

Droits des affaires

Introduction

Branche du droit privé, le droit commercial est constitué de l'ensemble des règles juridiques applicables aux transactions commerciales. Il offre le cadre juridique à l'intérieur duquel se nouent, et évoluent, les rapports entre les professionnels du commerce.

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

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

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

I. Caractères du droit commercial

- Un droit complexe : il s'intéresse à des matières variées, à tel point que certaines ont acquis leur autonomie (droit maritime, des assurances...). Cette complexité explique le recours à des juridictions spécialisées et le développement de l'arbitrage en la matière.
- Un droit en perpétuel construction : le droit commercial est condamné à un mouvement permanent. Il doit suivre l'évolution de la société et de ses besoins pour l'organisation de ses activités économique.
- Le droit commercial a un caractère international : les transactions internationales sont de plus en plus nombreuses. La mondialisation accentue ce phénomène. Le droit commercial subit donc les influences étrangères, et on assiste même à une unification internationale de certaines règles.

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

- Contractuelle : elle se reflète au niveau des opérations commerciales effectuées par accord des volontés. C'est le domaine des contrats. Les contrats les plus utilisés en la matière sont : la vente, le prêt, le transport et le mandat.
- Statutaire : elle constitue le cadre juridique du droit public dans lequel doivent se dérouler les opérations commerciales. Elle reflète l'intervention de l'Etat dans le domaine économique.
- Institutionnelle : elle se manifeste par l'existence de certains mécanismes juridiques nés de la pratique des affaires et qui se révèlent indispensables à l'exercice de l'activité commerciale. C'est le cas notamment des sociétés, du fonds de commerce, des effets de commerce...

II. Relations entre droit commercial et droit civil

Le droit commercial occupe certes une place importante parmi les différentes branches du droit privé. « Il intervient pour rétablir un minimum d'ordre, d'honnêteté et de sécurité dans les relations entre professionnels du commerce et de l'industrie ». Il s'agit d'un droit particulier, spécial avec des particularités qui le distinguent des autres branches de droit. Les relations avec les autres branches du droit privé étant certaines, en particulier le droit civil, le droit commercial se caractérise néanmoins par certaine originalité liée à la conception et aux méthodes utilisées en la matière. Des relations étroites existent entre le droit commercial et le droit civil puisque le premier se réfère à la plupart des techniques du second, et plus spécialement celles prévues dans la théorie générale des obligations. Mais, l'on ne peut toutefois ignorer les particularités qui caractérisent chacun. Celles-ci se situent aussi bien au niveau des solutions adoptées que des techniques utilisées :

A. Au niveau des solutions

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

1. Le régime des baux d'immeuble :

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

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

2. Le régime des incapacités :

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

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

B- Au niveau des techniques :

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

2. Importance du formalisme adapté à la matière commerciale

3. Importance du crédit en droit commercial : les commerçants et les industriels empruntent non pas pour consommer mais produire. Les prêts servent souvent à financer des investissements ou à se procurer des marchandises qui seront revendues. Le crédit à la production est plus sûr, il est plus sain d'un point de vue économique.

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

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

III. Sources du droit commercial :

1. La loi :

Elle demeure la source principale. Le terme est à considérer dans un sens large : textes votés par le parlement et dispositions réglementaires prises par le premier ministre.

L'on peut faire la distinction entre les textes généraux et les textes spéciaux.

Quelques textes généraux : loi n° 15-95 promulguée par dahir du 1 août 1996 formant code de commerce ; dahir du 12 août 1913 formant code des obligations et contrats ; dahir du 12 août 1913 notamment l'article 13 ; dahir du 31 mars 1919 formant code de commerce maritime ; dahir du 10 juillet 1962 sur la navigation aérienne.

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

2. Les usages commerciaux :

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

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

A côté des usages locaux, la pratique commerciale internationale a aussi été à l'origine d'usages qui sont applicables dans les contrats internationaux. Les contrats-types sont nés des usages dominants dans une branche déterminée. Seulement, les règles contenues dans les contrats-types doivent être adoptées volontairement par les parties.

3. Les conventions internationales :

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

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

2. Sources institutionnelles

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

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

IV. Domaine du droit commercial

Le droit commercial peut donc avoir une compétence assez large. Il peut s'étendre à différents domaines. La délimitation du domaine du droit commercial n'a pas été formulée de manière précise. En ce sens, on peut se placer à un double point de vue :

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

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

Quelle est la position du droit marocain ?

Le droit marocain consacre les deux conceptions. Le droit commercial est à la fois celui des actes de commerce et des professionnels du commerce. Autrement dit, pour l'acquisition de la qualité de commerçant et l'application par là-même du droit commercial, il faut non seulement accomplir des actes de commerce, mais aussi que l'exercice soit habituel ou professionnel « ... la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel ou professionnel des activités suivantes... » (art. 6 et 7 du C.Com.). La conception permet en fait d'exclure les actes isolés.

Théorie générale des actes de commerce

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

Les articles 6 et 7 du code de commerce énumèrent les activités conférant la qualité de commerçant. Mais en raison de l'impossibilité de prévoir toutes les activités, et pour permettre l'intégration d'autres qui peuvent naître de la pratique du commerce, l'article 8 a également

prévu les activités assimilées à celles énumérées aux articles 6 et 7 . C'est au juge d'épingler les similitudes selon chaque cas. En ce sens, la doctrine et la jurisprudence ont mis en place des critères pour distinguer les activités commerciales des activités civiles. Ceux-ci reposent sur des considérations économiques et juridiques.

Classification des actes de commerce

La qualité de commerçant procède de la pratique réitérée d'actes de commerce. Il n'y a pas de classement juridique des actes de commerce. La loi se contente de présenter la liste des activités dont l'exercice habituel ou professionnel confère la qualité de commerçant. Ces actes peuvent être classés en différentes catégories

A. Les actes qui sont par leur nature même des actes de commerce. Ce sont les actes de commerce par nature (domaine de la commercialité objective)

B. Il existe des actes qui sont par leur nature civils, mais qui deviennent des actes de commerce parce qu'ils sont faites par le commerçant pour les besoins de son commerce. Ces actes sont appelés des actes de commerce par rattachement (domaine de la commercialité subjective).

C. Les actes de commerce pour lesquels seule la forme compte. Ce sont les actes de commerce par la forme.

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

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

A. Les actes de commerce par nature :

Ces actes sont énumérés aux articles 6 et 7 du code de commerce. Ils sont au nombre de vingt. Le code se contente de présenter les activités dont l'exercice habituel ou professionnel permet d'acquérir la qualité de commerçant. Il est possible de répartir ces activités selon leur nature en trois catégories :

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

a. L'extraction

L'extraction constitue un point de départ dans le processus de circulation des richesses. L'article 6, alinéa 4 a limité ces activités à " la recherche et l'exploitation des mines et des carrières ". Avant le code de 1996, on distinguait entre les actes portant sur les mines et ceux liés aux carrières. Seuls les premiers étaient considérés comme actes de commerce. Cette distinction n'est plus retenue aujourd'hui puisque les deux types d'activités font appel à des moyens matériels et financiers intéressants.

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

b. La transformation

La transformation englobe un domaine plus vaste. On peut distinguer :

**** L'activité industrielle ou artisanale (art. 6, al. 5)**

le code semble mettre les deux activités sur un pied d'égalité. Le caractère commercial de l'activité industrielle n'est pas remis en cause. Celle-ci est à entendre comme toutes activités portant sur des produits qui ont fait l'objet d'un achat avec intention de revendre après transformation. Peu importe d'ailleurs que les produits de base qui ont fait l'objet de transformation aient été achetés ou non.

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

Peut-on considérer l'agriculteur comme commerçant ?

Le code ne s'est pas intéressé à la question de savoir si la transformation portant sur la production agricole confère la qualité de commerçant. Il faut en fait prendre en considération les capacités et les moyens mis en œuvre par l'agriculteur. Si celui-ci opère dans le cadre d'un projet industriel important, l'activité sera considérée comme commerciale. Si la production et la transformation se font dans un cadre restreint et avec des moyens traditionnels, il n'y a pas lieu de considérer que l'activité est commerciale. La définition de l'artisan est donnée par le dahir n°1-63-194 du 28 juin 1963 concernant le règlement des chambres d'artisanat. Le législateur marocain, à la différence du français, n'exige pas la détention d'un « certificat de qualification professionnelle » pour se prévaloir du titre d'artisan.

****Les actes liés à l'imprimerie et à l'édition (art. 6, al. 11)**

« l'imprimerie et l'édition quels qu'en soient la forme et le support » sont des actes de commerce.

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

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

**** Les opérations portant sur les navires et les aéronefs et leurs accessoires (art.7, al.1)**

ces opérations sont à considérer de manière assez large : construction des navires et des avions et tous ce qui peut avoir une relation avec l'activité, y compris l'achat des navires et des avions pour les revendre. Il faut qu'il y ait volonté ou intention de réaliser un profit sur la base d'une vente ou d'un investissement commercial.

2. Les activités liées à la distribution

Cette catégorie est la plus importante dans le monde du négoce, et qui confère le plus souvent à la personne la qualité de commerçant ; les activités concernées par les articles 6 et 7 se rapportent dans leur majorité à cette catégorie :

a. Achat de meubles corporels ou incorporels en vue de les revendre ou de les louer (art. 6 al. 1)

Trois conditions sont exigées :

- Réalisation d'une opération d'achat
- Achat de meubles : l'opération d'achat n'est considérée à ce niveau que si elle porte sur un meuble. Peu importe qu'il s'agisse d'un meuble corporel (voiture, machine...) ou incorporel (droit de la propriété artistique ou littéraire, droit de la propriété industrielle...). L'achat peut également porter sur un meuble en considération de sa destination (achat d'un arbre pour vendre son bois, achat des fruits sur l'arbre pour les vendre...)
- Achat en vue de revendre ou de louer : l'achat doit avoir comme objectif de revendre ou de louer. L'intention est primordiale à ce niveau. Elle est au centre de la distinction entre l'achat commercial et l'achat civil. Si l'achat a pour objectif l'utilisation ou la consommation personnelle, il s'agit alors d'un acte civil. Le meuble peut faire l'objet d'une transformation avant de le revendre ou le louer à condition toutefois que les modifications n'aient pas les caractères d'une industrie de transformation. Parce que dans ce cas, on sera plutôt dans le cadre d'une activité industrielle.

b. Location de meubles en vue de leur sous-location (art. 6, al.2)

Le code marocain de 1913 n'a pas prévu ces opérations. C'est une innovation du code de 1996. Trois conditions sont exigées :

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

c. Achat d'immeubles en vue de les revendre en l'état ou après transformation (art.6 , al.3)

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

- Achat de l'immeuble avec acquisition du droit de la propriété foncière : la vente d'immeuble qui n'a pas été acheté ne rentre dans ce cas. La vente d'un immeuble reçu suite à un héritage ne permet pas d'acquérir la qualité de commerçant. Il y a en fait absence de l'élément spéculation à ce niveau. L'immeuble peut par ailleurs être immatriculé ou non. Peu importe également qu'il soit construit ou non
- Vente de l'immeuble en l'état ou après transformation : en cas de transformation, la nature des travaux importe peu. L'intention de réaliser un profit est plus importante. Si on achète par exemple un immeuble pour l'offrir en tant que don, on n'est plus dans le cadre du cas prévu par le code.

d. Exploitation d'entrepôts et de magasins généraux (art. 6, al. 10)

C'est une innovation du code de 1996. Ce sont des lieux mis par les propriétaires à la disposition des personnes qui veulent déposer leur marchandise en contrepartie d'un prix à convenir. Ces dépôts sont constatés par des récépissés datés et signés, extraits d'un registre à souches

et délivrés aux déposants. Ces récépissés peuvent être transférés par voie d'endossement (art. 342 du C.Com.). Leur transfert vaut transfert de propriété de la marchandise. Le dépôt peut également être constaté par les warrants. Ceux-ci reprennent le prix de la marchandise déposée. La personne qui possède le récépissé ne peut récupérer la marchandise qu'après paiement de la créance garantie par le warrant.

e. Fourniture de produits et services (art. 6, al. 14)

L'activité a été prévue par l'article 2 du code de commerce de 1913 . Seulement, elle a été conditionnée par l'exercice dans le cadre d'une entreprise. Il s'agit de fournir suivant un rythme convenu à l'avance soit des marchandises ou des produits (repas aux écoles, parier à l'imprimeur...), soit des prestations de services (réparation de machines, livraison de journaux...)

f. Vente aux enchères publics (art. 6, al. 16)

L'activité a été prévue par l'article 2 du code de 1913 . Il s'agit de toutes ventes ouvertes au public ou à une catégorie de personnes. L'objectif du législateur est de protéger les personnes qui font des affaires avec les organisateurs de ce genre d'activité. Ce sont en général des entreprises qui exploitent des salles de vente.

Celui qui s'adapte le bien à la fin de la vente n'est pas forcément un commerçant. Aussi bien le commerçant le non commerçant peut participer à ce type de vente. Quand la personne participe de manière habituelle aux ventes avec l'intention de revendre les marchandises, elle a la qualité de commerçant.

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

3. Les activités liées aux services

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

a. Services financiers (art. 6, al. 7-8)

**** Les opérations bancaires**

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

**** Les opérations d'assurances**

A la différence du code de 1913 qui a prévu uniquement l'assurance maritime, celui de 1996 n'a pas fait de distinction entre assurances maritime, terrestre et aérienne. Le législateur a à ce niveau essayé de répondre à des besoins immédiats en suivant l'évolution de l'activité commerciale. A la fin du 19^{ème} siècle, le transport se faisait en grande partie par la voie maritime. Par conséquent, l'assurance maritime était la plus utilisée.

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

Dans le même ordre d'idées, il faut aussi relever que les sociétés de banque, de crédit, d'assurance et d'investissement ne peuvent adopter la forme d'une société à responsabilité limitée (art. 44 de la loi n° 5-96 du 13/02/97 sur les différentes sociétés autre que la société anonyme)

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

**** Les opérations de bourse**

Le code de commerce n'a pas prévu explicitement ces opérations. Il a évoqué les transactions financières. Ces opérations se font dans le cadre du marché financier.

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

**** Les opérations des sociétés de financement**

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

b. Services sociaux et de divertissement

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

L'activité a été prévue par le code de 1913, mais devait se faire dans le cadre d'une entreprise. Il s'agit de toutes les activités qui ont pour objectif de divertir le public moyennant un prix. Il est donc indispensable que le bénéfice du spectacle soit subordonné au paiement d'un ticket par exemple. L'on intègre dans ce cadre le cinéma, le théâtre, les salles de musique et de danse, les cirques... Ce qui exclut certains spectacles

Les Eléments du Fonds de Commerce

I) Introduction

La notion de fond de commerce est difficile à cerner. D'une manière approximative elle évoque la boutique dans laquelle le commerçant exerce son activité.

Or la notion de fonds de commerce est infiniment plus large : une usine, un bureau, un magasin à grande surface sont ou peuvent être- des fonds de commerce.

II) Définition

« Le fonds de commerce est un bien meuble incorporel constitué par l'ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice d'une ou de plusieurs activités commerciales »

Art. 79 du Dahir n° 1-96-83 portant promulgation de la loi n° 15-95 formant Code de Commerce.

« Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage. » Art. 80.

Autrement dit c'est l'ensemble des éléments mobiliers corporels (matériel et outillage, marchandises) et incorporels (droit au bail, nom, enseigne...) qu'un commerçant ou un industriel groupe et organise en vue de la recherche d'une clientèle.

III) La nature juridique du fonds

La nature juridique du FDC fait l'objet de controverses nombreuses. Toutefois, selon l'opinion dominante, le fonds doit être considéré comme une universalité de fait et comme un meuble incorporel.

1) Un meuble incorporel

Le fonds de commerce est composé d'un certain nombre d'éléments servant à son exploitation. Ces éléments sont tous des biens meubles, mais plusieurs d'entre eux sont des meubles corporels. Cependant, le législateur n'attache pas d'importance aux éléments qui composent le fonds car il n'a déterminé ces éléments qu'en vue de l'exercice des privilèges du vendeur du fonds et du créancier nanti. En effet, ces biens sont réunis dans la même main en vue de l'exploitation du fonds. C'est leur union qui donne au commerçant la possibilité de retenir une clientèle. Or, la clientèle n'a pas de réalité physique et représente un bien incorporel.

Dès lors, le fonds de commerce –faute de caractère corporel de la clientèle – est un **meuble incorporel**. C'est aussi un **meuble singulier** puisque son transfert donne lieu à publicité.

Le fonds est-il une universalité juridique ?

Universalité juridique ou de droit

Un ensemble de biens formant un actif et un passif corrélatifs au sein duquel fonctionne la subrogation réelle.

Le patrimoine est une universalité juridique

- il comprend un actif et un passif ;
- l'actif répond du passif : soumission au droit de gage général dans son ensemble et au moment où s'exercent les poursuites ;
- le solde en valeur nette (+, -, 0) reste en toute hypothèse attaché à la personne.

2) Universalité de fait

Un tout qui est distinct des éléments qui le composent.

Qu'en est-il du fonds de commerce ?

Le fonds de commerce n'est pas une universalité juridique, puisque les créances et dettes relatives au fonds ne sont pas isolées du patrimoine de l'exploitant, elles s'incorporent aux autres créances et dettes de ce dernier.

Il en irait autrement si le droit marocain reconnaissait le concept de **patrimoine d'affectation**. Or celui-ci consacre le principe de l'unité du patrimoine. Ainsi, il n'existe pas de créanciers dont le gage soit restreint au fonds de commerce et aucune préférence n'est accordée aux créanciers commerciaux par rapport aux créanciers civils. Ces derniers peuvent faire vendre le fonds de commerce pour obtenir le recouvrement de leurs créances autant que les créanciers commerciaux.

« Faute d'universalité juridique, on se rabat sur l'idée d'universalité de fait. Mais cette théorie ne fait que constater une union des éléments, qui est dénuée de conséquences juridiques et rapproche le fonds d'un *troupeau de moutons*, autre universalité de fait.

Il faut cependant observer qu'il existe des signes qui peuvent entraîner un changement de conception, notamment par l'émergence du concept de **cession d'entreprise** et la création législative des **entreprises unipersonnelles** – Dahir n° 1-97-49».

3) Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?

« Une entreprise qui exerce son commerce par le biais d'un réseau de communication électronique (Internet, WAP), dispose-t-elle d'un fonds de commerce ? Dans l'affirmative, peut-on considérer que ce fonds de commerce, que nous qualifions de virtuel –par opposition à présentiel –, est différent d'un fonds de commerce classique ?

La question n'est pas sans intérêt pratique. En effet, la qualification de fonds de commerce entraîne plusieurs conséquences juridiques, puisqu'elle permet en particulier de grever le fonds d'un gage, et a des répercussions fiscales en cas de cession.

La question s'inscrit aussi dans l'actualité de ce qu'il est convenu d'appeler la "nouvelle économie" : des sites se vendent à coup de millions d'euros sans que la cession n'ait nécessairement lieu par le biais de la vente des actions de la société qui en est propriétaire».

La définition essentialiste du fonds de commerce ne s'oppose manifestement pas à la consécration de l'existence d'un fonds de commerce qui ne serait que numérique.

En effet, tout site de commerce électronique ouvert au public est bien un fonds de commerce en ce sens qu'il est destiné à créer et développer une clientèle, et ce indépendamment d'autres éléments matériels (matériel informatique par exemple) ou incorporels (brevets, logiciels, etc.).

A quelle catégorie appartiennent les clients des sites Internet ?

A priori, l'achalandage semble bien convenir.

En effet, la plupart des visites de sites Internet proviennent d'un bon référencement dans les moteurs de recherche ou dans les autres sites.

Un site bien référencé peut être comparé à un commerce bien situé. Cependant, bien plus que dans le monde *présentiel*, le consommateur est enclin à se déplacer d'un site à l'autre, à la recherche du meilleur prix et/ou du meilleur service. Le réseau offre en effet au consommateur un terrain facile de comparaison des produits ou services vendus.

Pour ces deux raisons, les clients seront donc surtout des clients de passage et d'opportunité.

Cependant, une clientèle *attirée* est aussi envisageable.

En effet, certaines entreprises virtuelles sont amenées à créer des habitudes de consommation, et à donner confiance aux consommateurs, que ce soit par le biais de la mise en place de mécanismes sûrs de paiement, par la qualité de leur service après-vente, par le respect des délais ou encore par leur respect ostensible de la législation (notamment par le biais de l'apposition sur le site de labels de qualité).

Toutefois, le fonds de commerce virtuel présente des caractéristiques originales, dont les principales sont l'absence de droit au bail –du moment que le **contrat d'hébergement**, élément constitutif du fonds, est assimilé à un contrat de location – et le rôle essentiel joué par le **nom de domaine** en tant qu'autre élément constitutif du fonds.

IV) Les éléments du fonds de commerce :

1) Les éléments corporels :

Matériels et outillage:

Ils désignent les objets corporels mobiliers servant à l'exploitation du fonds. Dans certaines activités le matériel présente une importance et une valeur considérables : ils ont plus d'importance dans l'industrie que dans le commerce. Ce mouvement va sans doute s'accroître compte tenu de l'évolution des techniques. A la limite, la possession d'un matériel très spécialisé peut constituer l'élément essentiel du fonds dans la mesure où elle est le plus sûr moyen d'attirer et de retenir la clientèle. Cependant, le matériel n'est pas toujours dans la propriété de l'industriel : lorsque le **propriétaire** est seulement locataire du matériel considéré, c'est l'hypothèse de leasing ou crédit bail, **le matériel n'est pas un élément du fonds de commerce**.

Marchandise :

Ce sont les stocks de matières premières destinés à être travaillés et les produits finis qui attendent d'être vendus (Les objets destinés à être vendus). Cependant, certaines marchandises, bien que présentes dans les locaux, ne sont pas la propriété du titulaire du fonds. Il s'agit essentiellement des marchandises ayant fait l'objet d'une clause retardant le transfert de propriété à l'acquéreur jusqu'au complet paiement du vendeur. La présence de ces marchandises peut donner au commerçant une apparence de solvabilité trompant ainsi ses créanciers.

Remarque : les marchandises se distinguent du matériel non pas par leur nature mais par leur destination. Ainsi une machine à écrire sera marchandise si le fonds vend du matériel de bureau, et matériel dans les autres cas. La distinction devient donc impossible lorsque le commerçant utilise pour l'exploitation de son fonds des objets semblables à ceux qu'il met en vente.

2) Les éléments incorporels:

Clientèle et achalandage:

Les premiers éléments du fonds sont la clientèle et l'achalandage, c'est-à-dire l'ensemble des personnes qui se fournissent chez un commerçant ou qui ont recours à ses services. Ces deux substantifs n'ont pas la même signification:

- ✚ Le mot clientèle désigne soit les personnes qui sont liées au commerçant par un contrat d'approvisionnement (clientèle captive) soit celles qui s'adressent à lui pour des raisons de confiance ou d'habitudes (clientèle attirée).
- ✚ Le mot achalandage vise les clients de passage qui sont attirés par un emplacement favorable mais n'effectuant que des achats occasionnels.

Néanmoins cette distinction n'a pas de conséquences juridiques car dans le commerce de détail, il est souvent difficile de savoir si l'on est en présence d'un simple chaland ou d'un client régulier.

La clientèle représente l'essentiel du Fond de Commerce ou plutôt l'obligatoire d'après l'Article 80, parce qu'elle apparaît comme la finalité de l'exploitation commerciale. Un Fond de Commerce ne peut se concevoir sans clientèle : elle permet la production de son chiffre d'affaires et détermine sa rentabilité.

➤ Les caractères de la clientèle :

1. Elle doit d'abord être **commerciale**. Ce caractère sera apprécié par référence aux actes qui seront conclus. Ainsi, à titre d'exemple, dans un cabinet médical, la clientèle n'est pas commerciale parce que le cabinet n'est pas un fond de commerce en raison de la civilité de l'entreprise.
2. Elle doit, ensuite, être **personnelle** (*propre au fond de commerce*) ;
3. Elle doit enfin être **licite** : toute exploitation à caractère prohibé ne peut pas donner naissance à un fonds.

Il est donc évident que tout mouvement du fond sous-tend le mouvement de la clientèle. De ce fait, toute vente de fond à une société implique la vente de la clientèle.

Mais comment apprécier ce transfert ?

On sait que la clientèle s'appuie obligatoirement sur des éléments concrets qui contribuent à l'attirer et à la fidéliser. Ces éléments qui servent de ralliement de la clientèle varient d'un fond à l'autre en fonction de l'activité du commerçant du fait de l'absence d'uniformité dans l'agencement des fonds de commerce dus à la variété des secteurs d'activité.

Exemples :

- Le commerce de détail : la cession de l'enseigne équivaut à la cession du fond lui-même.
- Une boutique de quartier : la cession du droit au bail vaut la cession du fond.
- Une entreprise de distribution d'essence : la cession de la licence d'exploitation vaut cession du fonds.

4. Nature juridique de la clientèle :

La loi considère que la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce, en effet sans clientèle il ne peut y avoir de commerce puisque les marchandises produites ou achetées ne peuvent être revendues.

Dans un régime de liberté de la concurrence, 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. La clientèle n'est donc rien, sinon un espoir. Elle a un caractère beaucoup moins précis que les autres éléments. Elle est également le but poursuivi par le commerçant ; tous les autres éléments sont des moyens de parvenir à cette fin, en attirant, en retenant ou en développant la clientèle. L'ambiguïté du fonds de commerce vient de là, toute la construction repose sur un fondement quasi inexistant : c'est un colosse au pied d'argile.

Le droit au bail

C'est un droit qui permet au commerçant locataire d'exercer le commerce de façon libre dans un local qui ne lui appartient pas.

Son importance réside dans le fait:

- qu'il permet au commerçant locataire d'exercer le commerce sans crainte d'être expulsé;
- le commerçant locataire peut céder le droit au bail et donc transférer le local à un nouveau acquéreur contre le gré du propriétaire.

Cependant, le propriétaire du lieu peut récupérer le local dans les situations suivantes:

- versement d'une indemnité d'éviction;
- non-paiement du loyer par le commerçant;
- exercice d'une activité illicite par le commerçant;
- modification de la structure du local par le commerçant;
- exercice d'une activité autre que celle convenue au départ par le commerçant;
- le local présente des insécurité pour les tiers.

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

Nom commercial:

C'est l'appellation sous laquelle le commerçant, personne physique ou société exerce son activité. Il peut être cédé avec le fonds car étant un moyen d'attirer et de retenir la clientèle, il a une valeur patrimoniale.

Le nom commercial désigne le fonds de commerce et ne se confond pas avec le nom de l'entrepreneur bien qu'en pratique, les deux soient souvent identiques. En effet, le régime juridique du nom commercial et du nom patronymique est différent ;

Le nom commercial peut également être apposé sur les produits fabriqués ou vendus. Quand ce nom est apposé sur les produits, il joue un rôle voisin à celui de la marque, mais la marque n'est valable que si elle a été déposée alors que le nom commercial n'est pas soumis à cette formalité.

A ce sujet, une observation doit être faite : en principe, il est impossible de poursuivre pénalement celui qui, sur ses papiers de commerce, utilise le nom commercial d'autrui. En revanche, lorsqu'il y a apposition du nom commercial sur les produits, il existe une action pénale possible.

Les questions soulevées par le nom commercial ne concernent en pratique que l'imitation ou le plagiat.

L'enseigne

Il consiste en une inscription, une forme ou une image apposée sur un immeuble et se rapportant à l'activité qui s'y exerce. Elle est le moyen d'individualiser l'établissement où le fonds est exploité, elle est une sorte de mot de passe ou de signe de ralliement permettant d'entrer en contact avec la clientèle. Elle peut être soit le nom commercial lui-même soit une dénomination de fantaisie soit un emblème

L'enseigne mode d'individualisation du fonds ne doit pas être confondue avec la marque qui est un procédé d'identification des produits fabriqués ou vendus par l'entreprise

Les droits de propriété industrielle

La propriété industrielle est constituée par le droit exclusif qui est conféré moyennant certaines formalités à un commerçant. Ces droits sont les brevets d'invention, les dessins et modèles, les marques de fabrication. Et chacune de ces propriétés incorporelles est soumise à un régime juridique propre et à des modalités de protection qui sont au nombre de deux : l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale.

Il arrive que cet élément se confonde avec les précédents. En effet pour accroître l'efficacité de sa publicité le commerçant utilise parfois les mêmes termes comme nom commercial, enseigne et marque.

Autres éléments incorporels

- ✓ Autorisation administrative : Il s'agit d'innombrables licences et autorisations administratives exigées pour l'exercice de nombreuses activités commerciales notamment les transports, la pharmacie, les débits de boissons....Elles sont délivrées pour l'exploitation d'un fonds déterminé et ne se confondent pas avec les autorisations d'exercer une activité en général accordées à une personne en raison de son aptitude professionnelle (diplômes, carte professionnelle.....)

Théoriquement, ces licences et autorisations ont un caractère personnel et sont dépourvus de valeur pécuniaire. Ils sont accordés par l'administration compte tenu de la qualification professionnelle du requérant ou de l'utilité de l'exercice de l'activité présente pour l'activité.

Elles ne devraient pas faire partie du FDC car elles ne constituent pas à proprement parler des biens.

Malheureusement, l'administration tend à agréer automatiquement la personne présentée par le précédent titulaire de l'autorisation dès lors que l'intéressé remplit les conditions requises pour l'exercice de l'activité. Or, pour présenter son successeur, le commerçant exige un prix souvent important.

Les licences et les autorisations prennent donc peu à peu un caractère patrimonial, créant ainsi des rentes de situations qui sont injustifiées et qui mettent obstacle à l'installation des jeunes commerçants. L'espoir demeure cependant permis car ces licences et autorisations sont le plus souvent incompatibles avec le principe de la libre concurrence.

La vente du fonds de commerce

Le fonds de commerce étant souvent le seul bien important du commerçant, sa vente clandestine ou rapide priverait les créanciers de leur gage. Le législateur a donc organisé les conditions de la vente et la protection des créanciers du vendeur.

Semblable transfert suscite également l'inquiétude du vendeur et de l'acheteur. C'est pourquoi le législateur s'est également préoccupé de l'acquéreur en exigeant que le contrat contienne certaines mentions de nature à éclairer ce dernier sur la valeur du fonds et a accordé au vendeur des garanties contre une éventuelle insolvabilité de l'acquéreur de son fonds.

a. les conditions de fonds à savoir : le consentement, la capacité, l'objet et la cause

- **le consentement** : le vice du consentement peut résulter de l'erreur, du dol ou de la violence.

En effet, l'objet du contrat étant une propriété incorporelle, c'est à dire un droit de clientèle, il est facile de se tromper ou de se laisser tromper sur l'importance de cette clientèle. Ainsi, l'erreur sur la valeur du fonds est prise par le législateur qui accorde une réduction du prix de vente lorsque des mentions sur l'acte de vente sont inexacte (Art. 82). En cas de dol – *au cas où une mention est inexacte ou inexistante, exemple l'indication d'un nantissement* – le même texte permet à l'acquéreur de demander la nullité du contrat.

« Lorsque l'une des mentions prescrites à l'article précédent ne figure pas dans l'acte de vente, l'acheteur peut demander l'annulation du contrat si l'absence de cette mention lui a porté préjudice.

Lorsque les mentions figurant à l'acte sont inexactes, l'acheteur peut demander l'annulation du contrat ou la réduction du prix si l'inexactitude des mentions lui a porté préjudice.

Dans les deux cas, l'action doit être intentée dans un délai maximum d'un an à compter de la date de l'acte de vente » – Art. 82 du Code de commerce

- **La capacité** : elle s'apprécie du côté du vendeur et de l'acheteur.

L'acquéreur va devenir commerçant et une personne qui n'a pas la capacité de faire le commerce ne peut donc pas acquérir un fonds (une personne déchue par exemple).

Concernant la vente ou l'achat d'un fonds de commerce par un mineur, ces deux opérations doivent obéir aux conditions posées par l'article 14 du Code de commerce.

« Le tuteur testamentaire ou datif ne peut exploiter les biens du mineur dans le commerce, qu'après autorisation spéciale du juge conformément aux dispositions du code du statut personnel.

Cette autorisation doit être inscrite au registre du commerce u tuteur testamentaire ou datif » – Art. 14

- **L'objet** : il est composé de deux éléments, à savoir le fonds et le prix.

La chose cédée est un fonds de commerce. Le Code de commerce ne détermine pas les éléments obligatoirement compris dans le fonds de commerce, mais lorsqu'ils existent, ils doivent être mentionnés avec leur prix d'acquisition.

Le vendeur ne peut prétendre vendre un fonds de commerce s'il exclut l'élément principal qui retient la clientèle.

La cession du bail peut être cet élément. Cependant, le vendeur n'est pas obligé de consentir un bail à l'acquéreur si le local était sa propriété. C'est pourquoi l'article 81 n'envisage le droit au bail que s'il existe.

« Toute vente de fonds de commerce ainsi que tout apport en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation est constatée par acte en la forme authentique ou sous seing privé. Le montant de la vente est déposé auprès d'une instance dûment habilitée à conserver les dépôts.

Cet acte mentionne :

- 1) Le nom du vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition, le prix de cette acquisition en spécifiant distinctement les prix des éléments incorporels, des marchandises et du matériel ;
- 2) L'état des inscriptions des privilèges et nantissement pris sur le fonds ;
- 3) **S'il y a lieu**, le bail, sa date, sa durée, le montant du loyer actuel, le nom et l'adresse du bailleur ;
- 4) L'origine de la propriété du fonds de commerce » – Art. 81

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

b. le prix de vente

Il résulte de la négociation entre les parties.

Le prix peut être global, mais s'il n'est pas payé au comptant, il faut – pour la conservation du privilège du vendeur – fixer trois prix différents pour les éléments incorporels, pour le matériel et pour les marchandises.

« ... Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds de commerce, le matériel et les marchandises.

Le prix suscite des difficultés au regard de son caractère sincère. La dissimulation d'une partie du prix est pratiquée dans les ventes de fonds, tant pour diminuer le montant des droits de mutation que pour soustraire une partie du prix aux créanciers d'un vendeur insolvable.

Pour éviter cette dissimulation, le dahir du 24 décembre 1958 formant Code de l'enregistrement, applicable à la vente du fonds de commerce comme à celle des immeubles, sanctionne la dissimulation du prix par la nullité de la contre-lettre¹ et la vente reste valable. Ainsi, le vendeur ne peut réclamer le complément du prix et l'acquéreur qui a payé une partie du prix dissimulé ne peut se le faire restituer. Par ailleurs, l'article 15 du dahir visé sanctionne toute dissimulation dans le prix d'une amende représentant le ¼ de la somme dissimulée.

c. Les conditions de forme

La vente commerciale peut être prouvée par tous modes de preuve.

« En matière commerciale la preuve est libre. Toutefois, elle doit être rapportée par écrit quand la loi ou la convention l'exigent » – Art. 334

Cependant, l'article 81 impose l'insertion de certaines énonciations dans l'acte de vente. Il en résulte que la rédaction d'un acte est indispensable pour la formation du contrat. En plus, l'écrit doit être dressé pour permettre la publicité et l'inscription de l'acte au registre du commerce (Art. 83). Il est également indispensable pour l'inscription du privilège du vendeur, si le prix n'est pas payé au comptant (Art. 91).

Cette disposition n'est pas sanctionnée par la nullité absolue qui est la sanction d'une règle de forme. C'est une nullité relative car elle ne peut être demandée que par l'acquéreur et dans le délai relativement court d'une année à compter de la date de l'acte (Art. 82).

B - Les garanties dues par le vendeur

Outre l'obligation de délivrance du fonds, laquelle résulte de la publicité des mutations, le vendeur a des obligations de garanties :

- exactitude des mentions obligatoires
- garantie du fait personnel – clause de non rétablissement

Consiste à ne rien faire qui puisse troubler l'acquéreur dans l'exercice des droits qui lui ont été transmis. Le vendeur a l'obligation de ne pas se rétablir dans des conditions telles qu'il pourrait conserver une partie de son ancienne clientèle.

Il est cependant impossible de lui interdire toute activité commerciale. C'est pourquoi il est nécessaire de déterminer l'étendue dans le temps et dans l'espace de cette interdiction. Pour cela, les parties insèrent souvent dans le contrat une clause de *non rétablissement* qui est valable si elle est limitée dans un secteur d'activité ou dans un espace ou dans le temps.

- garantie d'éviction

¹.

Elle interdit au vendeur d'entraver la jouissance de l'acquéreur et, notamment, de vendre une seconde fois le même fonds ou de le mettre en location.

- garantie des vices cachés

Cette garantie existe dans toutes les ventes et il faut apprécier le vice d'après la nature de la chose vendue.

L'objet de la vente étant les éléments de nature à retenir la clientèle, on ne saurait retenir les vices affectant seulement un des éléments vendus, par exemple l'outillage. Il faut que le vice caché soit de nature à diminuer la clientèle. Ainsi, le prix serait-il réduit ou la vente résolue si le fonds est atteint d'un vice le rendant impropre à l'usage auquel il était destiné : *mesure administrative de fermeture, connue du vendeur mais tue à l'acheteur* par exemple.

C - paiement du prix par l'acquéreur

L'acquéreur qui est tenu de payer le prix au comptant doit attendre l'expiration du délai donné aux créanciers des vendeurs pour faire opposition, car tout paiement anticipé serait inopposable à ceux-ci (Art.89).

« L'acquéreur qui, sans avoir fait, des les formes prescrites, les publications, ou qui, soit avant l'expiration du délai de quinze jours, soit au mépris des inscriptions ou oppositions aura payé le vendeur, n'est pas libéré à l'égard des tiers » – Art. 89

Le montant de la vente est donc déposé chez un intermédiaire (notaire ou agent d'affaires) qui le conserve jusqu'à expiration du délai d'opposition (Art. 81).

Lorsque le paiement du prix se fait à crédit, l'acquéreur peut régler le prix de vente en signant des billets de fonds à échéances successives.

- privilège du vendeur

Dans le cas d'une vente à tempérament, le législateur accorde au vendeur des garanties pour le paiement du prix : il bénéficie d'un *privilège* sur le fonds et qui suppose un formalité : son inscription dans les quinze jours de la vente (Art. 92). En vertu de ce privilège, le vendeur du fonds prime les créanciers de l'acquéreur ayant obtenu un nantissement sur le fonds acheté. Que le fonds soit revendu par l'acheteur ou saisi et vendu judiciairement par les créanciers nantis de ce dernier, le vendeur initial, qui n'a pas été intégralement payé du prix, récupérera la valeur de sa créance sur le prix de vente du fonds, et ce, avant les autres créanciers.

Mais le privilège ne porte pas indifféremment sur tous les éléments du fonds de commerce. Le Code de commerce organise ce privilège par le sectionnement du prix de vente en 3 parties. Le privilège couvre successivement la partie du prix représentative des marchandises, puis celle afférente au matériel et enfin celle relative aux éléments incorporels (Art. 91). Ainsi, le prix payé par l'acheteur s'impute en premier sur les marchandises, en second lieu sur le matériel et en troisième lieu sur les éléments incorporels. En fin de période de paiement, le privilège ne joue donc plus que sur les éléments incorporels et si le fonds est vendu judiciairement, ce n'est que sur la partie du prix représentative des éléments incorporels que le privilège pourra être exercé.

« L'inscription doit être prise, à peine de nullité, dans le délai de quinze jours à compter de la date de l'acte de vente, à la diligence du vendeur.

Elle prime toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur.

Elle est opposable au redressement et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur » – Art. 92

Le privilège ne porte que sur les éléments du fonds de commerce énumérés dans la vente et dans l'inscription, et, à défaut de désignation précise, que sur le nom commercial et l'enseigne, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds de commerce, le matériel et les marchandises.

Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente relatifs aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds.

Nonobstant toute convention contraire, les paiements partiels autres que les paiements comptants, s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel.

... » – Art. 91

- action résolutoire de la vente

Au privilège, s'ajoute, pour le vendeur impayé, une autre protection : la faculté d'obtenir la résolution de la vente.

Cette faculté est conditionnée par l'inscription du privilège, publicitaire de nature à informer les tiers (Art. 99).

Dès lors, si le débiteur ne paie pas aux échéances convenues et si le créancier – vendeur du fonds – avait pris soin d'inscrire le privilège, il pourra solliciter la résolution de la vente.

Pour éviter les délais inhérents à une action en justice, les contrats comportent souvent une clause résolutoire.

La résolution emporte restitution du fonds et remboursement de la fraction du prix payé.

« L'action résolutoire pour défaut de paiement du prix doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription du privilège prévue à l'article 92. Elle ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège. Cette action est limitée aux seuls éléments qui font partie de la vente » – Art. 99

• conditions de l'action résolutoire

L'action résolutoire ne peut être admise sans que les créanciers ne soient avertis de son existence. Le Code de commerce a donc imposé sa notification aux créanciers inscrits sur le fonds (Art. 101). Cette notification aux créanciers est également exigée en cas de résolution de plein droit résultant d'une clause du contrat ou si le vendeur obtient de l'acquéreur la résolution à l'amiable. La résolution encourue ou consentie ne deviendra définitive que 30 jours après la notification ainsi faite (Art. 102).

Article 101

Le vendeur qui exerce l'action résolutoire doit la notifier aux créanciers inscrits sur le fond, au domicile par eux élu dans leurs inscriptions.

Le jugement ne intervenir que trente jours après la notification.

Article 102

S'il résulte du contrat une résolution de plein droit ou si le vendeur a obtenu de l'acquéreur la résolution à l'amiable, il doit notifier aux créanciers inscrits, à domicile élu, la résolution encourue ou consentie qui ne deviendra définitive que trente jours après la notification ainsi faite.

En outre, l'action résolutoire doit être limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui font partie de la vente (Art. 99). Autrement dit, elle est limitée aux seuls éléments sur lesquels porte encore un privilège.

- La résolution emporte restitution du fonds

Le vendeur est tenu de prendre tous les éléments du fonds de commerce qui font partie de la vente, même ceux sur lesquels son privilège et son action sont éteints.

« En cas de résolution amiable ou judiciaire de la vente, le vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du fonds de commerce qui font partie de la vente, même ceux sur lesquels son privilège et son action sont éteints.

Il est comptable du prix des marchandises et du matériel existant au moment de sa reprise de possession d'après l'estimation qui en a été faite par expertise contradictoire amiable ou judiciaire, sous déduction de ce qui pourra lui rester dû par privilège sur les prix respectifs des marchandises et du matériel, le surplus, s'il y en a, devant rester le gage des créanciers inscrits et à défaut des créanciers chirographaires » – Art. 100

Quant aux éléments incorporels, la loi ne dit rien, mais il faut admettre que le vendeur doit les reprendre au prix fixé par le contrat de vente même si leur valeur a diminué.

2. la protection des tiers

a. la publicité

La vente intervient alors que les créanciers du vendeur ont des droits sur le fonds de commerce en garantie du paiement de leur créance. Il en est ainsi du vendeur précédent non encore payé et qui a fait inscrire son privilège, du banquier qui a un nantissement sur le fonds de commerce pour garantie du prêt consenti au vendeur, de la société de crédit bail, etc.

Tous ces créanciers ont avantage à être informés de la cession. Ainsi, la publicité de la vente du fonds de commerce est imposée par la loi pour protéger les créanciers du vendeur, notamment ceux qui ne disposent d'aucune garantie de leur créance, en leur permettant de faire opposition pour empêcher le vendeur de toucher le prix.

- l'acte de vente doit d'abord être enregistré pour avoir date certaine ;
- il doit ensuite être déposé dans les 15 jours de sa date au Secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le fonds de commerce ;
- l'acte est inscrit sous forme d'extrait au Registre du commerce par le secrétaire-greffier. L'extrait contient la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, l'indication et le siège des succursales qui peuvent être comprises dans la vente, l'indication du délai pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal;
- l'extrait est publié en entier et sans délai par le secrétaire-greffier, aux frais des parties, au Bulletin Officiel et dans un journal d'annonces légales ;
- une seconde insertion a lieu, à la diligence de l'acquéreur, entre le 8^{ème} et 15^{ème} jour après la première insertion.(Art. 83)

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

Un extrait de l'acte est inscrit au registre du commerce.

L'extrait contient la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, l'indication et le siège des succursales qui peuvent être comprises dans la vente, l'indication du délai fixé par l'article 84 pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

L'extrait inscrit au registre du commerce est publié en entier et sans délai par le secrétaire-greffier, aux frais des parties, au Bulletin Officiel et dans un journal d'annonces légales.

Cette publication est renouvelée à la diligence de l'acquéreur entre le huitième et le quinzième jour après la première insertion » – Art. 83

L'absence ou l'irrégularité de la publicité n'a pas d'influence sur la validité de la vente et le transfert de propriété. Mais elle comporte une sanction très efficace édictée par l'article 89.

En effet, l'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir effectué les publications prescrites, ou avant l'expiration du délai de 15 jours ouvert aux créanciers pour faire opposition, n'est pas libéré à l'égard des tiers. Il sera donc obligé de verser une seconde fois le prix de vente.

b. opposition et surenchère des créances

Les créanciers du vendeur ont un droit exceptionnel. Lorsqu'ils sont avertis par la publicité, ils possèdent un double droit :

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

Article 84 Dans les **quinze jours**, au plus tard, après la seconde insertion, les créanciers du vendeur, que leur créance soit ou non exigible, peuvent former opposition au paiement du prix par **lettre recommandée avec accusé de réception** adressée au secrétariat-greffe du tribunal qui a reçu l'acte ou par **le dépôt** de l'opposition auprès du dit secrétariat **contre récépissé**.

L'opposition doit énoncer, à peine de nullité, le montant et les causes de la créance et contenir une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

Nonobstant toute stipulation contraire, le bailleur ne peut former opposition pour loyers en cours ou à échoir.

Article 94

Pendant le délai fixé à l'article précédent, tout créancier inscrit ou qui a formé opposition dans le délai de quinze jour fixé à l'article 84 peut prendre au secrétariat-greffe du tribunal communication de l'acte de vente et des oppositions et, si le prix de vente est insuffisant pour désintéresser les créanciers visés ci-dessus, former, en se conformant aux prescriptions de l'article 123 et suivants, une surenchère du sixième du prix principal du fonds de commerce non compris le matériel et les marchandises.

▪ L'opposition

- ✓ Elle ne confère aucun privilège aux premiers opposants ;
- ✓ Elle leur permet de demander au juge des référés de séquestrer la partie du prix correspondant à leur créance ;
- ✓ Elle peut déboucher sur la surenchère ;
- ✓ Deux exigences doivent être satisfaites : de *forme* et de *délai* (Art. 84) ;
- ✓ Tout créancier du vendeur, que sa créance soit civile ou commerciale, qu'elle soit exigible ou non peut faire opposition au prix de vente ;
- ✓ Par le biais de l'opposition, la loi a entendu protéger spécialement les créanciers chirographaires ;
- ✓ Une restriction concerne le bailleur qui peut faire opposition pour les loyers échus, mais non pour les loyers en cours ou à échoir, nonobstant toute stipulation contraire ;
- ✓ Les créanciers peuvent faire opposition dès qu'ils ont connaissance de la vente par la première publicité ;

▪ Effets de l'opposition

- ✗ l'acquéreur ne peut pas payer son prix au vendeur pendant le délai de 15 jours donné aux créanciers et tout paiement d'une partie ou de la totalité qui sera fait par l'acquéreur est inopposable aux créanciers ;
- ✗ le vendeur peut se pourvoir en référé dans un délai de 10 jours après le délai fixé pour les oppositions, pour obtenir l'autorisation de toucher le prix malgré l'opposition ;
- ✗ le juge des référés accorde cette autorisation si l'acquéreur mis en cause lui déclare formellement, et sous sa responsabilité personnelle, qu'il n'existe pas d'autres créanciers opposants (Art. 87) ;
- ✗ le vendeur doit verser au tribunal une somme suffisante pour répondre éventuellement des causes de l'opposition (Art. 85) ;
- ✗ l'acheteur n'est pas libéré du prix à l'égard des autres créanciers opposants antérieurs à l'ordonnance, s'il en existe (Art. 87) ;
 - ✓ En cas d'abus d'opposition, c'est à dire si l'opposition est faite sans titre et sans cause, ou si elle est nulle en forme, le vendeur peut se pourvoir en référé pour obtenir l'autorisation de toucher le prix malgré l'opposition. Mais le président du tribunal n'est compétent dans ce cas que s'il n'y a pas instance engagée au principal (Art. 88).
- La surenchère du 1/6
 - ✓ Ce droit permet au créancier, ayant fait opposition, de demander la vente publique du fonds avec une mise à prix supérieur de 1/6 du prix de la vente initiale ;
 - ✓ Le matériel et les marchandises ne sont pas compris ;
 - ✓ La surenchère se calcule uniquement sur la valeur des éléments incorporels (Art. 94) ;
 - ✓ Ce droit protège les créanciers contre le concert frauduleux de l'acheteur et du vendeur s'accordant sur un prix très bas, dont le montant est insuffisant pour satisfaire les créanciers ;

▪ Formalités

- ✗ Pendant les 30 jours suivant la seconde insertion, une expédition ou une copie de l'acte de vente est tenue au secrétariat-greffe du tribunal qui a reçu l'acte, à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit (Art. 93) ;
- ✗ En prenant communication de l'acte de vente et des oppositions, tous les créanciers inscrits ou qui ont fait opposition ont le droit de demander que le fonds soit vendu en justice sur leur surenchère (Art. 94) ;
- ✓ L'existence du droit de surenchère a un caractère préventif, car le créancier ne peut, en fait, surenchérir que s'il est disposé à acquérir le fonds de commerce et s'il peut le faire. En effet, l'arme de surenchère est à double tranchant car si, lors de la vente aucun surenchérisseur ne se présente, c'est le créancier ayant provoqué la mise en vente qui sera déclaré acquéreur (Art. 127) ;

LA LETTRE DE CHANGE

C'est un écrit par lequel une personne (le tireur) donne l'ordre à une autre personne (le tiré) de payer une certaine somme d'argent, à une date déterminée à une troisième personne (le bénéficiaire).

MENTION OBLIGATOIRE

- la dénomination de la lettre de change ;
- le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
- le nom du tiré, c'est à dire celui qui doit payer ;
- l'indication de l'échéance :
 - o à vue,
 - o à jour fixe,
 - o à un certain délai de date,
 - o à un certain délai de vue ;
- le lieu du paiement ;
- le nom du bénéficiaire ;
- la date et lieu où la lettre de change est créée ;
- le nom et la signature du tireur.

SANCTIONS DES IRREGULARITES

Deux cas doivent être distingués :

- 1- les mentions obligatoires ont pu être omises l'article 160 du Code de Commerce énoncent des règles de suppléance légale.
- 2- L'inexactitudes des mentions obligatoires selon les règles de la théorie de simulation : le titre est valable mais la disposition mensongère est inopposable aux tiers, qui peuvent s'en prévaloir.

MENTIONS FACULTATIVES

- 1- la clause de domiciliation ;
- 2- la clause de retour sans frais ;
- 3- clause de non à l'ordre ;
- 4- la valeur fournie par le bénéficiaire au tireur.

CONDITIONS DE FONDS

- le consentement ;
- la capacité ;
- l'objet ;
- la cause ;
- le principe d'indépendance des signatures ;
- les causes de nullité sont inopposables au porteur de bonne foi.

- Absence du consentement
 - o Fausse signature
 - o Signature contrefaite
- En cas vices du consentement la nullité de l'engagement du tireur est inopposable au porteur de bonne foi.
- La capacité
 - o La lettre de change est un acte de commerce par la forme
 - o La nullité de l'incapable est opposable au porteur de bonne foi

CAUSE ET EFFET DE COMPLAISANCE

- L'obligation cambiaire du tireur envers le bénéficiaire a pour cause la créance fondamentale de la valeur fournie qui doit exister, et n'être pas illicite à peine de nullité absolue de l'obligation
 - Pourquoi le tiré s'engage-t-il ?
 - * pour tromper les tiers, concrètement les banquiers susceptibles d'escompter ces titre
- Sanction : Nullité absolue

LES GARANTIES DE LA LETTRE DE CHANGE :

LA PROVISION

- La nécessité de la provision à l'échéance

- La lettre de change est un instrument de crédit ;
- La provision n'est pas une condition de validité du titre
- A l'échéance, la créance doit présenter les caractères requis pour être payée :
 - Suffisante ;
 - Certaine ;
 - Liquide ;
 - Exigible ;
 - Disponible.

LA TRANSMISSION DE LA PROVISION

- La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change avec tous ses accessoires
- Le transfert est immédiat
- Même si la provision faisait défaut, le tiré accepteur ne pourrait plus s'en prévaloir pour se dégager à l'encontre du présentateur au paiement
- L'acceptation suppose provision

L'IMMOBILISATION DE LA PROVISION

- A l'échéance, le droit du porteur sur la provision telle qu'elle existe devient irrévocable ;
- La créance sort du patrimoine du tireur de sorte qu'il ne peut plus en recevoir le paiement et que ses autres créanciers ne peuvent plus s'en emparer.

L'ACCEPTATION DE LA LETTRE DE CHANGE

- Par acceptation le tiré se reconnaît débiteur cambiaire du porteur de la lettre de change
- Le caractère facultatif de la présentation de la lettre de change à l'acceptation du tiré sauf :
 - Si la lettre de change est payable à vue ;
 - Si l'acceptation est interdite par une clause "non acceptable".
- La présentation à l'acceptation est parfois obligatoire
 - Pour l'effet payable à un certain délai de vue qui doit être présenté dans le délai d'un an. Sauf au tireur à modifier.
 - Si le tireur stipule qu'il doit être présenté à l'acceptation.
- le refus d'acceptation entraîne de plein droit la déchéance du terme aux frais et dépenses du tiré, lorsque la lettre de change est créée en exécution d'une convention relative à des fournitures, des marchandises entre commerçants et que le tireur a satisfait aux obligations résultant pour lui du contrat
- L'acceptation est pure et simple mais le tiré peut la restreindre à une partie de la somme ;
- La présentation doit avoir lieu au domicile du tiré ;
- Le tiré peut exiger une seconde présentation le lendemain ;
- En cas de modification par le tiré de la date d'échéance, le porteur peut :
 - Soit considérer qu'il y a refus d'acceptation ;
 - Attendre l'échéance initiale ;
 - Attendre l'échéance proposée.

LE CHEQUE

Le chèque est écrit par lequel une personne appelée le tireur donne l'ordre à un établissement de crédit, appelé tiré, de payer à vue une certaine somme à une troisième personne, appelée bénéficiaire ou à son ordre.

CARACTERISTIQUE DU CHEQUE

- Son régime répond à des mécanismes du droit civil, l'ordre, le mandat de payer.
- Le mandat donné au tiré est irrévocable.
- Le chèque est dépourvue, en soi, de caractère commercial.

- Le chèque est titre de paiement.
- Le chèque est titre de banque.

LA CREATION DU CHEQUE

A/ Les conditions de forme :

- Les mentions obligatoires :
 - La dénomination du chèque ;
 - Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ;
 - Le nom du tiré
 - L'indication du lieu de paiement ;
 - La date et le lieu où le chèque est créé
 - Le nom et la signature du tireur.

LES MENTIONS FACULTATIVES

- Le chèque peut être créé à personne dénommée avec ou sans clause à ordre, ou au porteur.
- La clause interdisant l'endossement.
- Le barrement du chèque.
- La certification.

LES MENTIONS INTERDITES

- Le chèque ne peut comporter d'échéance ;
- Le chèque ne peut comporter une stipulation d'intérêts ;
- Le chèque ne peut comporter de condition
- L'acceptation du chèque est interdite ;
- Interdiction de chèque de garantie.

LES CONDITIONS DE FONDS

- Le tiré doit être un établissement de crédit ;
- Le tireur doit avoir la capacité et les pouvoirs requis ;
- La cause de l'engagement doit être licite ;
- Nul ne peut signer un chèque comme représentant d'une autre personne sans procuration écrite.

LA PROVISION DU CHEQUE

- L'existence de la provision ne figure pas parmi les conditions de validité du chèque ;
- L'exigence de la constitution immédiate de la provision résulte de la nature d'instrument de paiement du chèque ;
- La provision est irrévocable et ne peut faire l'objet d'opposition au paiement sauf en cas de vol ou de perte, utilisation frauduleuse ou la faillite du porteur ;
- Que faire en cas d'opposition pour d'autre cause.

PROPRIETE DE LA PROVISION

L'émission du chèque transfère au bénéficiaire la propriété de la provision c'est à dire :

- Le décès du tireur ou son incapacité survenant postérieurement est sans incidence ;
- Il en est de même de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire contre le tireur ;
- La saisie-arrêt du compte du tireur devait respecter les émissions de chèques antérieurs.

LE PAIEMENT DU CHEQUE

A/ La présentation au paiement :

- Le chèque est payable à vue ;
- Le chèque émis et payable au Maroc doit être présenté au paiement dans un délai de vingt jours ;

- Le chèque émis hors du Maroc et payable au Maroc doit être présenté dans un délai de soixante jours.

ABSENCE D'UNE PROVISION SUFFISANTE

- Soit que le banquier tiré paye ;
- Ou le banquier refuse de couvrir et il y a défaut de paiement.

CONSTATATION DU DEFAUT DE PAIEMENT

- Le refus de paiement doit être constaté par un protêt ;
- Le protêt doit être fait avant l'expiration du délai de présentation ;
- Le porteur doit donner avis à son endosseur et au tireur dans les huit jours ouvrable qui suivent le jour de protêt ;
- Entre endosseur le délai d'avis et de quatre jours.

EN CAS DE PERTE OU DE VOL DU CHEQUE

Celui à qui il appartient peut :

- Poursuivre le paiement sur un second, troisième, quatrième....
- Demander le paiement du chèque et l'obtenir par ordonnance président du tribunal en justifiant sa propriété et en donnant caution.

LE PORTEUR NEGLIGEANT

- IL perd le recours cambiaire sauf les exceptions suivantes :
- Si le tireur qui n'a pas fait provision ;
- La force majeure qui persiste au-delà de quinze jours.

LA PRESENTATION

- Six mois à compter de l'expiration du délai de présentation pour les actions du porteur contre les endosseurs ;
- Les actions des divers obligés les uns contre les autres se prescrivent par six mois à partir du jour où l'obligé a réglé le chèque ou du jour où il a été lui-même actionné ;
- L'action du porteur du chèque contre le tiré se prescrit par un an à partir de l'expiration du délai de présentation.

L'EMISSION DU CHEQUE FAITE DE PROVISION SUFFISANTE

- La procédure d'interdiction bancaire commence par une lettre dite d'injonction obligatoirement adressé au tireur ;
- Le tireur est interdit d'émettre des chèques et qu'il doit restituer les formules en sa possession ;
- La durée de l'interdiction passe de 1 à 10 ans.

QUE FAIRE POUR METTRE FIN A CETTE INTERDICTION ?

- Le tireur doit justifier qu'il a réglé le montant ou a constitué la provision ;
- Qu'il s'est acquitté de l'amende fiscale :
 - 5% pour la première injonction,
 - 10% pour la deuxième injonction,
 - 20% pour la troisième injonction et les injonctions suivantes.

L'EMISSION DE CHEQUE SANS PROVISION

- Emprisonnement d'un à cinq ans ;
- Amende de 200 à 1.000 Dhs sans que cette amende puisse être inférieure à 25% du montant du chèque ou de l'insuffisance de provision ;
- La peine d'emprisonnement pourra être réduite ou supprimée si la provision est constituée ou comblée dans les vingt jours de la présentation ;

- Interdiction judiciaire de 1 à 5 sous peine d'emprisonnement de 1 mois à deux ans et une amende de 1.000 à 10.000 DH.

Entreprise en difficulté

Unitaire jusqu'au terme de la période d'observation -sauf conversion anticipée en liquidation judiciaire-la procédure de redressement judiciaire a vocation de se différencier par l'effet du jugement portant dénouement du sort de l'entreprise.

En toute hypothèse,cette décision est précédée du dépôt du rapport du syndic ,en effet avec le concours du chef de l'entreprise et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts, il doit dresser dans un rapport le bilan financier,économique et social de l'entreprise. Au vu de ce bilan le syndic propose soit un plan de redressement assurant la continuité de l'entreprise ou sa cession à un tiers, soit la liquidation judiciaire. Dès ce dépôt du rapport, et pour permettre au tribunal de prendre une connaissance complète des éléments de la cause, une ultime consultation contradictoire est organisée en chambre du conseil : y sont convoqués le chef d'entreprise, les contrôleurs et les délégués du personnel. Ainsi informé le tribunal rend son jugement en audience publique. Pour l'essentiel, c'est-à-dire quant au parti pris sur le sort de l'entreprise, la décision peut porter sur un plan de continuation qui vise à la poursuite de l'activité de l'entreprise par ses dirigeants, et pouvant proposer des délais et des remises aux créanciers ,C'est au tribunal qu'il appartient de l'homologuer ou de le rejeter.

A- LE LIVRE V DU CODE DE COMMERCE :

Le livre V du code de commerce (loi du 1er août 1996), réservé aux procédures des difficultés de l'entreprise, traduit la dominance de l'approche économique sur celle purement juridique, en appréhendant l'entreprise comme véhicule de création de richesse et d'emploi et non pas uniquement comme un objet de propriété. Plus, le sauvetage de l'entreprise en difficulté, non seulement permet le maintien des emplois et le processus créatif de richesses qu'elle représente, mais prévient une réaction en chaîne négative (difficultés financières) des opérateurs économiques liés à ladite entreprise (fournisseurs, clients, créanciers...).

Aussi, est-il possible, dès une première lecture des titres composant le livre v du code de commerce, avant toute analyse de leurs dispositions, de déduire une volonté claire du législateur de faire du sauvetage de l'entreprise en difficultés sa principale préoccupation. La loi n'intervient plus à posteriori pour protéger les intérêts des créanciers, mais, également et surtout, en amont pour organiser tout un processus de révélation des difficultés et éviter, ainsi, que ces dernières ne deviennent insurmontables et que la situation de l'entreprise ne devienne irrémédiablement compromise. C'est dire que la sphère du droit des procédures collectives s'est étendue en amont, avant que l'entreprise ne soit en cessation de paiements, en revalorisant le rôle du contrat d'une part, et des organes de contrôle de l'entreprise, d'autre part.

B- LE PLAN DE REDRESSEMENT :

Fondé sur l'espérance, étayé d'une survie de l'entreprise, le plan peut en aménager les conditions selon deux modalités principales : celles de la continuation directe de l'entreprise et de ses activités ou celle de la cession; la combinaison des formules, expressément permise (art .603), pouvant constituer une heureuse opportunité. En toute hypothèse, le plan a vocation à circonscrire les conditions d'ensemble de redressement. A ce titre il énonce en particulier les engagements souscrits quand à l'avenir de l'activité, aux modalités de son financement, au règlement du passif antérieur ou aux garanties de ces obligations, et désigne les personnes qui les ont souscrites (dirigeants,banquiers,fournisseurs,créanciers, repreneurs,etc.). Il est opposable à tous sans que, toutefois, les mesures adoptées dans le plan, notamment en cas de continuation, souligne l'intérêt d'en fixer la durée: elle est déterminée par le tribunal sans pouvoir excéder dix ans (art.596).

Conçu, élaboré, médité avec soin, le plan de redressement pourrait néanmoins appeler, à l'épreuve des faits, des aménagements. La loi intègre expressément cette prévision.

Ainsi dispose-t-elle que, sur la demande du chef d'entreprise et le rapport du syndic, le tribunal peut décider « une modification dans les objectifs et les moyens du plan » (art.597).

C- LA CONTINUATION DE L'ENTREPRISE

Elle constitue la solution la plus respectueuse de l'entreprise considérée dans son identité économique, son autonomie fonctionnelle et sa représentation humaine. Cela la rend hautement souhaitable - même au prix de contraintes, restrictions et sacrifices partagés – mais n'en commande pas l'automatisme; car une continuation abusive peut aussi constituer un trouble grave à l'intérêt public économique .Au demeurant, la loi même donne acte d'une certaine exigence d'opportunité et d'adéquation de cette issue aux facultés présentes de l'entreprise et aux perspectives d'une prévision raisonnable.

Elle tient également compte :

- De l'importance des pertes accumulées.
- Des résultats de la gestion pendant la période d'observation.
- De l'attitude des débiteurs à l'égard du projet de plan.

Ce qu'elle traduit en posant comme critère de continuation de l'entreprise qu'il « existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif » (art.592)

La vérification et l'appréciation de ces possibilités cumulatives, pure question de fait, relèvent de la souveraine appréciation du tribunal qui peut aussi, par les dispositions du plan, jouer des mesures d'accompagnement proposées ou esquissées par la loi.

II-Plan de continuation :

Le plan de continuation est un plan de redressement qui vise à la poursuite de l'activité de l'entreprise par ses dirigeants, et pouvant proposer des délais et des remises aux créanciers. C'est au Tribunal qu'il appartient de l'homologuer ou de le rejeter.

A- MESURE DE REDRESSEMENT :

Le tribunal décide la continuation de l'entreprise lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif (art 592). Cette disposition impose au tribunal une analyse approfondie des potentialités de l'entreprise

Le tribunal décide la continuation sur rapport du syndic (art590). En pratique, le tribunal ne disposant pas de compétence financière lui permettant d'analyser profondément le rapport du syndic, donne suite favorable au plan proposé par ce dernier

Le tribunal peut arrêter le plan de continuation même si la vérification des créances n'est pas terminée. La durée du plan est fixée par le tribunal sans qu'elle puisse excéder dix ans (art 596).

1- Eviction des dirigeants :

Le tribunal peut d'office, ou sur demande du syndic, subordonner l'adoption du plan de redressement de l'entreprise au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants.

La mise en œuvre de cette mesure est, toutefois conditionnée par son caractère nécessaire pour la survie de l'entreprise.

A cette fin, le tribunal peut écarter les dirigeants malhonnêtes qui compromettent le redressement.

On constate donc que l'intérêt de l'entreprise prime sur les droits des dirigeants. Plusieurs mesures sont envisageables notamment:

- Remplacer les dirigeants
- Prononcer l'incessibilité des parts ou actions des dirigeants (celle-ci prend fin dès la clôture de la procédure)
- Ordonner la cession des parts et actions des dirigeants à un prix fixé par l'expert.

Ces mesures concernent uniquement les dirigeants, les associés même majoritaires y échappent.

2- La suspension de l'interdiction des chèques:

Lorsque l'entreprise a fait l'objet d'une interdiction d'émettre des chèques en raison de faits antérieurs au jugement d'ouverture, le tribunal peut prononcer la suspension des effets de cette mesure pendant la durée d'exécution du plan et du règlement du passif (art 593). Ladite suspension ne met pas obstacle à l'obligation pour l'entreprise de payer l'amende fiscale prévue par l'article 314 du code de commerce pour émission de chèque (s) sans provision.

La résolution du plan met fin de plein droit à la suspension de l'interdiction.

3- Inaliénabilité de certains biens :

Dans le jugement arrêtant le plan ou le modifiant, le tribunal peut décider que les biens qu'il estime indispensable à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans son autorisation. L'inaliénabilité des biens est inscrite au registre de commerce de l'entreprise (art 594). L'inscription de l'inaliénabilité des biens immeubles à la conservation foncière a, toutefois, été omise. Cette omission risque de soulever des problèmes, dans la mesure où seules les inscriptions portées sur le titre foncier de l'immeuble sont opposables aux tiers.

Dans tous les cas, tout acte passé en violation de cette inaliénabilité est annulé à la demande de tout intéressé présentée dans le délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou de sa publication.

4- Propositions diverses :

Le plan mentionne les modifications statutaires nécessaires à la continuation de l'entreprise.

- L'expérience révèle que les difficultés d'une entreprise sont souvent imputables, dans une mesure significative, à la mauvaise structure de son activité. Aussi le plan peut-il prescrire que la continuation a lieu moyennant l'arrêt, l'adjonction ou la cession de certaines branches d'activités
- Augmentation du capital
- Le redressement peut exiger le licenciement des salariés pour motif économique prévu par le nouveau code de travail en contrepartie d'une indemnisation légale de licenciement.

B-MODIFICATION DU PLAN :

Une modification dans les objectifs et les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal à la demande du chef de l'entreprise et sur le rapport du syndic. Il en résulte que la demande de modification du plan ne peut émaner que du chef de l'entreprise, à l'exclusion de toute autre personne.

Le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé les parties ou toute personne intéressée.

Aucune limite du pouvoir du tribunal de modifier le plan n'est prévue par la loi. Il s'ensuit que seules les limites applicables au plan initial restent en vigueur, comme le délai du plan qui ne peut dépasser dix ans et l'impossibilité d'imposer aux créanciers des remises de dettes (art 598)

C- RESOLUTION DU PLAN :

Si l'entreprise exécute le plan, le tribunal prononce la clôture de la procédure. Par contre, si l'entreprise n'exécute pas ses engagements fixés par le plan, le tribunal peut d'office ou à la demande d'un créancier et après avoir entendu le syndic, prononcer la résolution du plan et décider la liquidation judiciaire.

Les créanciers soumis au plan déclarent alors l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues.

III- L'APUREMENT DU PASSIF:

A – MESURES D'APUREMENT :

L'apurement du passif se fait par l'aménagement des dettes de l'entreprise.

Le syndic envoie une lettre aux créanciers présentant des propositions de remises des dettes. Ces créanciers -résignés aux décisions du tribunal- se doivent de répondre à lettre soit par refus ou acceptation. Au-delà du délai de 30 jours, tout silence équivaut à acceptation.

Les termes d'échéances des créances sont fixés par le tribunal et non pas par les créanciers.

Dans le 1er cas: Quand les créanciers acceptent la remise, le tribunal donne acte des délais et remises accordés par les créanciers au cours de la consultation. Ces délais et remises peuvent, le cas échéant, être réduits par le tribunal (art.598).

Dans le 2ème cas: Quand les créanciers refusent les délais et remises proposés par le syndic et le chef de l'entreprise, le tribunal ne peut contraindre ledit créancier à consentir que des délais. Il ne peut, par exemple, lui imposer un abandon de créance, même partiel. Le tribunal ne peut agir que sur les délais (rééchelonnement de la dette : octroi d'un différé de paiement).

En effet selon l'article 598 (suite) « Pour les autres créanciers, le tribunal impose des délais uniformes de paiement sous réserve, en ce qui concerne les créances à terme, des délais supérieurs stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure. Ces délais peuvent excéder la durée du plan. Le premier paiement doit intervenir dans le délai d'un an »

Le montant des échéances peut être progressif. Dans ce cas, leur montant annuel ne peut être inférieur à 5% de leur montant total retenu par le plan.

B- LES MESURES DE SAUVEGARDE:

Elles concernent d'abord le cas de la cession partielle d'actifs.

- Article 601 : « Si un bien est grevé d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une autre garantie peut être substituée en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents. En l'absence d'accord, le tribunal peut ordonner cette substitution »

Autrement dit, lorsque la réalisation d'un élément d'actif est envisagée, pour procurer à l'entreprise la disposition de son prix, l'opération peut se heurter à l'existence d'une sûreté réelle constituée ou acquise sur le bien.

L'intérêt de l'entreprise suggère alors que soit substituée au privilège, au nantissement ou l'hypothèque en cause, une autre garantie présentant « des avantages équivalents »; mais une telle modification nécessite normalement l'accord du bénéficiaire de la sûreté. Aussi la nouveauté de la loi réside-t-elle en ce que, si le besoin le commande, le tribunal a pouvoir d'ordonner cette substitution.

- Article 600 : « En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général, sont payés sur le prix après paiement des créanciers qui les priment »

Ceci dit qu'à défaut d'un tel remplacement, volontaire ou forcé, le prix de vente d'un bien grevé l'hypothèque, de nantissement ou d'un privilège spécial, est affecté au paiement des créanciers titulaires de ces sûretés, après prélèvement du montant des créanciers qui les priment sur la somme reliquataire. Ils reçoivent dans l'ordre de préférence existant entre eux, un paiement anticipé qui s'impute sur le principal des dividendes à échoi

Conclusion

C'est dans un souci de soutenir les entreprises marocaines et d'influer positivement sur l'évolution du marché du travail ou, du moins, ralentir la montée croissante du chômage que le nouveau code de commerce intervient en instituant un schéma légal de traitement des difficultés de l'entreprise qui ne s'ouvre pas directement sur une cessation de paiement et une procédure de liquidation, mais plutôt sur une procédure de prévention des difficultés, de redressement conventionnel et de redressement judiciaire (plan de continuation, plan de cession), avant de passer, en ultime ressort, à la liquidation judiciaire