

CHAFITKE II- LA CONCLUSION MI CONTRAT DE LOCATION GERANCE

Dans la pratique antérieure a la nouvelle réglementation de 1996 (Contenue dans le nouveau code de commerce de 1996).

La conclusion du contrat de location gérance n'était soumise à aucune condition que se soit au niveau du fond ou de forme. Les Parties disposent donc en /a matière de la liberté totale.

Le nouveau code (article153- 158 du nouveau code de commerce), n'a prévu que les conditions de forme (section II), il a omis de préciser les condition de fond comme l'a fait son homologue Français (la loi de 1953 et de 1956) (section II).

Section I - Les exigences du fond:

On va traiter respectivement les conditions générales de validité des contrats (§1), et les conditions spécifiques au contrat de location gérance (§2).

§1- les conditions générales de validité des contrats

Nous a lions évoquer ici les conditions relative aux contractants (A), et celles relatives a l'objet du contrat de la gérance libre (B).

A- Les conditions relatives aux contractants:

Le contrat de location gérance se forme comme tout contrat consensuel, à l'instant auquel se rencontrent !es volontés concordantes des contractants (1), encore faut-il quo !es deux parties au contrat jouissent de leur pleine capacité (2).

1- Le consentement: le contrat de location gérance est un contrat consensuel, il est conclu par un simple accord des parties, encore faut il que ce consentement soit exempt de vice. Ainsi, il peut être annulé par l'effet du dol, de l'erreur ou de la violence.

Le dol peut être défini comme une tromperie, émanant de l'un des deux contractants. En effet, le gérant comme le bailleur, peut se rendre coupable d'un dol, (s'il a présenté par exemple des fausses papiers attestant sa qualification dans un domaine déterminé.

Mais, en pratique c'est le dol du bailleur qui est le plus fréquent.

Pour annuler la gérance libre, le dol doit être déterminant, de telle façon que sans lui "l'autre partie n'aurait pas contracté". Il en est ainsi, si le bailleur avait cru au locataire qu'il louait un fonds de restauration pour 1500 personnes, alors qu'il s'agissait d'un simple fonds de plats cuisinés à emporter et que les locaux étaient inachevés et impropre à l'usage promis.

1 L'erreur, quant à lui, est définie, comme une appréciation inexacte portant sur l'existence ou les qualités d'un fait. Pour provoquer la nullité du contrat, il doit présenter certaine gravité et porter sur les qualités substantielles de la chose donnée en gérance, c'est le cas par exemple d'inexactitude du chiffre d'affaire mentionné dans une promesse de vente incluse dans un contrat de location gérance.

2 En fin, la violence, est un fait d'ordre physiologique (menace de mort...) ou morale (menace de porter atteinte à l'honneur du contractant...), inspirant une crainte telle que la victime donne son consentement au contrat de location gérance, donc, pour que le contrat soit annulé, il faut qu'elle soit la cause directe de la conclusion du contrat cette dernière hypothèse est très

rare en pratique, la jurisprudence et la doctrine ne lui donne pas une grande importance en matière de location gérance.

2- La capacité

Du fait que le locataire gérant exploite le fonds à ces risques et périls, il a la qualité de commerçant. Cette qualité n'est pas exigée pour le bailleur.

a- le locataire gérant: D'après l'article 153 du nouveau code de commerce, le locataire gérant a la qualité du commerçant et de ce fait, il sera soumis aux règles régissant la capacité commerciale.

En effet, le locataire gérant, jouissant de sa pleine capacité commerciale, peut librement consentir un contrat de location gérance. Mais, des difficultés surgissent lorsque le fonds appartient à une personne dont la capacité (majeur/mineur) ou les pouvoirs (femmes mariées) sont restreints.

Les incapables (mineurs ou majeurs) : la capacité d'exercer le commerce débute à partir de l'âge de la majorité fixée à 20 ans. Donc, en principe, un mineur ne peut jamais être locataire gérant..

Cependant, selon l'article 13 du nouveau code de commerce, un mineur peut être autorisé à exercer le commerce après une déclaration anticipée de majorité sous réserve d'inscrire cette autorisation au registre du commerce.

Rien n'empêche, ainsi, un mineur émancipé d'être locataire gérant.

Pour les majeurs incapables, eux aussi, ils ne peuvent pas consentir un contrat de location gérance à défaut du discernement, surtout que le contrat est conclu intuitu personae.

3 femme mariée: dans l'article 6 de l'ancien code de commerce, la femme mariée ne pouvait pas exercer le commerce sans l'autorisation de son mari. Donc, à l'époque elle ne pouvait pas consentir un contrat de location-gérance. Cet article a donné lieu à de nombreuses discussions doctrinales, puisqu'il contredit les dispositions du statut personnel. Actuellement, avec le nouveau code de commerce l'article 17 précise que la femme mariée peut exercer le commerce sans l'autorisation de son mari, et toute convention contraire dans ce sens est réputée nulle. La femme mariée, peut alors devenir locataire gérant d'un fonds de commerce, sans l'autorisation de son mari, à condition qu'elle remplit les autres conditions précitées (consentement...)

b- Le bailleur du fonds de commerce: le propriétaire bailleur d'un fonds de commerce, peut librement donner en gérance son fonds, des lors qu'il dispose de son entière capacité juridique. Ici, le problème ne se pose pas pour la femme mariée, puisque selon les dispositions du statut personnel (article 35 du code de statut personnel), elle peut disposer librement de ses biens. En revanche le mineur non émancipé, et le majeur incapable ne peuvent donner leurs fonds en location gérance. De même que leurs tuteurs ou curateurs ne peuvent disposer de leurs biens, d'après l'article 11 du Dahir des obligations et des contrats, qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

A partir de 18 ans, le mineur peut faire l'objet d'une déclaration de majorité anticipée, et de ce fait, il sera autorisé à disposer d'une partie de ses biens.

B- Les exigences relatives à l'objet du contrat.

L'objet de la location gérance est le fonds de commerce qui peut être défini suivant les dispositions de l'article 79 du nouveau code de commerce de 1996 comme: "un bien meuble incorporel constitue par l'ensemble de biens mobiliers affectés à l'exercice d'une ou de plusieurs activités commerciales". Il comprend, d'après l'article 80 du même code, divers éléments regroupés en deux catégories: corporels et incorporels. Donc la question qui se pose est de savoir quels sont les éléments inclus dans le contrat de location gérance⁹ Et ceux qui sont exclus?

Cette question soulève les mêmes difficultés rencontrées dans le cadre des autres contrats portant sur le fonds de commerce, notamment: la vente et le nantissement.

Que se soit dans le cadre de la vente ou du nantissement l'objet reste

le fonds de commerce tout entier, le problème se pose pour les marchandises, ainsi par exemple en cas de nantissement, elles sont exclues, du moment qu'elles ne sont pas destinées à être vendues, ce qui est incompatible avec la notion du gage qui veut que son objet reste le même en cas de vente, elles sont traitées différemment des autres éléments.

1-Les éléments inclus dans le contrat de location gérance:

Comme pour la vente ou le nantissement du fonds de commerce, la convention de gérance libre doit porter sur tous les éléments incorporels: l'enseigne, le droit au bail, les brevets et même sur les droits réels immobiliers compris dans le fonds de commerce, susceptible d'attirer la clientèle. Cette idée s'explique par le fait que la doctrine et la jurisprudence, ont toujours considéré que la clientèle constitue l'élément déterminant du fonds de commerce. Il n'y a point de fonds de commerce sans clientèle. Encore cette clientèle doit être certaine, réelle et non seulement éventuelle, futur ou potentielle, ceci signifie qu'il n'y a pas de clientèle sans que l'exploitation d'un fonds ait commencé. Cependant s'agissant d'une station service vendant des produits sous une certaine marque: (mobile-shell...) la doctrine et la jurisprudence admettent, que cette clientèle futur, mais déjà certaine avant l'ouverture de la station, préexiste à l'exploitation du fonds dans la mesure de sa fidélité à la marque.

Le problème des stations services présente la particularité tenant à la nature des produits distribués, on peut se demander si cette situation ne va pas se généraliser dans un futur proche à l'ensemble des locations portant sur les fonds spécialisés exemple: les cinémas...

2- Les éléments exclus du contrat de location gérance:

Les marchandises ne peuvent être indues dans la location gérance, puisqu'elles sont destinées à être vendues.

Cependant, le locataire peut, au moment de son entrée en jouissance, acheter les marchandises qui se trouvent en stock. A la sortie, il doit laisser une quantité égale de marchandise que le bailleur lui rachète.

Par ailleurs, l'objet de location gérance doit être licite et moral, conformément aux régies du droit commun. Il ne doit porter atteinte, ni à l'ordre public, ni aux bonnes moeurs, on peut citer à cet égard l'exemple suivant: Le contrat de location portant sur une maison de tolérance sera considéré comme immoral.

Est illicite également la mise en gérance libre d'une officine de pharmacie, même à un tiers muni d'un diplôme nécessaire.

§2 -Les exigences spécifiques du contrat de location gérance.

Le législateur Marocain n'a mentionné dans le nouveau code de commerce, aucune disposition spécifique au contrat de location gérance. Donc, nous sommes obligées d'évoquer ici, les conditions exigées par le législateur Français, en essayant de les adapter à la réalité Marocaine. Ainsi, ce paragraphe sera divisé en deux points essentiels:

Tout d'abord la nécessité d'une exploitation personnelle (A) puis la durée de l'activité commerciale du bailleur (8)

A- La nécessité d'une exploitation personnelle.

La loi Française du 20 Mars 1956 exige une exploitation commerciale antérieure de la part du propriétaire du fonds de commerce, et ce pour éviter toute intention de spéculation (article 4 de la loi de 1956). Cependant, il faut

préciser que le législateur Français, a donné au président du tribunal de grande instance, la possibilité de tolérer cette exigence, si le bailleur justifie qu'il a été dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de proposes, ainsi /'article 6 stipule que: "les dispositions de l'art 4 al f sont inapplicables aux catégories suivantes:

- A l'Etat.
- Aux collectives.
- Aux établissements de crédit.
- Aux interdits, aliènes ou aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, en ce qui concerne le fonds dont ils étaient propriétaire avant la survenance de leur incapacité.
- Aux héritiers ou légataires d'un commerçant, ou d'un artisan décède, ainsi qu'aux bénéficiaires d'un partage descendant en ce qui concerne le fonds recueilli

Par ailleurs, la jurisprudence a admis que l'examen de ces conditions de dérogation, doit se faire pour des raisons de santé, ou tout simplement lorsqu'il n'y a ni fraude, ni intention spéculative de la part de l'acquéreur d'un fonds do commerce.

Le législateur Marocain, quant a lui, n'a pas prévu cette mesure, Il a précisé clairement dans l'article 152 du nouveau code de commerce, en définissant le contrat de location gérance, qu'il peut être consent! par le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce. Il en résulte que tout propriétaire, sans qu'il soit exploitant, peut le donner en location gérance, même s'il n'a jamais exerce une activité commerciale.

Ceci est grave, dans la mesure ou même une personne exerçant une

activité incompatible avec celle du commerçant, tel par exemple un avocat, peut conclure un contrat de location gérance, et réaliser un but lucratif. Donc la gérance va devenir un moyen de placement et de spéculation. En effet, quant un commerçant achète un fonds de commerce qu'il est éventuellement qualifié pour l'exploiter personnellement, ceci constitue un moyen de placement normal, voir même d'investissement qui est un aliment du capitalisme. Tandis que le fait, d'affecter l'épargne à un emploi distinct de l'activité professionnelle habituelle en vue d'en tirer profit, constitue un moyen de placement prohibé économiquement, du moment qu'il est dissocié du processus normal de production, et conduit automatiquement à la spéculation. Cette spéculation est une activité consistant à tirer profit par anticipation, sans suivre le cours normal de l'évolution de la production, en vue de réaliser un profit certain les non commerçants: fonctionnaires, ou membres de la profession libérale peuvent s'acheter des fonds de commerce et le donner en gérance libre pour obtenir une redevance périodique, sans participer pour autant dans le cours normal de l'exploitation. Alors le législateur Marocain aurait dû mentionner expressément que le bailleur doit nécessairement avoir la qualité du commerçant au moment de la conclusion du contrat.

Par ailleurs, l'article 153 al 3 précise que le bailleur est tenu de se faire radier du registre du commerce, donc, il doit être déjà inscrit pour se faire radier du registre, et l'inscription est une présomption de commercialité dans le nouveau code de commerce. À première vue, l'on peut dire que le législateur exige en quelque sorte que le bailleur soit commerçant avant la conclusion du contrat du moment qu'il est tenu de s'inscrire au registre du commerce. Mais, en se référant à l'article 152 qui stipule expressément

"...tout contrat par lequel le propriétaire, ou l'exploitant d'un fonds de commerce ...", ou constate que le dit article évoque deux catégories de bailleur:

4 le propriétaire du fonds, /'accent est id mise sur la propriété et non /'exploitation.

5 L'exploitant qui signifie à notre sens celui qui a déjà exploiter le fonds donner en gérance libre. C'est ce dernier qui est tenu de se faire radier du registre du commerce puisqu'il était déjà inscrit, avant de donner le fonds en gérance libre. Autrement dit, si le bailleur a été déjà exploitant et non propriétaire, il doit se faire radier du registre du commerce, et ce pour permettre au gérant (nouveau commerçant) de s'inscrire dans le dit registre. Cette mesure vise uniquement la protection des tiers comme nous allons le voir plus loin.

B- la durée de l'activité commerciale du bailleur:

L'article 4 de la loi Française du 20 Mars 1956 précise que la personne qui donne en location gérance, un fonds de commerce doit, d'une part, avoir été commerçant pendant sept ans; d'autre part, le fonds doit avoir été exploité pendant deux ans. Néanmoins, la loi Française a prévu des dispenses légales de délai et une possibilité de dispense judiciaire (article 6), le non respect de l'une de ces deux conditions entraîne la nullité absolue du contrat de location gérance.

Le législateur Marocain, n'a prévu aucune condition de fond spécifique au contrat de location gérance, comma l'a fait son homologue Français: le bailleur: doit avoir été commerçant pendant 7 ans, et avoir exploité pendant 2 ans au moins le fonds de commerce mis en gérance (art 4

de la loi de 1956) ce qui constitue une lacune de sa part susceptible d'accroître les risques de spéculation: le fait d'acheter un fonds de commerce par une personne n'ayant jamais exercé le commerce constitue un moyen de placement plus sûr, puisqu'il va permettre au propriétaire bailleur de recevoir des revenus fixes sans supporter le passif de l'exploitation (sauf dans l'hypothèse de l'article 155 du Nouveau Code de Commerce relatif à la responsabilité solidaire. Cette situation va entraîner des conséquences très graves sur l'économie nationale, elle peut nous conduire même à l'inflation, surtout avec la mondialisation de l'économie, et l'adoption par le Maroc du système de l'économie libérale. Elle peut donner lieu, aussi, à de nombreuses discussions doctrinales et jurisprudentielles surtout après le fonctionnement des tribunaux de commerce.

SECTION II- Les exigences de forme

Pour sa validité, le contrat de location gérance n'est assujéti à aucune condition de forme. Cependant, en pratique un écrit sera nécessaire pour effectuer la publicité qui pèse sur les cocontractants (§1) le défaut de publicité entraîne certaines sanctions (§2).

§1- la publicité du contrat de location gérance:

En pratique, et avant la nouvelle réglementation actuelle, la publication du contrat de location gérance n'était pas exigée. Mais cela n'a pas empêché certaines personnes de procéder à cette inscription. Dans ce cas les formalités de publicité prévues pour la vente du fonds de commerce ont été appliquées.

Avec la nouvelle réglementation, et dans un souci d'avertir les tiers de la mise en gérance, le législateur a imposé dans les articles 153-154 trois mesures:

-D'abord le gérant du fait qu'il est commerçant doit s'inscrire au registre du commerce. Le bailleur, de son côté, doit soit se faire radier du registre du commerce, soit de faire modifier son inscription personnelle avec la mention expresse de la mise en gérance.

-Ensuite, le contrat doit faire l'objet d'une publicité particulière dans la quinzaine de sa date, Il doit être publié sous forme d'extrait au bulletin officiel et dans un journal d'annonce légale, le législateur a omis de déterminer le contenu de cette publicité donc Il faut y inclure tous les renseignements susceptibles d'assurer la protection des tiers.

-Enfin, l'art 154 du nouveau code de commerce, présent au locataire gérant d'indiquer sur tous documents relatifs a son activité commercial, ainsi que sur toutes pièces signifiées par lui a cet effet ou en son nom, sa qualité du gérant libre du fonds.

En France, cette obligation a été supprimée par le décret du 14 Mars 1986 dont le but est d'assurer la commodité et la rapidité exigée par le droit des affaires.

§2- Les sanctions de défaut de publicité

Afin de mieux protéger les droits des tiers, le législateur a assorti le défaut de publication d'un certain nombre de sanctions pénales. Ainsi, le gérant libre qui viole les dispositions de la 1^{ère} alinéa de l'article 154 du nouveau code de commerce, sera passible d'une amende allant de 2000 a 10.000 DH

L'art 155 prévoit que le bailleur reste solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées par celui-ci a l'occasion de l'exploitation du fonds, jusqu'a la publication du contrat dans un délai de 6 mois. Donc, le bailleur a intérêt d'exiger l'inscription de son gérant au registre du commerce.

En outre, l'article 158 déclare nul, tout contrat de location gérance qui ne remplit pas les conditions de publicité. Cependant cette nullité est inopposable aux tiers.

Le législateur a bien fait de mentionner expressément ces dispositions citées ci-dessus, puisqu'elles répondent à des intérêts pratiques. Ainsi par exemple, le bailleur a intérêt a exiger l'inscription de son gérant au registre du commerce, parce qu'il est,

Solidairement responsable avec lui pendant 6 mois, des dettes contractées par ce dernier a l'occasion de l'exploitation du fonds.

Le délai de 6 mois commence à courir à partir de la publication du contrat.