilement les déclarations fiscales.

Ainsi, toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant au sens du code de commerce est tenue de tenir une comptabilité dans les formes prescrites par la loi.

Elle doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant les actifs et les passifs de son entreprise, ces opérations sont enregistrées chronologiquement opération par opération et jour par jour.

Tout enregistrement comptable précise l'origine, le contenu et l'imputation du mouvement ainsi que les références de la pièce justificative, qu'il appuie.

- les écritures sont portées sur 1 livre journal.
- les écritures du livre journal sont reportées sur un registre dénommé grand-livre, ayant pour objet de les enregistrer selon le plan des comptes du commerçant. Ces livres peuvent être détaillés en plusieurs registres : dénommés journaux auxiliaires et livres auxiliaires selon les besoins de l'entreprise.
- La valeur des éléments actifs et passifs de l'entreprise doivent faire l'objet d'un inventaire au moins une fois par exercice.
⇒ Il doit être tenu à cette fin un livre d'inventaire.
- Les personnes morales assujetties à la présente loi doivent établir des états de synthèse annuels, à la clôture de l'exercice sur le fondement des enregistrements comptables et de l'inventaire retracés dans le livre-journal, le grand livre et le livre d'inventaire.

Ces **derniers doivent donner une image fidèle des actifs et passifs**, ainsi que de

la situation financière et des résultats de l'entreprise.

- Les documents comptables sont tenus en monnaie nationale.
- Les documents comptables et les pièces justificatives sont **conservés pendant 10 ans**.

Les opérations d'enregistrement et d'inventaire sont établis et tenus sans blanc ni altération d'aucune sorte.

B- La force probante des livres de commerce :

Les livres de commerce régulièrement tenus, peuvent être produits en justice en tant qu'instrument de preuve.

1- La production des livres en justice :

Deux procédures de production des livres sont prévues par le code :

a- la représentation des livres :

Le commerçant remet ses livres (ou un extrait) au juge qui en prend seul connaissance à l'exclusion de la partie adverse. La représentation peut être ordonnée par le juge quel que soit l'objet du litige.

b- La communication des livres :

Les livres sont mis à la disposition de la partie adverse. Cette procédure est dangereuse pour le commerçant puisqu'elle met l'adversaire au courant de ses affaires, elle ne peut donc être ordonnée qu'en cas de liquidation de communauté, de succession de litiges entre associés, de règlement judiciaire ou de liquidation des biens.

2- Les livres de commerce, moyens de preuve.

Il faut distinguer deux hypothèses :

a- Les livres de commerce sont invoqués contre le commerçant : Ils font preuve contre lui (art. 20 du C.C) les mentions qu'ils contiennent constituent **un aveu**.
Ex : un commerçant ne peut soutenir qu'il n'a pas acheté ou reçu une marchandise si cette opération est inscrite sur ses livres.

b- Les livres de commerce sont invoqués par celui qui les a tenus :

Il y a lieu de distinguer selon que la contestation oppose :

- **deux commerçants** : chacun pourra faire la preuve contre l'autre à l'aide des livres obligatoires à condition qu'ils soient régulièrement tenus (art. 19 al. 2).
- **Un commerçant et un non commerçant**, les livres de commerce n'ont aucune force probante contre le non commerçant, car il ne dispose pas des mêmes moyens de défense. Cependant, le tribunal peut trouver dans les livres comptables un commencement de preuve.

Ex : un commerçant soutient que des marchandises vendues et livrées ne lui ont pas été payées par l'acheteur. Le tribunal peut accepter la production du livre à titre de commencement de preuve,

Chapitre II : La création d'une richesse : le fonds de commerce F.C

L'activité commerciale suppose la mise en œuvre de nombreux moyens, aussi bien humains que matériels. Ces derniers sont affectés à l'activité commerciale pour former un nouveau bien : le fonds de commerce.

Le fonds de commerce est ainsi un ensemble de biens meubles incorporels et corporels réunis pour attirer une clientèle. Les différents éléments du fonds sont liés intellectuellement et forment une unité économique, une universalité. Mais ils ne constituent pas une personne indépendante' de celle du commerçant. Le fonds de commerce n'a pas de personnalité juridique et d'autonomie patrimoniale.

Section I. Composition et nature juridique du fonds de commerce

Le fonds de commerce comme souligné plus haut se compose de différents éléments mobiliers corporels et incorporels qui lui confèrent une nature juridique particulière.

§1 - Les éléments du fonds de commerce :

I- Les éléments incorporels du fonds de commerce : ces éléments comprennent : la clientèle et l'achalandage le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail et éventuellement les marques de fabrique et brevets d'invention.

A- La clientèle et l'achalandage :

La clientèle¹⁰**constitue la condition essentielle d'existence du fonds de commerce.**

En effet, sans clientèle, il ne peut y avoir de commerce puisque les marchandises produites ou achetées ne pourraient être revendues. La clientèle ne doit pas être confondue avec

l'achalandage, la première comprend les personnes qui ont l'habitude de s'adresser au commerçant qui sont attachées à la personne du commerçant.

L'achalandage serait constitué **de la clientèle potentielle** attirée par l'emplacement géographique du fonds de commerce.

Ainsi, à la différence des autres éléments du fonds, la clientèle présente seule un caractère essentiel. En effet, on peut imaginer un fonds de commerce sans droit au bail (il suffit que le commerçant soit propriétaire des murs dans lesquels il exerce son activité

¹⁰ Pour le fiscaliste la clientèle constitue le chiffre d'affaires passé, présent et à venir donc ayant une vraie valeur patrimoniale. La clientèle est donc la possibilité pour le commerçant de conclure des contrats futurs et renouvelés

commerciale), sans enseigne, ou propriété industrielle mais on ne peut pas imaginer un fonds sans clientèle.

Finalement, plus qu'un élément du fonds, la clientèle est le but poursuivi par le commerçant, tous les autres éléments sont des moyens de ralliement de clientèle. Mais, malgré son caractère essentiel, rien ne la rattache à un fonds.

En effet, dans un système d'économie libérale, il suppose la libre concurrence. De ce fait, la clientèle n'appartient pas au commerçant, elle peut lui être enlevée par un concurrent qui rend un service meilleur pour un prix moins élevé. « Les clients vont chez ceux qui sont assez habiles pour les attirer et assez diligents pour les conserver ». Elle est donc une conquête perpétuelle car elle est convoitée et vulnérable. La clientèle doit être commerciale, certaine c à d effective et personnelle c à d attachée au commerçant qui exploite le fonds de commerce et la clientèle d'un ensemble plus vaste (centre commerciale, aéroports, gares...)

B- Le nom commercial :

Sert à identifier le fonds de commerce et à rallier la clientèle. Le commerçant personne physique exerce souvent son activité professionnelle, sous son nom patronymique, ou une dénomination de fantaisie.

Pour les personnes morales, on parle de dénomination sociale qui résulte soit de l'activité professionnelle, de l'incorporation du nom d'un ou de plusieurs associées ou l'utilisation d'une appellation de fantaisie.

Ce nom doit être disponible c'est-à-dire ne doit pas être déjà utilisé par un autre commerçant (Obligation d'avoir un certificat négatif délivré par l'OMPIC)

Le nom commercial présente une grande originalité par rapport au nom civil. Civilement, le nom est un droit de la personnalité, en dehors du commerce juridique. A l'inverse, le nom commercial, élément du fonds de commerce, constitue un droit de propriété incorporel.

La Jurisprudence en a déduit d'importantes conséquences pratiques. Selon elle, le patronyme est devenu, en raison de son insertion dans les statuts de la société signée par M. Bordas un signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique qui le portait, pour s'appliquer à une personne morale qu'il distingue et devenir ainsi objet de propriété industrielle.

Le nom a donc changé de nature, il est possible de céder ou d'apporter, à une société son nom patronymique à titre de nom commercial.

Mais en cas de cession, le commerçant n'aura plus la faculté d'utiliser son nom patronymique à des fins commerciales pour exercer une activité similaire, sinon, il commettrait une faute en raison de la confusion qui s'en suit dans l'esprit de la clientèle.

C- L'enseigne :

Il s'agit d'un signe extérieur, combinant généralement un jeu de lumière et de couleur, ayant pour fonction d'individualiser un fonds de commerce et de rallier la clientèle.

Elle peut consister en un nom, généralement de fantaisie ou un emblème matériel. Elle fait partie des droits de la propriété industrielle.

En tant qu'élément du fonds, elle est protégée sauf s'il s'agit d'une enseigne banale ne nécessitant aucune protection.

En cas d'originalité, le 1^{er} commerçant ayant utilisé une enseigne déterminée sera en droit d'empêcher un autre commerçant d'utiliser la même enseigne que lui. L'interdiction sera plus ou moins importante selon la notoriété de l'enseigne.

La jurisprudence récente semble désormais admettre que les propriétaires d'enseignes notoirement connues ont la faculté de la défendre contre tout empiètement, même en l'absence de risque de confusion dans l'esprit du public, sans doute en raison d'agissement parasitaire en dehors de toute clientèle commune.

Le nom commercial comme l'enseigne peuvent faire, l'objet d'opérations juridiques isolées notamment dans le cadre de contrats de franchise.

La franchise :

C'est une notion polyvalente, elle consiste essentiellement en l'utilisation par le franchisé du savoir-faire du franchiseur et de certains éléments de ralliement de clientèle.

La franchise se distingue par 3 éléments :

- le droit d'utiliser un nom commercial, une enseigne ou une marque.
- La communication d'un savoir- faire.
- Une assistance technique permettant la mise en œuvre de ce savoir- faire.

En revanche, la franchise ne comporte pas nécessairement une exclusivité territoriale.

Ce contrat réalise donc à la fois une opération de distribution et de collaboration entre entreprises.

Dans ce sens le franchisé conserve une marge de liberté qui le distingue du gérant salarié.

Ce contrat suppose que les parties se font confiance. En effet, d'un côté le franchiseur confie la réputation de sa marque au franchisé et, court de ce fait, un risque important.

D'un autre côté, le franchisé accepte que le franchiseur s'imisce dans la gestion de sa propre entreprise.

La franchise est surtout pratiquée dans le domaine des services : hôtellerie, restauration, location de voiture.....

Les entreprises de personnel intérimaire mais on la rencontre dans le commerce » de vêtements, de meubles...

La franchise se distingue difficilement de la concession :

La pratique opère la distinction en tenant compte de deux séries de facteurs plus économiques que juridique.

La concession porterait sur les produits de luxe ou de haute technicité, la franchise s'appliquerait aux autres marchandises. En second lieu, le concessionnaire serait un commerçant déjà installé et exploitant une clientèle personnelle ce qui ne serait pas le cas du franchisé. Ces deux critères manquent de netteté.

Finalement, la caractéristique de la franchise est la communication d'un savoir-faire.

La franchise a un régime essentiellement contractuel : Pour l'essentiel, les obligations des parties sont fixées par le contrat de franchise.

Le franchiseur a essentiellement 2 objectifs :

- Il doit communiquer au franchisé un savoir-faire, consistant en un ensemble de connaissances techniques et de procédés commerciaux.
- Il doit lui prêter une assistance technique, pour ses achats, ses ventes et sa gestion, de façon permanente pendant toute la durée du contrat.
- Il doit concéder au franchisé l'usage de son enseigne, sa marque.

Ainsi, le franchisé bénéficie d'une clientèle préconstituée, qui s'adresse à son propre fonds en raison de la confiance témoignée à la marque ou à l'enseigne du franchiseur.

Le franchisé doit :

- Payer le prix convenu, qui comprend généralement un droit d'entrée et un pourcentage dans le chiffre d'affaire réalisé.
- Doit respecter les conditions d' »exploitation et d'investissement qui sont destinées à assurer l'homogénéité du produit vendu ou du service rendu à la clientèle.
- Communiquer au franchiseur des informations comptables, commerciales et financières qui permettent à ce dernier de mieux connaître l'état du marché.
- Il ne doit pas faire concurrence au franchiseur pendant la durée du contrat et après. Mais le contrat de franchise prévoit en général que le franchisé conservera le droit de vendre librement les produits qui ne font pas concurrence à ceux du franchiseur.

•

Le droit au bail

Suppose que le commerçant exerce son activité dans un locale dont il est locataire. Il est

donc lié par un bail commercial avec le propriétaire. C'est un droit tellement fort qu'il a été qualifié de propriété commerciale par les auteurs. Ce droit permet au commerçant de bénéficier du renouvellement de son contrat de bail, il lui permet aussi de se déspecialiser totalement ou partiellement en respectant les conditions prévues par la loi dans ce sens. La déspecialisation serait partielle si le commerçant ajoute à son activité principale une activité voisine de l'activité principale (Ex. un libraire qui propose à la vente en plus des livres, des jeux électroniques, du consommable pour ordinateur, il y aurait une déspecialisation totale si le libraire se transforme en Fast Food, en garage pour réparation de voiture...

Le bail commercial est régi par la loi N° 49. 16 entrée en vigueur le 17 Février 2017 et qui abrogé le dahir de 1955

Ainsi ne peuvent bénéficier du bail commercial que les commerçants immatriculés au R.C. le contrat de bail doit être établi par écrit pour une durée de 3 années renouvelables. En effet une fois le bail expiré le locataire a droit à son renouvellement. Si le propriétaire refuse le renouvellement, il doit verser au locataire une indemnité d'éviction égale au préjudice occasionné par l'éviction. Elle correspond en principe à la valeur du fonds de commerce, aux frais d'aménagements et de déménagement.

Toutefois le locataire peut être privé de cette indemnité :

S'il est débiteur d'au moins 3 mois de loyers

Ou si sans l'accord du propriétaire il a effectué des changements sur le local loué, ou si ces travaux affectent la sécurité de la construction

Ou si le commerçant locataire s'est déspecialisé totalement sans l'accord du propriétaire

Si le propriétaire des murs a besoin du local loué pour y vivre ou y faire vivre un enfant ou un parent, il sera dispensé de l'indemnité d'éviction mais devra indemniser autrement le commerçant locataire.

Il en sera de même si le propriétaire décide de démolir en vue de sa reconstruction, le bâtiment dans lequel est exercé le fonds de commerce. Dans ce cas le propriétaire des murs doit verser à son locataire commerçant une indemnité égale à 3 ans de loyers.

Ceci étant, si la nouvelle loi permet le renouvellement du bail commercial, elle permet aussi la révision des loyers qui se faire tous les 3 ans et qui ne peut dépasser le taux légal fixé à 10% du loyer.

Ne peuvent bénéficier du bail commercial que les commerçants immatriculés au R.C

C) Les droits de la propriété industrielle : Ces droits englobent généralement les brevets d'invention (BI), les marques de fabrique (M.F) et les dessins et modèles industriels (D.M.I). Ces droits ont un caractère incorporel et confèrent à leurs titulaires un monopole exclusif d'utilisation ou d'exploitation¹¹.

Le terme « propriété » a été choisi pour mettre l'accent sur l'étendue des droits accordés à leurs titulaires. Qui peuvent de ce fait les opposer à tous, les exploiter personnellement ou les faire exploiter par des partenaires.

La propriété industrielle présente une importance considérable dans la vie des entreprises.

1) Les brevets d'invention (B.I)

Ce sont des titres délivrés par l'office marocain de la propriété industrielle et commerciale (OMPIC) et qui confèrent à leurs titulaires ou à leurs ayant causes, **un droit exclusif d'exploitation.**

Cette institution repose sur 2 idées :

- Récompenser l'inventeur et le protéger contre d'éventuelles contrefaçons.
- Ne donner qu'un caractère temporaire à ce monopole, afin que l'invention puisse être rapidement exploitée par tout le monde.

Pour bénéficier d'un brevet d'invention, l'inventeur doit adresser une demande à cette fin à l'OMPIC et démontrer :

- 1 Que l'invention est nouvelle : il peut s'agir d'un procédé nouveau, d'un produit nouveau ou d'une nouvelle application d'un procédé connu.
- 2 Que l'invention a impliqué une activité inventive et non déductive. Elle suppose donc un travail intellectuel soutenu et un investissement conséquent.
- 3 Que l'invention soit destinée à une application industrielle, son objet doit pouvoir être fabriqué ou utilisé dans tous genres d'industries.
- 4 Que l'invention est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

La délivrance du brevet d'invention par l'Office Marocain de la propriété intellectuelle (OMPIC) n'intervient qu'après examen de la régularité de la demande, l'établissement d'un avis déterminant la nouveauté de l'invention.

Après cet examen, l'OMPIC procède à la publication de la demande du brevet, pour en informer les tiers. Si au bout de 2 mois aucune opposition n'a été manifestée, le brevet d'invention est établi au nom du demandeur et constitue un titre de propriété sur une

¹¹ Le non-respect de ce monopole constituerait une contrefaçon.

invention donnée. Son titulaire dispose ainsi d'un monopole exclusif d'exploitation et constitue un titre de propriété sur une invention donnée. Il dispose ainsi d'un monopole exclusif d'exploitation qui lui permet d'exploiter personnellement son invention et la faire exploiter par d'autres dans le cadre de contrat de licence. Le bénéficiaire de cette licence devra lui verser une redevance sur chaque objet fabriqué.

Par ailleurs, et en tant qu'élément relevant du patrimoine de son titulaire, le brevet d'invention est cessible, transmissible et saisissable.

Il peut donc faire l'objet d'un certain nombre d'opérateurs juridiques (vendu, donné en nantissement ou constituer un apport en société, c'est un apport en nature).

Contrairement au droit de propriété qui est en principe perpétuel, le droit du B.I est temporaire : 20 ans non renouvelables.

Passé ce délai, l'invention tombe dans le domaine public et peut être exploitée librement, sauf si une demande de renouvellement de brevet ait été déposé.

En contrepartie de ce droit, le titulaire d'un B.I doit sous peine de déchéance payer des taxes annuelles et exploiter l'invention de façon effective et satisfaisante pour les besoins de l'économie nationale.

2. Les marques de fabriques, de commerce ou de services (M.F.S)

La marque est un signe susceptible d'une représentation graphique (dénomination, signes sonores, signes figuratifs) qui servent à distinguer et à identifier auprès de la clientèle les produits fabriqués par un industriel (M.F), les produits diffusés par un commerçant (M. de C) et les prestations de service d'un commerçant (M. de S).

La marque est la richesse de l'entreprise. Elle ne se résume pas seulement à des noms et des symboles, elle cristallise les sentiments des consommateurs à l'égard d'un produit ou du service concerné.

La marque apparaît ainsi comme un moyen destiné à attirer et à retenir la clientèle au même titre que le nom commercial et l'enseigne.

Il est donc crucial pour le propriétaire d'une M.F.S de la faire protéger dans le pays dans le quel il exerce son activité et éventuellement le protéger à l'extérieur des frontières.

Au Maroc, le droit d'usage de la marque s'acquiert par un dépôt de l'OMPIC.

Ce dépôt suppose un travail préalable qui consiste à faire une recherche d'antériorité en exploitant les informations disponibles sur la base de donnée des marques établie par l'OMPIC

- Le demandeur doit démontrer que la marque est :

- **Disponible** c'est-à-dire qu'elle est nouvelle ou qu'elle n'a pas été exploitée pendant 5 ans par son propriétaire initial.
- **Licite** : c'est à dire conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs.
- **N'est pas déceptive** c.à.d. se prêtant des qualités qu'elle n'a pas au risque de tromper les clients
- **Distinctive** : c.à.d. indépendante de la désignation habituelle d'un produit

La marque déposée est publiée pour une période de 2 mois dans le catalogue officiel des marques si pendant ce délai aucune opposition n'est survenue la marque est enregistrée. La marque est ainsi protégée pour une durée de 10 ans indéfiniment renouvelable. Ce monopole lui confère le droit d'utiliser sa marque ou d'autoriser d'autres à l'utiliser dans le cadre de contrat de licence¹².

3. Les dessins et modèles industriels (D.M.I)

Les dessins sont des dispositions de traits ou de couleurs représentant des images, quel que soit leur mode de fabrication (exemple : un tissage).

Les modèles sont plus précisément une forme plastique représentant un objet précis.

Les D.M.I constituent un élément important de l'actif immatériel de l'entreprise. En effet, ils donnent au produit son attrait, son pouvoir de séduction et contribuent ainsi à son succès et à sa pérennisation.

En effet, en présence de produits, de même qualité, le consommateur choisira le plus esthétique. Mais pour obtenir un monopole exclusif d'exploitation des D.M.I, ces derniers devraient être déposés à l'OMPIC.

Le demandeur devra alors justifier :

- La nouveauté du D.M.I concerné. Cette nouveauté suppose que l'impression visuelle que produit le D.M.I objet de la demande diffère de celle produite par tout autre dessin ou modèle connu du public.
- L'originalité c.à.d. que le modèle déposé ne correspond pas à la forme utilitaire du produit.

Le propriétaire d'un (D.M.I) possède ainsi la possibilité de l'exploiter personnellement ou par l'intermédiaire de partenaires dans le cadre de licence d'exploitation ou de cession. Ce droit peut même être mis en gage (nantissement) pour obtenir un financement de l'entreprise.

¹² La licence est une convention par laquelle, le titulaire de la marque autorise l'exploitation de celle-ci au profit d'un licencié en contrepartie de redevances financières.

2. Les éléments corporels du F.C

Ces éléments constituent un des droits sur des choses corporelles et mobilières à l'exclusion des immeubles. Ils comprennent :

A- Le matériel et l'outillage :

Ce sont des objets corporels qui servent à l'exploitation du fond, notamment les machines et les équipements. Dans certaines activités, le matériel peut présenter une importance et une valeur considérable. La possession par le commerçant d'un matériel très spécialisé peut constituer l'élément essentiel du fonds de commerce dans la mesure où il est le plus sûr moyen lui permettant d'attirer et de retenir la clientèle.

Mais le matériel n'est pas toujours la propriété du commerçant ou de l'industriel, il est parfois loué ou acheté dans le cadre d'un leasing (location avec option d'achat).

Cependant, lorsque le commerçant est propriétaire de ses équipements, ils peuvent changer de statut et devenir des immeubles par destination.

L'immobilisation par destination suppose qu'un bien meuble en raison des liens étroits qu'il a avec un bien immeuble, le législateur décide d'en faire un immeuble par destination.

L'immobilisation par destination a lieu dans 2 cas de figure.

- 1) Le bien meuble est attaché à perpétuelle demeure (c.à.d. pour toujours) à un bien immeuble (ex : ascenseur, fontaines, aquarium, portes, fenêtres...).
- 2) Le bien meuble contribue à la même finalité économique que l'immeuble. C'est le cas d'une machine dans une usine, d'un tracteur sur un champ....

L'immobilisation par destination suppose que le commerçant est à la fois propriétaire des murs sur lesquels il exerce son activité commerciale et en même temps propriétaire des machines ou équipements à immobiliser. (elle suppose l'identité de propriétaire, ainsi si le commerçant est locataire des murs, ou s'il a acheté son matériel dans le cadre d'un leasing, il ne peut y avoir immobilisation par destination)

B. Les marchandises :

C.à.d, les stocks des matières premières destinées à être travaillées et les produits finis qui attendent d'être vendus.

La présence de ces marchandises peut donner au commerçant une apparence de solvabilité trompeuse. En effet certaines marchandises, bien que présents dans les locaux d'un commerçant ne sont pas la propriété du titulaire du fonds. Il peut s'agir de marchandises déjà vendues et en instance d'être livrées, ou de marchandises vendues à crédit et ayant fait l'objet de clause de retard de transfert de propriété jusqu'au paiement effectif du prix convenu.

Les marchandises se distinguent du matériel non pas par leur nature, mais par leur destination. Ainsi par exemple une imprimante ou un ordinateur seront marchandise si le fonds de commerce vend du matériel de bureau, matériel dans les autres cas.

L'intérêt de la distinction entre ces deux composantes d'un F.C est le suivant :

- ⑦ La matériel est présumé stable. Le commerçant peut donc l'utiliser pour se procurer du crédit par la technique du nantissement, tout en continuant de l'utiliser pour produire, ce qui lui permet de rembourser sa dette.
- ⑦ Au contraire, les marchandises sont faites pour être vendues. Le commerçant ne peut les utiliser pour se procurer du crédit qu'en les remettants en gage, ce qui suppose en principe leur transfert dans les entrepôts de créancier gagiste ou d'un tiers (Warrantage).

Section II : La nature juridique du fonds de commerce (F.C) :

Le F.C est un ensemble de biens meubles corporels et incorporels, réunis pour attirer une clientèle. Il constitue une notion complexe dont l'approche peut être facilitée à l'aide de ses caractéristiques essentielles : le F.C est une universalité et c'est un meuble incorporel.

1. Le F.C est une universalité :

Les différents éléments qui composent le F.C sont liés intellectuellement et forment une unité économique, une universalité. Mais ces éléments ne constituent pas une personne distincte de celle du commerçant. Le F.C n'a pas la personnalité juridique.

La personnalité juridique est uniquement attribuée en droit marocain aux personnes physiques et aux personnes morales.

N'ayant pas de personnalité juridique, le F.C n'a pas un patrimoine propre ni d'autonomie financière, il en résulte ainsi que le F.C ne comprend pas les créances ni les dettes qui demeurent personnelles au commerçant personne physique ou personne morale.

De ce fait, en cas de cession du F.C, les créances, les dettes et les contrats, établis par le cédant, ne sont pas transmis, en principe à l'acquéreur du fonds.

Par exception certains contrats sont transférés à l'acquéreur. Il s'agit :

- Des contrats de travail en cours
- Des contrats d'assurance portant sur le fonds
- Les contrats portant sur le bail commercial (en effet le droit au bail figure comme on l'a vu précédemment parmi les éléments incorporels du F.C).
- Les dettes d'impôts.

L'autre conséquence au principe de l'universalité est que le F.C n'est pas un bien mais un ensemble biens, chacun ayant sa propre nature juridique et son propre régime juridique. Ainsi, chacun de ces éléments peut faire l'objet d'opérations juridiques isolées sans que cela affecte l'existence même du F.C.

En effet, le commerçant peut, tout en continuant d'exploiter son fonds, consentir des opérations juridiques sur un ou plusieurs éléments qui composent sur fonds. Il peut notamment accorder des contrats de franchises à des partenaires franchisés, accorder des licences d'exploitation ou d'usage sur ses brevets d'inventeurs ou marques de fabriques, les donner en nantissement pour garantir des emprunts auprès d'un banquier.

De même qu'il peut se procurer du matériel à crédit, l'utiliser pour fabriquer ou produire et le donner en nantissement au profit de l'établissement bancaire qui lui aurait avancé les fonds. Il peut céder le droit au bail...

Par ailleurs, qu'il peut décider de vendre son F.C dans sa globalité, ou le donner en nantissement ou en faire apport à une société (il s'agirait alors d'un apport en nature).

2. Le F.C est un bien meuble incorporel :

L'étude des éléments constitutifs du F.C nous a démontré que le fonds de commerce est exclusivement composé de meubles corporels et incorporels donc sa nature mobilière ne fait aucun doute. Ainsi en sont exclus, les biens immeubles. En effet, même lorsque le commerçant exerce son activité commerciale dans les locaux dont il est propriétaire, ces derniers ne font jamais partie de son fonds de commerce.

Ceci étant, le fonds de commerce est plus précisément un bien meuble incorporel, c.à.d. qu'il risque de ne plus exister s'il cesse d'être exploité. Certes, il rassemble des éléments corporels et incorporels, variables selon les besoins de l'exploitation, cependant il se définit par référence à la clientèle qui en est l'élément fondamental (1 F.C non exploité n'aura pas de clientèle, or l'activité commercial n'existe qu'à travers la clientèle).