



FINANCIAL MARKETS INTERNATIONAL, Inc.



USAID Morocco Modernization of Commercial Law and the Judiciary Project

DRAFT 2.0

RAPPORT

**EVALUATION DE LA LEGISLATION COMMERCIALE
DU ROYAUME DU MAROC**

A l'intention de:
Ministère de la Justice

De la part de:
Financial Markets International, Inc.

Address: 10, Avenue Mehdi Ben Barka (c/o USAID/Rabat)
B.P. 120 – Souissi, Rabat – Maroc
Tel: (212) 37-63-2001/37-75-3475 Fax: (212) 37- 75-1443

Author _____ FMI, Inc. _____
QC Editors __P. Morgos, M. Bahnini_____

AVANT-PROPOS

Dans le cadre d'un contrat d'assistance technique octroyé au Royaume du Maroc, par l'Agence des Etats-Unis pour le Développement International (USAID), Financial Markets International, Inc. (FMI) a entamé, en partenariat avec le Ministère de la Justice du Royaume du Maroc, un projet intitulé " Projet de l'USAID Maroc en faveur de la Modernisation du Droit Commercial et du Système Judiciaire".

Le Maroc, engage donc, dans ce cadre et avec l'appui de l'USAID, une réflexion stratégique sur les points forts et les points faibles de la législation commerciale, et des institutions chargées de l'appliquer, avec la volonté claire de « positionner » le pays sur le marché mondial.

Pour atteindre ces objectifs, le programme de modernisation de la justice commerciale au Maroc doit:

- b) Évaluer et émettre des recommandations afin de mettre à niveau les lois et réglementations commerciales conformément aux pratiques d'excellence internationales,
- c) Renforcer la gestion administrative des juridictions de commerce et améliorer la qualité et la prévisibilité de leurs décisions,
- d) Assister le ministère de la Justice du royaume dans l'amélioration de sa capacité de gestion centralisée du système judiciaire.

Ce rapport expose les conclusions de l'équipe de FMI, et fournit un « état des lieux » à partir duquel des recommandations et des propositions d'amélioration du cadre législatif et réglementaire seront formulées, afin d'opérer les modifications qui s'avèreraient nécessaires et de renforcer l'efficacité des tribunaux et cours d'appel de commerce.

Ce rapport a été établi sous la direction de M. Petros Morgos, Chef du Projet, avec la collaboration de Mmes Maria Bahnini, Nezha Bengelbara, KENZA Benis et de M. Khalid Lahbabi.

M. Richard Rousseau, Directeur du Bureau du Développement Economique, à l'USAID/Maroc, et Nadia Amrani, Spécialiste en Programme de développement et Conseillère en Genre, à l'USAID/Maroc, ont également contribué, par des commentaires utiles et des remarques pertinentes à enrichir ce rapport.

Contact: Petro Morgos , Chef de Projet
Financial Markets International, SA
10, Avenue Mehdi Ben Barka (c/o USAID/Rabat)
B.P. 120- Souissi, Rabat- Maroc
Tel: 037-63-20-01 Fax: 037-75-14-43
E-mail: petro@mtds.com
pmorgos@FMI-morocco.ma

Ce document existe en versions française et anglaise.

L'avis émis dans ce document appartient à ses auteurs, et ne correspond pas obligatoirement à celui de l'Agence Américaine pour le Développement International.

TABLE DES MATIERES

Introduction	6
Méthodologie	8
Livre I. La Législation commerciale	9
Première partie : Les sociétés commerciales	9
Chapitre I : Le droit des sociétés commerciales	9
I. Les textes	10
I.1. Présentation	10
I.2. Commentaires critiques	11
II. Les institutions	13
II.1. Rénovation et modernisation du registre central et des registres Locaux du commerce	13
II. 2. Création des centres régionaux d'investissement	16
III. La faiblesse des ressources humaines	18
Chapitre 2 : le traitement des difficultés de l'entreprise	20
I. La prévention des difficultés	20
I.1 Remarques analytiques	21
I.2. Evaluation critique	22
II. Le traitement des difficultés	27
II. 1. Remarques d'ordre général	27
II.2. Analyse critique du traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise	28
Deuxième partie : Le droit de la concurrence et de la propriété industrielle	
Chapitre 1. Le droit de la concurrence	34
I. La loi	34
I.1. Présentation	35
I.2. Evaluation	35
I.3 La question déterminante de la réglementation des prix	36
I.4. Les pratiques anticoncurrentielles : les ententes et les abus de position dominante	37
II. Les institutions	43
II.1. Le rôle inexistant du conseil de la concurrence	43
II.2. La primauté du bureau du premier ministre	43
Chapitre 2. La protection de la propriété industrielle	45
I. Présentation de la loi nouvelle	45
I.1. La mise a jour du système de la propriété industrielle	46

I.2	Adjonction de nouvelles dispositions	47
I.3.	Unification de la loi sur la propriété industrielle	48
I.4.	La protection	49
II.	Evaluation de la loi nouvelle	50
II.1.	Remarque d'ordre général	50
II.2.	Remarques spécifiques	51
III.	Les institutions	52
III.1.	L'OMPIC	52
III.2.	Les douanes	52
III.3.	Le bureau des droits d'auteur	52
Livre II : La justice commerciale		54
Chapitre 1. Les tribunaux de commerce		54
I.	Les textes relatifs aux juridictions de commerce	54
I.1	Critiques et dysfonctionnements	54
I.2.	Le projet de réforme	54
II.	La gestion des tribunaux de commerce	55
III.	La formation des magistrats des tribunaux de commerce	57
III.1.	Méthodologie	58
III.2.	Droit bancaire, financement des entreprises, comptabilité	59
III.3.	Droit des sociétés	59
III.3.	Contrats commerciaux internationaux	59
III.4	Droit de la propriété industrielle, droit de la concurrence	60
III.5 .	Informatique	60
Chapitre 2. L'arbitrage commercial		61
I.	Les insuffisances de la législation	61
I.1.	Arbitrage et contrats commerciaux internationaux	61
I.2.	Les entraves législatives a la liberté conventionnelle en matière d'arbitrage	62
I.3.	Les limites au droit de compromettre	62
I.4.	L'inutile formalisme de la clause compromissoire	63
I.5.	Difficultés d'interprétation de la législation actuelle	63
I.6.	Entraves aux pouvoirs du tribunal arbitral	64
II.	Le projet de code d'arbitrage commercial	65
II.1.	La chambre de commerce internationale du Maroc	66
II.2.	Introduction de la demande d'arbitrage	67
Livre III: La législation connexe		68
Première partie : les droits fondamentaux		68
Chapitre 1 : Le droit de la propriété		68
I.	Etendue du droit de propriété	68
I.1	La propriété du dessus et du dessous	68
II.	Prérogatives conférées au propriétaire	70
III.	Aspect juridique	70
IV.	Caractères du droit de propriété au Maroc	70
IV.1	C'est un droit absolu	70

IV.2	C'est un droit exclusif	70
I.3	C'est un droit perpétuel	71
V.	Différentes limites à la propriété immobilière	71
VI.	L'expropriation	71
VI.1	Aperçu	71
VI.2	Les conditions de l'expropriation	71
VI.3	L'objet de l'expropriation	72
VI.4	Les titulaires du droit d'exproprier	72
VI.5	La procédure d'expropriation	72
VI.6	La phase judiciaire de l'expropriation	75
Chapitre 2 : Le droit des contrats		76
I.	Le droit des obligations et des contrats dans son contexte	76
II.	Le contenu du DOC	76
III.	L'évolution du droit des obligations	77
IV.	L'application pratique du DOC	78
Deuxième partie: Les droits financiers		81
Chapitre 1 : La charte des investissements		81
I.	Les dispositions de la charte	81
I.1	Liberté de l'acte d'investissement	81
I.2	Définition des investissements étrangers	81
I.3	Formes de l'investissement et modalités de financement	82
I.4	Liberté de transfert des bénéfices et des capitaux	82
I.5	Le régime des investissements étrangers au Maroc	
I.6	Le transfert des revenus d'investissement	83
I.7	Le transfert du produit de cession ou de liquidation des investissements étrangers	83
I.8	Le régime des comptes bancaires pouvant être ouverts au nom de ressortissants étrangers	83
I.9	Le régime des opérations courantes	83
I.10	Allègement du coût l'investissement	84
II.	Evaluation de la charte	85
Chapitre 2: Le droit bancaire		86
I.	Le cadre législatif	86
II.	Le droit des garanties et hypothèque (du crédit)	87
III.	Analyse critique de la législation	88
III.1.	Le cautionnement	88
III.2.	Le gage	91
III.3.	Les hypothèques	91
III.4.	Le nantissement de produits agricoles	93
III.5.	Le nantissement des marchés publiques	94
III.6.	La garantie de l'Etat marocain	95
IV.	Les gages commerciaux.	95
V.	Les avals	98
VI.	Les contrats bancaires	98
Conclusion générale		105

INTRODUCTION

Une série d'avancées majeures ont marqué au Maroc, ces cinq dernières années. Pour l'essentiel, de nombreuses sociétés publiques ont été privatisées et d'importantes concessions de service public ont été accordées (eau, télécommunications, notamment). Diverses perspectives d'investissement sont envisagées notamment en ce qui concerne l'infrastructure portuaire, routière, les infrastructures touristiques et énergétiques.

Corrélativement, la modernisation du cadre juridique et institutionnel a été très activement entreprise et continue d'être au centre des préoccupations gouvernementales.

L'arsenal législatif nouveau, promulgué ces dernières années en témoigne:

- Code de Commerce,
- Lois relatives aux sociétés commerciales,
- Réforme de la loi bancaire (1993),
- Code des Douanes,
- Loi relative à la concurrence,
- Loi relative à la propriété intellectuelle et industrielle,
- Développement des zones franches et des zones industrielles,
- Création des centres régionaux d'investissement.

Néanmoins, des freins structurels au développement demeurent.

Insécurité juridique, risque judiciaire, complexité et incohérence des procédures administratives constituent, au terme des enquêtes que nous avons menées tant auprès des agents économiques nationaux qu'étrangers, les freins essentiels à l'investissement.

La concurrence déloyale constitue également une entrave à l'investissement national et international, notamment dans les secteurs de l'industrie et des services. Les entreprises désireuses de réaliser un investissement subissent une concurrence déloyale due au piratage et à la contrefaçon qui leur est extrêmement préjudiciable.

Le financement des entreprises et son corollaire immédiat le recouvrement des créances constituent, par ailleurs, une problématique majeure. Les garanties requises par les banques pour le déblocage d'un financement sont excessives et inadaptées à la surface financière des petites et moyennes entreprises. Les taux de financement bancaires élevés et le problème de recouvrement des créances conduit bon nombre de PME à un état de cessation de paiements et au redressement ou à la liquidation judiciaire.

De plus, l'inefficacité, l'incompétence et l'incurie de l'Administration achèvent de décourager toute velléité d'investissement au Maroc.

À l'exception notable de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale, et l'administration des Douanes, où les délais sont passés de 10 à 2 jours pour certaines opérations, les administrations font peu ou pas d'efforts, pour assurer à leur personnel un niveau de compétence en rapport avec les attentes et les besoins des entreprises.

Les lois commerciales et les institutions chargées de les appliquer jouent également un rôle considérable dans la décision d'investir.

C'est dans l'optique d'une évaluation de ces lois et ces institutions que le présent rapport a été établi. Il en dresse l'inventaire et fait l'état des lieux.

METHODOLOGIE

Une méthode d'évaluation efficace et rapide, à travers une approche qualité et un pragmatisme utile n'a pas été facile à élaborer.

Il ne s'est pas agi de faire une évaluation simple du droit commercial marocain mais d'y inclure également le cadre réglementaire, et les institutions chargées de l'appliquer, dans une perspective de droit comparé, le Maroc devant s'ouvrir dans le cadre de la mondialisation à la concurrence internationale.

Pour procéder à cette évaluation et établir ce rapport, nous avons :

- b) Analysé les lois commerciales les plus significatives,
- c) Étudié les institutions chargées de les mettre en œuvre,
- d) Procédé à des enquêtes sur le terrain auprès :
 - Des responsables des tribunaux de commerce,
 - Des professionnels du droit et de la comptabilité (fiduciaires, cabinets d'expertise comptable, cabinets de conseil juridique, notaires, banquiers, chambres de commerce nationales et étrangères) qui sont fréquemment confrontés aux problèmes liés directement ou indirectement à l'investissement,

Cette méthodologie a été conçue comme un outil efficace, afin d'obtenir une appréciation crédible et rapide de l'existant et un diagnostic général de l'état des lieux au Maroc.

Ce rapport se divise en trois livres.

- Le livre I est consacré aux lois commerciales : lois sur les sociétés et le traitement des difficultés de l'entreprise et loi sur la concurrence et la propriété intellectuelle et industrielle,
- Le livre II est consacré à la justice commerciale : selon la voie judiciaire et arbitrale et,
- Le livre III aux législations connexes, c'est à dire aux législations qui ne sont pas spécifiquement commerciales, mais qui ont un impact direct sur l'investissement au Maroc.

Ont donc été évalués les obstacles, directement liés aux textes législatifs et apprécié les insuffisances et les forces des institutions et des hommes chargés de les mettre en œuvre.

Cette évaluation permettra de définir les mesures à prendre pour surmonter les obstacles et combler les déficiences identifiées pour créer le cadre juridique et institutionnel nécessaire pour permettre au Maroc d'attirer les investissements dont il a besoin pour son développement et d'ancrer de façon durable, chez tous les opérateurs économiques, les principes fondamentaux de bonne gouvernance.

LIVRE I. LEGISLATION COMMERCIALE

PREMIERE PARTIE : LES SOCIETES COMMERCIALES

La législation des sociétés commerciales au Maroc a, ces dernières années, été adaptée afin de répondre aux défis de la mondialisation. Les principaux textes qui dataient souvent de la période du Protectorat ont été mis à jour. Cette mise à jour a porté essentiellement sur un certain nombre de législations fondamentales qui idéalement devrait permettre au pays de fonctionner dans un contexte d'investissements et de commerce ayant une vision internationalisée.¹

Malgré cette mise à jour importante, les acteurs économiques et les professionnels du droit continue de noter certains dysfonctionnements liés aux textes et aux institutions, qui constituent encore et toujours un frein sérieux à l'investissement, tant national qu'étranger.

CHAPITRE I : LE DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES

Les règles de droit qui ont, jusqu'à ces dernières années, régi les sociétés au Maroc étaient notamment constituées par :

- Le Dahir des contrats et obligations (DOC) qui édicte les dispositions générales, applicables aux sociétés civiles et commerciales,
- Le Dahir formant le code de commerce qui réglementait :
 - * Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple (art 31 et suivantes)
 - * Les sociétés en participation (art 52 et suivantes)
- Les lois du 11 août 1922 relatives aux sociétés anonymes, et du 1er septembre 1926 relatives aux sociétés à responsabilité limitée.

1

- Les statuts de la bourse : Dahir n 1-93-211, 212 et 213 du
- La charte des investissements : Dahir n° 1-- 9 - 213 du 8 novembre 1995
- Le code de commerce : Loi n° 15-95, promulguée le 1^{er} Août 1996
- La société anonyme: Dahir n° 1-96-124 du 30 Août 1996,
- La création des juridictions de commerce: Dahir n° 1-97-65 du 12 février 1997
- Les sociétés à responsabilité limitée, en nom collectif, en commandite simple, en commandite par actions et en participation: Dahir n° 1-97-49 du 13 février 1997,
- Les groupements d'intérêt économique: Dahir n 1-99-12 du 5 février 1999
- La liberté des prix et de la concurrence : La loi n° 06-99 du 5 juin 2000
- La protection de la propriété industrielle: Dahir n 1-00-19 du 15 février 2000
- La création de l'office marocain de la propriété industrielle et commerciale : Dahir n° 1-00-71 du 15 février 2000 et son décret d'application du 16 mars 2000.
- La création des centres régionaux d'investissement : Arrêtés conjoints des ministres de l'intérieur, de l'économie, des finances, de la privatisation et du tourisme et de l'industrie, du commerce, de l'énergie et des mines : septembre – novembre 2002.

Ces textes, directement copiés des lois françaises, le Maroc étant à l'époque sous protectorat français- bien qu'ils aient été modifiés et complétés plusieurs fois par la suite, sont restés les textes de base régissant les sociétés commerciales, jusqu'à la promulgation des lois nouvelles.

I : LES TEXTES

Le nouveau droit des sociétés au Maroc est encore, à l'heure actuelle, très fortement inspiré des lois françaises.

Ces lois nouvelles (voir annexe 1) sont venues codifier un ensemble de textes qui offraient l'image du plus grand désordre, et moderniser une législation dont les améliorations impressionnistes, étaient loin de combler les insuffisances, et pourrait-on même dire, les béances.

I.1 : Présentation

Sans bouleverser totalement la réglementation antérieure, la nouvelle législation la précise en introduisant, dans le droit des sociétés, un certain nombre d'améliorations importantes.

1 - Les règles de constitution, notamment pour la société anonyme, sont précisées.

2 - Les règles de direction et d'administration offrent désormais, une meilleure répartition des pouvoirs et des compétences entre les organes.

Pour les sociétés anonymes, la loi leur offre un choix qui est la plus grande innovation de la loi. La structure antérieure composée du conseil d'administration et de son président est conservée, et un effort a été accompli, pour préciser les fonctions, les obligations et les pouvoirs respectifs de chaque organe. Les statuts peuvent également adopter une organisation nouvelle, imitée du droit allemand, qui réalise une meilleure répartition des pouvoirs entre un directoire dont l'indépendance est renforcée, et qui assure la gestion, et un conseil de surveillance dont le rôle est d'exercer un contrôle permanent sur la gestion.

3 - Les droits des actionnaires sont affirmés et renforcés. Le législateur a manifesté le souci d'impliquer les actionnaires dans la vie sociale, en développant leurs moyens d'information, et s'est préoccupé de la protection des minorités.

4 - La sécurité des tiers est renforcée par un renforcement de la publicité financière des sociétés, une diminution des causes de nullité, et l'inopposabilité à leur égard des clauses statutaires, restrictives des pouvoirs des dirigeants.

5 - Le contrôle des comptes est rendu plus efficace. Le rôle des commissaires aux comptes renforcé, leur compétence assurée, et leur indépendance mieux garantie.

6 - Les lois présentent encore le grand intérêt de décrire de façon détaillée, un certain nombre d'opérations de la vie sociale, dont la réglementation inexistante ou insuffisante, embarrassait souvent la pratique : modification du capital, fusion, scission, transformation, liquidation.

7 - Les règles légales ont été assorties de sanctions pénales. Le législateur a pensé que la nullité de la société n'était pas une sanction appropriée, et que la responsabilité civile des administrateurs était

insuffisante à assurer la sécurité des transactions et le respect de la légalité. Il a donc édicté des sanctions pénales qui lui ont semblé plus efficaces.

D'une part, il est indéniable que les lois récentes adoptées au Maroc ont amélioré de façon significative le droit des sociétés et l'ont mis au niveau des standards européens, mais d'autre part, cette mise à niveau brutale a suscité de nombreuses critiques de la part des agents économiques et des professionnels du droit, qui ont vivement critiqué les nouvelles dispositions législatives et notamment celles, relatives à la société anonyme.

I.2. Commentaires critiques

Le principal reproche fait à ces textes est de ne tenir aucun compte de la réalité juridique, judiciaire, économique et sociale du pays.

La norme n'est pas un instrument autonome. Elle est appliquée dans un contexte donné, par des institutions et des hommes. Par conséquent, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de transposer telle quelle, une norme étrangère qui, pour être ce qu'elle est aujourd'hui, a évolué en France, par petites touches apportées par la doctrine et la jurisprudence pendant plus d'un siècle. L'évolution de la norme doit être continue, progressive et assimilée par les hommes et les institutions dont elle devient l'outil de travail.

Tel n'a pas été le cas en l'espèce, car la législation est passée, sans transition, du 19^{ème} au 21^{ème} siècle, sans que les institutions et les hommes y soient préparés.

Des critiques de détail ont également alimenté la polémique et retardé d'une année, l'entrée en vigueur des lois nouvelles.

D'une part, les syndicats patronaux reprochent au droit de la société anonyme, les sanctions lourdes pouvant être prises à l'encontre des dirigeants pour des fautes vénielles, comme le défaut de publicité dans les délais prescrits. Ils regrettent que le droit de la SA ait pris ainsi, l'aspect fâcheux d'un droit répressif. Tous leurs rapports concluent que la nouvelle législation ne crée malheureusement pas un climat favorable au développement de la société anonyme au Maroc.

D'autre part, concernant les textes eux - mêmes, les professionnels du droit regrettent que toutes les sociétés anonymes, quelque soit le nombre de leurs actionnaires et l'importance de leur capital social, soient soumises au même régime juridique. Il existe des sociétés qui regroupent des centaines d'actionnaires et des millions de capital. Il y en a d'autres, à structure familiale, ou formées entre un petit groupe de personnes et avec un faible capital. La réglementation lourde, contraignante et rigide, imposée aux premières, ne se justifie pas pour les secondes. Il aurait été nécessaire d'établir des distinctions. Ils estiment également que les formalités de constitution des sociétés anonymes sont inutilement longues et rigides et qu'il est nécessaire de les simplifier et d'en raccourcir les délais notamment en supprimant la publicité préalable prévue par la loi.

De plus, les professionnels du droit soulignent, dans la difficulté de mise en application de ces nouvelles lois, l'archaïsme des institutions et le manque de formation des magistrats des tribunaux de commerce qui créent des paralysies par manque de compétence et d'initiative.

L'insuffisance des greffes est souvent dénoncée :

- absence d'homogénéité dans les procédures
- encombrement des greffes paralysant les procédures d'immatriculation et de modifications,
- procédures très insuffisamment informatisées ;
- mise à jour souvent défectueuse des informations recueillies auprès des mandataires sociaux

Le législateur n'a malheureusement pas tout prévu et les magistrats des tribunaux de commerce, qui gardent une vision très civiliste du droit commercial, n'interviennent pas pour combler les manques législatifs. Ils s'en tiennent à la lettre de la loi, sans s'attacher à son esprit. Ils appliquent la loi, mais ne l'interprètent pas de façon souple et pragmatique, de sorte qu'elle soit applicable à des situations non prévues par le législateur.

Si une disposition n'a pas été expressément prévue par le texte, ils en rejettent purement et simplement le principe.

Le problème s'est posé de nombreuses fois et dans de nombreux domaines. A titre d'exemple, les augmentations de capital dans la SARL posent problème. La loi ne précise pas les modes d'augmentation du capital. L'article 75 al 1 de la loi du 13 février 1997 pose un principe : Les modifications du capital social doivent être décidées par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social. »

L'alinéa 3 apporte une dérogation à ce principe : « ...La décision d'augmenter le capital par incorporation de bénéfiques ou de réserves est prise par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales. »²

Les magistrats font, de manière générale, une application réductrice et erronée de cet alinéa et décident que les augmentations de capital par incorporation des comptes courants d'associés ne sont pas autorisées dans la SARL puisque la loi n'en fait pas mention. Ils rejettent donc toute augmentation de capital par incorporation de comptes courants ce qui crée des problèmes graves dans le fonctionnement des sociétés.

En conclusion, la promulgation des lois nouvelles sur les sociétés commerciales a contribué de façon sensible à amener la législation commerciale marocaine au niveau des standards internationaux. Il n'en demeure pas moins que ces textes sont perfectibles. Leurs quelques insuffisances et lacunes apparaissent peu à peu à la lumière de l'expérience et de la pratique.

Toutefois, si l'environnement judiciaire et spécialement les magistrats remplissaient correctement leur rôle de créateurs du droit par la jurisprudence, ces lois commerciales pourraient être maintenues en l'état, même si un léger toilettage afin de simplifier les formalités de constitution des sociétés et spécialement de la société anonyme serait appréciable.

² Précisément, l'article 447 de la loi 17/95 abroge les dispositions suivantes :

le dahir du 11 Août 1922 relatif aux sociétés de capitaux en ce qu'elles concernent les sociétés anonymes, à l'exception des sociétés anonymes à capital variable ;

le dahir du 20 juin 1955 relatif aux parts de fondateurs émises par les sociétés en ce qu'elles concernent les sociétés anonymes ;

le dahir du 10 août 1955 établissant un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital au profit d'actionnaires en ce qu'elles concernent les sociétés anonymes.

Des textes d'application et des circulaires explicatives de l'intention du législateur permettraient de pallier leurs insuffisances sans qu'il soit absolument nécessaire de modifier ou de compléter la loi. Ces « commentaires de la loi » permettraient de tirer les magistrats de l'embarras dans lequel ils se trouvent parfois devant les vides juridiques, permettraient d'unifier et de clarifier la jurisprudence des tribunaux de commerce, assureraient plus de prévisibilité aux décisions judiciaires et garantiraient par là même la sécurité judiciaire des transactions.

La mise à niveau déjà effectuée de la législation commerciale ne saurait produire à elle seule les effets escomptés sur les flux d'investissement.

Les institutions impliquées dans la création et l'accompagnement administratif et judiciaire des sociétés doivent également se moderniser à leur tour, pour faire pleinement profiter les investisseurs des dispositions nouvelles de la loi.

II. LES INSTITUTIONS

Le Maroc a, parallèlement à la mise à niveau de la législation relative aux sociétés commerciales, entrepris toute une série de réformes relatives aux institutions chargées d'accompagner la création et l'aide aux sociétés. Le pays a entamé un processus de modernisation et de rénovation a informatisé, modernisé et rénové certaines institutions anciennes et en a créé des nouvelles.

II.1. Rénovation et modernisation du registre central et des registres locaux du commerce

La publicité commerciale joue un rôle de plus en plus important sur le statut même des commerçants. Son rôle s'est aussi, considérablement accru en droit des affaires. En effet, celui-ci a largement recours au crédit. Or le crédit suppose la confiance et celle-ci se fonde sur une connaissance aussi précise et complète que possible de la situation de l'emprunteur. On assiste donc à un élargissement de la publicité légale, qui ne concerne plus seulement les personnes et les actes, mais également les entreprises dans leurs structures juridiques et depuis peu, financières.

Le Maroc n'a pas échappé à ce mouvement et les nouvelles lois commerciales, spécialement celles relatives aux sociétés commerciales, ont élargi le domaine de la publicité commerciale légale dont le support matériel est le registre du commerce.

La publicité au registre du commerce permet de regrouper les renseignements concernant une personne, une société ou un bien, sur un registre dont la tenue est assurée et contrôlée par une autorité administrative (registre central du commerce) ou judiciaire (registres locaux).

Ces registres doivent permettre, en principe, la communication au public d'informations à jour, car les inscriptions doivent être complétées au fur et à mesure que les faits ou actes soumis à publicité sont eux mêmes modifiés.

La tenue d'un registre du commerce :

2. Permet d'établir l'état civil des commerçants, personnes physiques et morales
3. Permet de renseigner les tiers qui peuvent obtenir copie ou communication des pièces déposées,

4. Permet au greffier et au juge chargé de la surveillance du registre d'exercer un contrôle sommaire sur la régularité de la constitution,
5. Produit les effets de droit attachés à l'immatriculation.

A titre accessoire, le RC assure la conservation au greffe d'un original des actes, ce qui permet la reconstitution des archives de la société au cas où celles-ci seraient détruites accidentellement au siège social.

Tout intéressé doit pouvoir obtenir du greffe, les renseignements figurant au dossier de chaque commerçant immatriculé, personne physique ou morale.

Afin de faciliter cette recherche, les personnes immatriculées ont l'obligation de faire figurer sur tous leurs papiers d'affaires, leur numéro d'immatriculation au RC.

Il est donc essentiel que le système soit fiable et facile d'accès tant au niveau central qu'au niveau local.

II.1.1. Le registre central de commerce (RCC)

Il est tenu par l'Office Marocain de la Propriété Industrielle et Commerciale (OMPIC). Qui a entre autres pour missions :³

- La tenue du registre central du commerce et du fichier alphabétique pour les personnes physiques et morales,
- La conservation des exemplaires des actes afférents au registre du commerce et émanant des registres locaux,
- La diffusion auprès du public de toute information relative aux entreprises commerciales.

A ce titre, le RCC :

- Reçoit en matière de registre de commerce, les déclarations d'inscriptions relatives au RC concernant les immatriculations, les inscriptions modificatives et les radiations et à les inscrire au registre central du commerce,
- Il délivre les certificats relatifs aux inscriptions des noms des commerçants.

L'OMPIC est l'organe centralisateur de toutes les informations commerciales relatives aux personnes physiques et aux sociétés commerciales.

Il a des antennes dans toutes les provinces du Royaume.

³ Voir supra, chapitre consacré à la propriété industrielle.

L'OMPIC est un établissement performant, complètement informatisé, qui permet d'avoir tous les renseignements sur les noms commerciaux, et les éléments relatifs à la propriété industrielle dans des délais très courts.

II.1.2. Les Registres locaux de Commerce (RC)

Un constat de carence dans le fonctionnement du registre de commerce a amené le Ministère de la Justice du Royaume du Maroc à lancer une étude pour la refonte des textes relatifs au registre de commerce en en restructurant l'organisation et, en tenant compte de son informatisation.

Ce constat a démontré que les objectifs généraux assignés au registre du commerce sont loin d'être atteints au Maroc.

Cette carence est liée à la fois aux textes relatifs au registre du commerce, aux lacunes des procédures et au manque d'organisation du registre, qui est une conséquence inéluctable des faiblesses législatives, réglementaires et procédurales.

L'informatisation en cours du registre de commerce peut avoir un effet structurant et pallier certains manques et certaines déficiences. Elle peut également et en sens contraire, en aggraver d'autres et elle ne saurait à elle seule, en tout état de cause, être suffisante pour faire du registre du commerce, l'instrument fiable et efficace, qu'il se doit d'être.

La refonte des textes, la restructuration de l'organisation et la rationalisation des procédures restent nécessaires.

Les textes relatifs au registre du commerce devant être modifiés sont :

- * La loi 15-95, Dahir du 1er août 1996 portant sur le Code de commerce,
- * Le décret n° 2-96-906 du 18 janvier 1997 pris pour l'application du chapitre II du titre IV du livre I de la loi n° 15-95 formant code de commerce,
- * L'arrêté du Ministre de la Justice n° 106-97 du 18 janvier 1997 définissant les formulaires de la déclaration d'inscription au registre du commerce et fixant la liste des pièces justificatives devant accompagner ladite déclaration,
- * La circulaire n° 1/98 du 28 janvier 1998 du Ministre de la Justice.

Il s'avère également nécessaire :

- * L'adoption de mesures d'ordre organisationnel.
- * Au plan national, une réorganisation structurelle, administrative et géographique du RC.
- * Au plan local une rationalisation des méthodes de travail, des moyens et des outils.

Toutes ces améliorations doivent être faites, compte tenu de l'évolution de l'environnement institutionnel et économique national et des apports des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Le schéma définitif de réorganisation du RC et de modification des textes qui le réglementent étant en cours de validation au Ministère de la Justice, il est prématuré dans le cadre de cet état des lieux, d'en faire l'exégèse.

En revanche, il est plus facile d'apprécier les résultats obtenus dans le cadre de l'expérience pilote qui a été menée conjointement par le Ministère de la justice et l'USAID au registre de commerce tenu dans le tribunal de commerce d'Agadir.

Ce qu'il est permis de constater, au terme de cette expérience est que :

- sans modifier les textes relatifs au registre du commerce,
- sans changer les outils et notamment les formulaires utilisés,
- sans réformer l'organisation structurelle du RC au niveau national,

On obtient, par l'informatisation, la réorganisation des locaux, et la formation du personnel, des résultats probants :

- Les immatriculations sont plus rapides que dans les autres registres de commerce,
- L'information aux tiers est donnée en temps réel,
- Le registre est à jour car les modifications sont immédiatement saisies et retranscrites sur le registre,
- Les archives sont bien classées.
- Le travail s'effectue de façon fluide.

L'informatisation généralisée et le projet de réorganisation du registre du commerce déjà bien avancés, permettront au Maroc de se doter d'un outil d'information des tiers performant, fiable, facilement accessible en ligne, qui permettra d'assurer la sécurité des transactions commerciales.

II. 2. Création des Centres régionaux d'investissement

Des centres régionaux d'investissement (CRI) ont été récemment créés dans les différentes régions du Maroc selon la volonté royale exprimée dans une lettre en date du 9 janvier 2002 (B.O. du 17 janvier 2001) adressée au premier Ministre.

Les CRI, ont deux fonctions essentielles :

- L'aide à la création d'entreprises,
- L'aide aux investisseurs.

II.2.1. L'aide à la création d'entreprise

Le guichet d'aide à la création d'entreprise est l'interlocuteur unique de toutes les personnes qui veulent créer une entreprise, quelle qu'en soit la forme.

Le personnel du centre est chargé d'accomplir toutes les démarches nécessaires pour recueillir, auprès des administrations compétentes, les documents ou attestations exigées par la législation ou la réglementation en vigueur, nécessaire à la création d'entreprise qu'elle soit individuelle ou sous forme de société, le tout dans un délai bref.

Ces CRI constituent donc des centres de formalités des entreprises, ou guichets uniques, qui permettent aux commerçants, personnes physiques et morales, d'effectuer, en un même lieu, toutes les déclarations administratives, fiscales et sociales qu'ils sont tenus de souscrire lors de la création de leur entreprise.

Les CRI ont été créés pour faciliter aux investisseurs la création de société en leur évitant de passer par plusieurs administrations différentes (registre du commerce, service de l'enregistrement, service de la patente, service de l'identifiant fiscal et de la TVA, bulletin officiel et journal d'annonces légales).

Par la création des CRI, l'Etat marocain s'est aligné sur nombre de pays qui ont adopté, depuis quelques années déjà, le guichet unique pour la constitution de sociétés. C'est le cas notamment de la France et de la Tunisie.

L'administration a également tenu à limiter le nombre de documents à remplir par le créateur de société en instaurant un formulaire unique, qui permet à ce dernier de souscrire, sur un seul et même document, toutes les déclarations imposées par la loi. La déclaration de création de société est donc établie sur une liasse unique, qui doit être accompagnée des actes et pièces justificatives exigées par les organismes destinataires, patente, identifiant fiscal, certificat négatif, registre du commerce, CNSS et qui sont représentées au sein du CRI.

Une réforme fiscale a été également introduite lors de la création des CRI, établissant un identifiant fiscal unique, au lieu et à la place des deux numéros, précédemment attribués, un numéro pour la patente, un autre pour l'identifiant fiscal.

II.2.2. L'aide aux investissements

Le second rôle assigné aux CRI est d'être un guichet d'aide aux investisseurs.

A ce titre, les CRI doivent :

Procurer aux investisseurs toutes les informations utiles pour l'investissement régional,

Etudier toutes les demandes d'autorisations administratives et préparer tous les actes administratifs nécessaires à la réalisation des projets d'investissement dans les secteurs industriels, agro-industriels, miniers, touristiques, artisanaux et d'habitat lorsque le montant de l'investissement est inférieur à 200 millions de dirhams, et ce afin de permettre aux Walis de régions de délivrer les autorisations ou de signer les actes administratifs afférents à ces investissements,

Etudier pour les investissements dont le montant est supérieur à 200 millions de dirhams, les projets de contrats ou de convention à conclure avec l'Etat, en vue de faire bénéficier l'investisseur d'avantages particuliers et les transmettre à l'autorité gouvernementale compétente pour approbation et signature par les parties contractantes,

Proposer des solutions amiables aux différends entre Administration et Investisseurs.

La création relativement récente des CRI, depuis dix mois pour le premier de Casablanca, ne donne pas suffisamment de recul pour apprécier objectivement le travail qu'ils accomplissent bien, bien que le développement récent d'un accès à une base de données accessible par l'Internet ait été mis en place à Casablanca.

Même si la cohabitation et la coopération au sein d'une même institution d'administrations relevant de ministères différents (Commerce pour l'OMPIC, Justice pour le registre du commerce, secrétariat général du gouvernement pour le bulletin officiel, et finances pour l'identifiant fiscal) se font dans des conditions difficiles, les CRI ont déjà eu le mérite de conduire:

- L'administration à rationaliser ses outils et ses procédures en adoptant le formulaire unique de création d'entreprise et l'identifiant fiscal unique,
- Le législateur à réfléchir à la réforme de certaines procédures relatives à la constitution des sociétés commerciales.

La création des CRI va donc dans un sens positif.

III. LA FAIBLESSE DES RESSOURCES HUMAINES

A notre sens, le frein essentiel à une bonne application des lois commerciales réside dans la faiblesse des ressources humaines.

- Les syndics de faillite ne sont pas formés pour assister les juges commissaires et les chefs d'entreprises dans le traitement des difficultés d'entreprises dans le cadre de procédures de redressement ou de liquidation judiciaires.
- Les commissaires aux comptes ne sont pas suffisamment nombreux pour contrôler et certifier les comptes de toutes les sociétés anonymes (quelques dizaines d'experts comptables inscrits sur le tableau de l'ordre des commissaires aux comptes pour contrôler des dizaines de milliers de sociétés),
- Les experts judiciaires, souvent incompetents et indelicats ne permettent pas aux magistrats de juger en equite et de façon objective,
- Les huissiers de justice souvent concussionnaires ne jouent pas leur rôle d'auxiliaires de justice.

C'est donc, de façon prioritaire sur l'environnement humain qu'il faut agir par :

- De la formation initiale pour doter le Maroc des ressources humaines qui lui font défaut,

- De la formation continue, pour amener les auxiliaires de justice au niveau exigé par les nouvelles lois internes et les exigences de l'ouverture du Maroc à la concurrence internationale.

CHAPITRE II : LE TRAITEMENT DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE

La grande innovation du DCC est d'avoir mis en place une législation prévoyant un cadre général du traitement des difficultés de l'entreprise. Auparavant, seule la liquidation judiciaire ou la faillite était réservée aux entreprises qui se trouvaient en état de cessation de paiement. La liquidation amiable, elle, restait (et reste) ouverte aux entreprises qui voulaient éviter le recours à la justice pour le règlement de leurs difficultés, mais les obstacles auxquels elles se heurtent sont tels que le recours à la justice devient la voie inévitable pour parvenir à liquider correctement une entreprise.

La nouvelle réglementation est très fortement inspirée du droit français. Du reste, certains passages des lois françaises sont repris tels quels dans le DCC. En soi, il ne s'agit pas d'une critique sauf lorsque le texte et le contexte divergent.

Cette législation est à l'avant garde et ses auteurs ont puisé dans les dernières réformes françaises. Pour autant, cette législation est, à notre sens, doublement handicapée :

- Certaines de ses dispositions sont équivoques, incomplètes ou inapplicables ou alors contraires au droit plus général des relations contractuelles ;
- Le contexte dans lequel cette législation est sensée s'appliquer est loin de ressembler au contexte français.

Depuis l'entrée en vigueur du livre V du DCC⁴ consacré aux difficultés de l'entreprise, de nombreuses entreprises ont été mises en redressement ou en liquidation judiciaire en application de cette nouvelle loi. Pour autant, il est difficile de se faire une opinion claire sur la tendance jurisprudentielle en la matière. Il n'y a que des cas, retentissants il est vrai, qui soient parvenus et jugés au niveau de la Cour Suprême.

I. LA PREVENTION DES DIFFICULTES

Au regard de la législation marocaine des affaires, les notions de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise sont récentes. Cette législation, par les motivations économiques qui justifient son adoption, tente de régir la prévention des difficultés de l'entreprise, lorsque celle-ci cesse de fonctionner de manière harmonieuse et qu'une rupture dans la continuité de son exploitation se produit.

Vu le contexte économique imposant à l'entreprise marocaine les exigences de la mise à niveau économique et juridique, ce type de législation institue désormais un changement des mentalités à l'égard des entreprises en difficulté; l'accent étant désormais mis sur la prévention de l'entreprise et sur la nécessité de sauvegarder l'entreprise en tant qu'entité viable et génératrice d'emplois.

Aussi, les sondages effectués dans le cadre de la présente mission n'ont pas pour objectif de remettre en cause les grands équilibres du dispositif légal de prévention. Ils tendent pour l'essentiel à initier un ensemble de mesures de nature à permettre à l'entreprise de résoudre ses difficultés avant d'atteindre le stade de la procédure collective.

⁴ Cette loi est entrée en vigueur un après la publication du Dahir du 1^{er} août 1996 au Bulletin Officiel, soit le 03 octobre 1997.

La prévention des difficultés des entreprises, décrite dans le titre I du livre V du Code de Commerce, devient une action majeure des Tribunaux de Commerce et de la profession comptable libérale.

Cette action répond à une vieille maxime « mieux vaut prévenir que guérir ». Vérité d'autant plus évidente, en matière économique, que les taux de réussite des procédures dites de « traitement des difficultés des entreprises » (redressement, plan de continuation et plan de cession) demeurent très faibles (moins de 10% au terme de l'enquête menée au greffe du Tribunal de Commerce de Casablanca).

I.1 Remarques analytiques.

Au terme des questionnaires élaborés, cette première constatation trouve son explication dans le fait que les entreprises concernées par ces procédures :

a. en bénéficient trop tardivement.

Le processus de prévention est évoqué lorsque les difficultés de l'entreprise surgissent et s'aggravent à un tel point que son activité est irrémédiablement compromise. La démarche de prévention intervient à un moment où l'état de cessation de paiement, qui rend obligatoire l'engagement de la phase judiciaire, est patent. Or, l'esprit de la loi est de responsabiliser de prime abord le dirigeant de l'entreprise relativement à son exploitation. Nous avons constaté que les chefs de la majorité des moyennes et petites entreprises sont insuffisamment informés des modes de gestion requis pour mener à bien ce type d'exploitation et qu'ils disposent davantage d'un savoir faire que d'une réelle formation de gestionnaire. Ils s'acquittent certes de leurs obligations fiscales et sociales mais elles paraissent trop souvent complexes. Finalement, nous avons remarqué que pour un bon nombre d'exploitants, la tenue et le suivi des comptes est assimilé à une contrainte. Il s'agit là d'une donnée psychologique essentielle à la compréhension de la survenance des difficultés de l'entreprise.

b. se trouvent confrontées à l'obligation de rembourser des passifs très importants alors qu'elles sont en sous rentabilité flagrante et démunies d'actifs réalisables significatifs.

A l'inverse, les dispositifs de prévention, dès lors qu'ils sont mis en œuvre en temps voulu, connaîtraient un taux de réussite, selon les spécialistes, de 75%.

L'objectif de la loi marocaine (amplement inspirée de la législation française - loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises) est de :

- Rompre l'isolement de ces très nombreuses sociétés commerciales (en général des sociétés à responsabilité limitée),
- Rétablir un climat de confiance avec leur environnement,
- Apporter des solutions aux problèmes internes qu'elles connaissent, qu'ils soient de nature juridique, économique ou sociale et,
- Les préserver en tant qu'entités viables et génératrices d'emplois.

Au terme des questionnaires effectués, force est de constater que les résultats obtenus au cours des années qui ont suivi la promulgation de la loi commerciale (Dahir du 1er Août 1996 portant promulgation de la loi n°15-95 formant le Code de Commerce) continuent à révéler une incapacité des pouvoirs publics à organiser un redressement des entreprises en difficultés, car aujourd'hui 95% des procédures aboutissent à une liquidation.

Cette constatation ne doit cependant pas conduire à une conclusion hâtive condamnant le dispositif en vigueur : le Droit des procédures collectives tel que prévu par le Code de Commerce est un droit à la fois pragmatique, efficace et complexe, et il a pour finalité d'aménager un équilibre entre les intérêts en présence : chef d'entreprise, créancier et pouvoirs publics. Cet équilibre doit être préservé pour éviter de compromettre le financement de l'activité économique.

c. Le nombre important de liquidations d'entreprises enregistré chaque année est largement imputable à un environnement administratif et fiscal et à une évolution des modes de financement qui accroissent la vulnérabilité des entreprises face à la concurrence internationale.

L'ensemble des experts sondés s'accordent à dire qu'un déclenchement plus précoce des procédures permettant de déceler et traiter les difficultés rencontrées allègerait ce bilan regrettable.

I.2. Evaluation critique

Ces diverses constatations mettent en évidence cinq idées force caractérisant le manque de pratique du concept des préventions par les entreprises marocaines :

I.2.1. Manque de mécanismes de prévention et de traitement amiable.

Une mise en œuvre quasi inexistante des mécanismes de prévention et de traitement amiable dont l'efficacité est pourtant avérée.

Le mécanisme de l'alerte en est l'exemple le plus patent. Elle consiste, pour le commissaire aux comptes, à informer les dirigeants des entreprises, au sein desquelles il a mandat, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, qu'il a relevés à l'occasion de l'exercice de sa mission. Il s'agit de dépister le plus tôt possible les difficultés à partir d'une série d'indices et à faire prendre conscience aux dirigeants de la nécessité d'y remédier. Il s'agit en fait d'une véritable mission de diagnostic de l'entreprise

Les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation concernent la situation financière et l'exploitation de l'entreprise et sont constitutifs d'évènements de nature objective susceptibles d'affecter la poursuite de l'activité dans un avenir prévisible. Selon les entrepreneurs, il s'agit généralement de faits généralement constitutifs d'un ensemble d'évènements convergents suffisamment préoccupants compte tenu du contexte particulier de l'entreprise.

Avant le déclenchement de la procédure d'alerte, un entretien avec les dirigeants permet généralement au commissaire aux comptes :

- de s'informer le plus complètement possible sur les faits relevés, dans le but d'éviter de déclencher une procédure d'alerte qui se révélerait ultérieurement inappropriée ;

- d'informer les dirigeants des différentes étapes de la procédure prévue par la Loi. Cette procédure se déroule en quatre phases détaillées aux articles 546 et 547 du Code de Commerce. Nous ne les décrivons pas dans ce rapport.

Afin de conférer à cette procédure d'alerte un caractère davantage opérationnel, il serait concevable de prévoir une information du président du Tribunal par le commissaire aux comptes dès que les conditions de déclenchement de la deuxième phase (tendant à provoquer une délibération du Conseil d'Administration ou du Conseil de Surveillance, cf article 546 alinéa 2) sont réunies.

A ce stade, nous avons remarqué que le greffe du Tribunal peut jouer un rôle essentiel dans la prévention car il est à même de signaler les inscriptions de sûretés, une perte d'actif social ou encore le défaut de dépôt des comptes annuels.

S'agissant de l'intervention du Président du Tribunal dans le cadre de la procédure d'alerte, ce dernier dispose de larges pouvoirs d'investigation pour déterminer la situation économique, sociale et financière de l'entreprise. Nous avons constaté que la loi ne définit pas les indices permettant de déceler l'apparition d'une situation préoccupante, n'organise pas l'activation de ces signaux d'alerte ni la collecte ou la transmission de l'information au président du Tribunal. L'efficacité du dispositif d'alerte prévu par la Loi doit être subordonnée à la mise en œuvre des moyens de détection pertinents.

Nous concluons que le mécanisme de l'alerte prévu aux articles sus visés est un dispositif efficace mais peu utilisé en pratique.

I.2.2. L'existence de freins structurels au développement de la prévention

La quasi inexistence de l'activité de prévention des difficultés des entreprises s'explique par la disparité et la faiblesse des moyens logistiques des Tribunaux de Commerce. Or, ces derniers doivent constituer un rouage essentiel du dispositif de prévention, tel que prévu par loi, car convergent vers ces juridictions de nombreuses informations : les états de synthèse, la situation du capital social, la publication des sûretés, l'inscription des créances privilégiées.... Elles constituent de ce fait le lieu privilégié pour organiser l'exploitation de telles informations.

De plus, nous constatons l'absence de formation des magistrats à ce type de procédure. Cette formation s'avère d'autant plus nécessaire qu'elle institue un véritable culture de prévention et de détection en amont des signes avant coureurs d'une défaillance. Elle populariserait une loi qui est « d'ordre public économique ».

S'agissant des greffes des tribunaux, on a constaté qu'ils constituent un rouage essentiel du dispositif de prévention. Convergent vers eux de nombreuses informations relatives à la situation de l'entreprise : le défaut de publication des comptes sociaux, la perte d'une partie du capital social, la publication des privilèges, des protêts. Collecteurs de l'ensemble de ces informations, les greffes des tribunaux apparaissent les lieux privilégiés d'une information fiable du Président du Tribunal. On remarque, à ce titre, que la loi ne fait aucune référence à ce rôle majeur qui doit être dévolu aux greffes. Il conviendrait d'intégrer l'activité de traitement des signaux d'alerte dans la mission des greffes.

I.2.3. Nécessité de responsabiliser et former les acteurs pour renforcer l'efficacité de prévention

Afin de faciliter la collecte des données révélatrices de difficultés rencontrées par l'entreprise et de rendre efficace le déclenchement d'une procédure d'alerte, les acteurs détenteurs de ces informations (de toute évidence, de prime abord le chef d'entreprise) doivent être responsabilisés. A titre d'exemple, nombre de moyennes entreprises « omettent » de déposer leurs comptes sociaux au greffe soit par crainte que de telles informations soient rendues publiques ou exploitées par diverses autres administrations ou en cas de dégradation aggravée des comptes sociaux. Or, ces documents comptables constituent un précieux outil d'évaluation d'état de santé de l'entreprise. La régularité de leur dépôt permet d'appréhender l'évolution de la situation et déclencher de ce fait une action préventive suffisamment en amont pour assurer son efficacité.

Aussi, l'esprit de la Loi doit inciter les chefs des moyennes et petites entreprises (en tant que responsables de leur exploitation), à recourir à un professionnel de gestion (expert en gestion, expert comptable), dont la mission d'expertise sera programmée en amont de l'activité de l'entreprise afin de détecter les principales vulnérabilités de l'exploitation. En cas de défaillance de l'entreprise, il doit alerter le chef d'entreprise et le conseiller dans les démarches à effectuer. Il devient l'interlocuteur privilégié du chef d'entreprise.

Ainsi, les pouvoirs publics devraient insister sur une implication beaucoup plus forte des experts – comptables. La loi pourrait prévoir l'obligation pour toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, d'établir annuellement un document de financement prévisionnel non soumis à publication, mais qui devrait être obligatoirement commenté par écrit par l'expert comptable.

I.2.4. Absence de mesures proportionnées pour faciliter la détection des difficultés des petites et moyennes entreprises

Puisque seule une faible proportion d'entreprises est dotée d'un commissaire aux comptes (sociétés anonymes et SARL réalisant un chiffre d'affaires supérieur ou égal à 50 millions de dirhams hors taxes), nous avons constaté que la très grande majorité de petites structures, dépourvues de cellules de gestion et de conseil, éprouvent une grande solitude face aux difficultés qui se présentent.

A l'heure actuelle, à l'exception d'un recours souvent coûteux d'un expert de gestion, aucun mécanisme d'assistance technique comptable et financière et d'aide à la détection des difficultés d'exploitation n'est prévu par la législation ou ses circulaires d'application. A titre d'information, ont été institués, par la loi française du 1 mars 1984, des groupements de prévention agréés.

Aussi, les pouvoirs publics économiques devraient instituer des centres de gestion agréés afin de sensibiliser les dirigeants au métier de la comptabilité, comme outil de gestion et d'aide à la prévention. Nous avons en effet constaté que ces dirigeants, insuffisamment informés ou conseillés, en particulier dans les petites structures, nourrissent de vains espoirs sur l'évolution d'une situation déjà dégradée, et en définitive réagissent trop tard. Au sein des moyennes structures, le chef d'entreprise manque de visibilité faute d'une gestion prévisionnelle suffisante. Enfin, les risques de répercussion sur le patrimoine personnel pour les entrepreneurs individuels ou les dirigeants qui se sont portés garant de dettes professionnelles ou encore les réticences à s'adresser au Président du Tribunal de Commerce pour solliciter une aide, constituent autant de freins à un développement précoce, et donc efficace de la prévention.

I.2.5. Faible recours au dispositif du règlement amiable

Le renforcement de la prévention par un dépistage plus systématique et plus précoce des difficultés des entreprises constitue une condition préalable et nécessaire pour favoriser le développement du règlement amiable.

Cette procédure est ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale qui, sans être en état de cessation de paiement, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. »

Les conditions de recours à cette procédure de conciliation sont définies de façon souple laissant une marge d'appréciation au Président du Tribunal, qui peut, s'il estime les difficultés rencontrées mineures, se borner à désigner un mandataire ad hoc.

A la lecture de la loi, il s'agit d'une procédure contractuelle, de nature confidentielle et seul le dirigeant de l'entreprise peut en être l'initiateur.

Lorsque la demande du dirigeant est recevable, le Président du Tribunal fait le point de la situation de l'entreprise pour évaluer ses chances de redressement. Il dispose dans les faits d'un large pouvoir d'investigation et peut charger un expert d'établir un rapport.

Si la loi a pour ambition de promouvoir une démarche amiable de résolution des difficultés de l'entreprise, cet objectif est loin d'avoir été atteint. Cet échec tient, selon nos enquêtes, à la série de faits suivants :

- Une procédure quasiment méconnue et peu attractive ;
- Une efficacité insuffisante des techniques de prévention ;
- L'existence d'incohérences qui compromettent la pertinence du mécanisme sus décrit ;
- La possibilité de prononcer la suspension provisoire des poursuites ou la formalité de l'homologation de l'accord, introduits par le législateur pour inciter les créanciers à rechercher activement un terrain d'entente entament le caractère confidentiel du processus de règlement amiable. Or cette confidentialité est indispensable au succès de la phase amiable et sa remise en cause risque de précipiter la dégradation de la situation.

L'état des lieux, tel qu'il peut être dressé après sept années d'application du dispositif de prévention issu du Code de Commerce (Livre V titre I), conduit aux constatations suivantes :

- Les dispositions légales sur la prévention sont extrêmement mal connues, voire méconnues. Certains tribunaux n'en faisant pas ou peu usage, ce qui pose un problème d'inégalité entre les justiciables ; ces dispositions sont mises en œuvre de manière très diverse d'un tribunal à l'autre et dépendent de la plus ou moins bonne volonté des greffes ;
- Les entretiens avec les magistrats du Tribunal de Commerce révèlent que trop souvent, un état de cessation de paiement déjà existant rend toute mesure préventive impossible. Son utilité est alors de faire prendre conscience au chef d'entreprise de la nécessité de déposer sans tarder son bilan ;

- L'absence de formation des magistrats des juridictions de Commerce.

Dans l'ensemble, les résultats apparaissent décevants. La médiocrité de ce bilan n'a pas de quoi surprendre. Elle n'est pas imputée au dispositif légal, lequel apparaît globalement approprié au traitement des entreprises en difficulté, pour autant que celles-ci n'arrivent pas exsangues au jugement d'ouverture. Ceci est, malheureusement trop souvent le cas et explique la proportion très élevée de liquidation judiciaire dont la quasi-totalité sont clôturées pour insuffisance d'actif.

II. LE TRAITEMENT DES DIFFICULTES

Comme en droit français, la nouvelle loi distingue entre deux situations dont le degré de gravité diffère. La première est celle où l'entreprise éprouve des difficultés surmontables par un appoint judiciaire. L'autorité judiciaire y intervient pour aider et homologuer un règlement amiable des difficultés.

La seconde est celle où le traitement de la difficulté se fait par l'autorité judiciaire et qui correspond à la situation où l'entreprise éprouve des difficultés telles qu'elle ne peut résoudre par elle-même les problèmes qu'elle rencontre. L'analyse critique de la loi se fera à un double niveau. Celui des principes généraux puis celui de certaines de ses dispositions qui nous paraissent devoir être modifiées.

II. 1. Remarques d'ordre général

L'organisation des dispositions sur le traitement externe des difficultés dans le code est déroutante à prime abord, mais au fond, il y a une certaine logique dans cette organisation. Il n'empêche qu'il serait bien plus rationnel de classer les dispositions du code par ordre chronologique comme, par exemple, traiter de la déclaration de créances juste après le chapitre consacré à la gestion de l'entreprise mais avant celui relatif au choix de la solution.

La procédure de traitement s'adresse à toutes les entreprises individuelles ou sociétaires, commerciales et artisanales. Quelle qu'en soit la taille ou l'importance. Il y a, là, un réel danger de voir les tribunaux s'encombrer de petits dossiers qu'il faudra traiter selon le même schéma que les grandes entreprises. Certes, tous les justiciables sont égaux devant la justice, mais une saine administration de celle-ci impose d'assouplir les règles pour les entreprises individuelles ou bien celles qui sont de petite taille. Le législateur français ne s'y est pas trompé puisqu'il avait déjà prévu une procédure simplifiée de traitement des difficultés des entreprises, procédure maintenue depuis la réforme de juin 1994⁵. La pratique, au Maroc, a démontré que la complexité de certains dossiers soumis à une procédure collective entraîne un dépassement des délais au niveau de certaines étapes nécessitant, précisément, de la réflexion et du temps.⁶ Il n'est pas, bien entendu, question de revoir tous les délais en les allongeant. Certains délais sont tout à fait adaptés à l'exercice du droit pour lequel ils sont ouverts, tel celui de la déclaration de créance ou de la réponse aux propositions du syndic.

La question ne concerne pas uniquement les délais mais s'étend à un certain nombre d'actes de procédure. Du reste, dans l'appréciation pratique des dispositions de la loi, cette nécessaire distinction entre deux types de procédures constituera un dénominateur commun.

La droit moderne des procédures collectives était inconnu des magistrats et autre auxiliaires de justice. Certes, un effort appréciable de formation et de sensibilisation a été entrepris avant la mise en vigueur du livre V du DCC et se poursuit encore de nos jours. Mais sur certains points de la loi, les dispositions sont trop vagues pour être laissées à la seule interprétation du juge qui n'a pas encore suffisamment de recul pour faire œuvre de création. Il en est ainsi du rôle des contrôleurs par

⁵ Le régime simplifié s'applique aux entreprises qui emploient moins de cinquante salariés ou qui réalisent, à la date du dernier bilan précédant le jugement d'ouverture, un chiffre d'affaire inférieur à vingt millions de francs.

⁶ Il en est ainsi dans quasiment tous les dossiers des entreprises hôtelières soumises au redressement judiciaire.

exemple. Nous aurions apprécié qu'un texte d'application vienne détailler tous les aspects traités sommairement par la nouvelle loi.

La législation fiscale est totalement neutre dans la procédure collective. Pourtant des incitations d'ordre fiscal peuvent encourager les entreprises repreneuses à sauver des entreprises en difficulté. Citons, parmi ces mesures, celles qui réduisent les droits de mutation applicables aux cessions d'actifs ou bien celles qui permettent de déduire les déficits résultant de l'acquisition effectuée ou bien, enfin, celles qui exonèrent de l'impôt sur le revenu les indemnités versées au personnel partant de l'entreprise cédée.

Enfin, mais c'est là un débat juridique qui ne concerne pas uniquement la matière traitée, l'insertion dans le DCC d'infractions pénales comme la banqueroute ne rend pas service à l'homogénéité du droit pénal. La législation des affaires se pénalise de plus en plus et chaque texte spécifique à une activité économique déterminée apporte son lot d'incriminations et de sanctions⁷. Il est, donc, temps de mener une réflexion générale visant à codifier dans un seul et même texte l'ensemble des infractions et des peines du droit des affaires, quitte à ce qu'il soit extrait du code pénal.

Ces remarques faites, examinons dans le détail ces dispositions.

II.2. Analyse critique du traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise

II. 2.1. Les conditions d'ouverture de la procédure

a) Les personnes concernées

La loi prévoit que cette procédure concerne tout artisan, commerçant et toute société commerciale. Elle prévoit, également, qu'elle peut être ouverte à l'encontre d'un associé d'une société en nom collectif sous certaines conditions. Le champ d'application de la loi est plus restrictif que son homologue français. L'article 178 de la loi française de janvier 1985 indique que le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaire de la personne morale « produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associés de la personne morale et indéfiniment responsable de son passif social » Cette rédaction ouvre la voie à l'extension de cette procédure aux membres d'un Groupement d'Intérêt Economique même s'ils n'ont pas la qualité d'un commerçant.

b) La cessation de paiement.

La loi prévoit que la procédure est applicable à toute entreprise « qui n'est pas en mesure de payer à l'échéance ses dettes exigibles, y compris celles qui sont nées de ses engagements conclus dans le cadre de l'accord amiable prévu à l'article 556 »

Ici, le législateur marocain retient une notion de l'état de cessation de paiement strictement « trésorière » Son homologue français utilise une notion comptable puisque l'article 3 de la loi dispose que l'entreprise doit être « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible »

Le critère retenu par le législateur marocain est particulièrement sévère. Il ne tient pas compte de la situation générale de l'entreprise. La doctrine française a, elle, admis que la notion d'actif disponible

⁷ C'est le cas, à titre d'exemple, de l'exercice de l'activité bancaire, de la bourse, du droit de la concurrence, celui des sociétés...

ne doit pas être prise dans son sens strictement comptable mais que la disponibilité, dans des délais raisonnables, de l'actif devait constituer un obstacle à l'ouverture de la procédure.

Cette distinction n'est pas simplement théorique. Elle a des conséquences pratiques considérables. Un exemple suffit à en démontrer l'importance : Soit une entreprise qui traite un marché de travaux ou de services pour le compte de l'Etat. Cette entreprise réalise les prestations demandées et se fait couvrir par des attestations de droits constatés. Elle va donc comptabiliser au poste client la créance qu'elle a sur l'Etat dans l'attente de son paiement. Traditionnellement, ce dernier est mauvais payeur. Pour peu que cette entreprise ne soit pas en mesure de payer certains de ses fournisseurs ou ses échéances bancaires, elle se trouvera exactement sous le coup de la condition de l'article 560. Cependant, elle échappera à la procédure dans le cas où la notion d'état de cessation de paiement était plus financière que comptable ou trésorière.

Certes, le souci du législateur est de traiter les entreprises ayant encore une chance de redressement, c'est donc un souci d'anticipation qui l'anime. Il n'empêche que la mise en place de conditions d'ouverture plus souples et réalistes est vivement recommandée.

L'article 568 précise que les fonctions de syndic sont exercées par les greffiers, le tribunal pouvant les confier à un tiers. Dans la pratique, ces fonctions sont exercées par des experts-comptables. Un texte d'application devrait fixer de manière précise les conditions requises pour cette fonction, leur mode de rémunération et les incompatibilités. Il est curieux de constater, à ce propos, que le texte prévoyant les contrôleurs traite de leurs incompatibilités bien que les contrôleurs n'aient pas un rôle prépondérant dans la procédure. A l'inverse, le texte ne prévoit pour le syndic qu'une incompatibilité limitée⁸, bien que ce dernier constitue un organe central dans la procédure.

II.2.2. Les organes de la procédure.

Les deux organes majeurs de la procédure sont le juge-commissaire et le syndic. Le premier est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et la protection des intérêts en présence, le second est chargé de mener les opérations de redressement et de liquidation à partir du jugement d'ouverture jusqu'à la clôture de la procédure.

Les deux seuls articles que la loi consacre au juge-commissaire ne rendent pas compte de l'importance de cet organe. Bien entendu, tout au long des articles de la loi, les pouvoirs du juge-commissaire sont détaillés. Cette façon de présenter les choses vaut une autre. Cependant, la loi est muette sur le rôle précis que doit jouer le juge-commissaire pour la transformation du travail préparatoire du syndic en plate forme de jugement. Ni délais, ni formes ne sont prévus par la loi⁹. Il semblerait, à la lecture de l'article 590, que le tribunal est saisi directement sur la base du rapport du syndic ce qui ne laisse pas de surprendre.¹⁰

Quant au syndic et outre ce qui a été précisé ci-dessus, leur rôle recoupe celui confié aux administrateurs judiciaires dans la législation française. Or ce corps des auxiliaires judiciaires est strictement réglementé et est rompu à la pratique des procédures collectives. Par contre, l'expérience marocaine de ce type de procédure a démontré que l'un des points noirs de celle-ci demeure

⁸ Article 637, alinéa 2

⁹ Dans la loi française, le rapport du juge-commissaire au tribunal est une formalité substantielle de la procédure.

¹⁰ Article 590 « sur le rapport du syndic et après avoir entendu le chef de l'entreprise, les contrôleurs et les délégués du personnel, le tribunal décide soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession soit sa liquidation »

l'inexpérience voire l'incompétence de certains syndics¹¹. L'exigence d'un professionnalisme certain est d'autant plus importante que le syndic a une charge très lourde dans le système marocain. Parmi ses attributions, trois méritent d'être mises en relief.

Il peut être amené à gérer directement l'entreprise en se substituant au chef d'entreprise. Du reste, la loi précise que « dans sa mission, le syndic est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise »

Il a, seul, qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers ;

Il doit préparer un rapport complet sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise et présenter un projet de règlement au (tribunal) pour décision.

Le troisième organe de la procédure que l'on peut considérer comme un organe d'appoint sont les contrôleurs. Assez correctement organisés par le texte de l'article 645, ils ne peuvent être révoqués que par le tribunal. Toutefois, le texte aurait mérité d'être plus précis sur la manière dont ils rendent compte aux créanciers et l'étendue de leur responsabilité en cas de défaillance. Le législateur a malgré tout essayé de les associer aux grandes étapes et décisions de la procédure.

II.2.3. La déclaration de créance. Articles 686 à 690

Il s'agit d'une étape très importante et sensible du processus. Sans entrer dans les détails, il importe d'indiquer les modifications qu'il convient d'apporter à la loi pour une meilleure administration de la justice.

L'article 686 doit clairement indiquer que l'avertissement, objet du premier alinéa est du ressort du secrétaire-greffier.¹² La confusion en matière d'avertissement est entretenue par la rédaction de l'article 689 qui précise que le débiteur remet au syndic la liste certifiée de ses créanciers et du montant de ses dettes. En fait, il s'agit simplement de confirmer le contenu de l'article 569 ;

Seuls sont avertis personnellement les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou d'un contrat de crédit-bail publié. Or, la pratique a démontré que le cabinet du juge-commissaire est encombré de demandes en relevé de forclusion des créanciers qui n'ont pas produit à temps leur créance, faute d'avoir reçu à temps le Bulletin Officiel. Cette manière d'informer pose, en réalité, un problème juridique qui dépasse le seul cadre du traitement des difficultés de l'entreprise. On voit mal les services juridiques des banques, des compagnies d'assurance, des impôts, de la CNSS etc. passer tous les jours en revue leur base de données clientèle pour y dénicher l'entreprise concernée par une procédure collective.

La solution, à notre sens, passe par l'avertissement individuel¹³ à tous les créanciers dont la liste aura été fournie par le débiteur à l'appui de sa demande. De même, tous les organismes sociaux doivent être systématiquement informés de tout jugement de mise en redressement. Dans le cas où le redressement aura été prononcé sur déclaration de cessation de paiement, on peut imaginer que ce soit le syndic qui fera circuler l'information sur la base de la documentation comptable que le

¹¹ Dans certains dossiers, le tribunal a dû changer le syndic deux fois. Voir arrêt de la Cour d'Appel de Commerce de Casablanca n°94/2001 du 29 avril 2001.

¹² Un litige oppose, actuellement, auprès du tribunal de commerce de Rabat une société de crédit-bail qui n'a pas produit sa déclaration à temps car non avertie et le syndic qui refuse le dépôt tardif de cette déclaration.

¹³ Quitte à rendre cet avertissement payant

commerçant lui aura communiquée en application de l'obligation lui incombant au titre de l'article 686.

II.2.4 La préparation de la solution.

La période d'observation, puisqu'il faut bien l'appeler ainsi, dure 4 mois renouvelables une fois. Ce délai peut être suffisant pour les petites entreprises mais est nettement insuffisant pour les entreprises d'une certaine taille d'autant plus que ce délai est écorné par la durée de deux mois ouverte pour la déclaration de créances. Il est édifiant de constater, à ce propos, que sur tous les grands dossiers de redressement judiciaire que le Maroc a connu depuis 1998, aucun n'a respecté le délai de 8 mois. Cela confirme ce qui a été dit précédemment. Précisons, pour mémoire, que le régime général en France prévoit un délai de 20 mois.

L'article 582, le dernier alinéa comporte une curieuse interdiction¹⁴. Si elle est « morale » dans son principe, cette disposition est, par contre, mal placée. En effet, elle figure en fin de l'article 582 qui, lui, concerne le régime juridique de l'offre en général. Il n'y est pas précisé de quelle offre il s'agit : L'offre de continuation ou de cession. Ce caractère d'exclusion est renforcé par la rédaction, sèche, du premier alinéa de cet article qui précise que « Dès l'ouverture de la procédure, les tiers à l'entreprise sont admis à soumettre au syndic des offres tendant au maintien de l'entreprise ... »

Cette rédaction pose deux questions : Le débiteur est-il habilité à préparer un plan de continuation et le présenter au syndic ? L'expression « tiers » ci-dessus signifie-t-elle que cette possibilité est étendue aux tiers ou bien ne concerne que les tiers ?

Il est évident que l'offre de continuation va émaner principalement du débiteur lui-même puisque c'est lui qui connaît le mieux son entreprise, c'est souvent lui qui va négocier avec les créanciers les conditions de remise de dette et de l'étalement du paiement. Il n'y a donc pas d'obstacle à ce que ce soit le débiteur qui prépare le plan de continuation. Dans la pratique, ce sont souvent des cabinets d'experts comptables qui réalisent ce travail pour le compte du débiteur. Du reste, la Cour de Cassation française a jugé en 1997 que le fait que la loi ait chargé le l'administrateur judiciaire de préparer les offres n'empêchait pas le débiteur de la préparer lui-même.

Cette critique n'est pas simplement théorique. Dans le plus important dossier de redressement judiciaire qu'a connu le Maroc, L'un des arguments soulevés par une entreprise candidate à la reprise de l'entreprise mise en redressement était que l'offre de continuation déposée par l'entreprise elle-même violait les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 582.

Pour conclure, notre avis est que ce dernier alinéa soit supprimé de cet article et reporté en début de l'article 604 consacré, lui, aux modalités de la cession.

a) Le plan de continuation

Pas de critiques importantes à formuler. Cependant deux remarques doivent être faites :

La première concerne l'interaction entre la procédure de vérification de créance et l'arrêté du plan de continuation. La position du législateur est logique. Il est contre productif que l'arrêté du plan de continuation (ou de cession) reste tributaire de la procédure de vérification de créances qui, elle, peut

¹⁴ Article 582, al. 4 « Ni les dirigeants de l'entreprise, ni leurs parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement ne sont admis, directement ou par personne interposées, à formuler une offre.

durer longtemps. Mais d'un autre côté, lorsque cette procédure aura été menée à son terme et qu'elle aura arrêté un passif insupportable par le plan, la sanction sera la résolution de celui-ci. Mais à partir de quel seuil ? A-t-on le droit de précipiter le sort d'une entreprise sauvée provisoirement par un redressement judiciaire alors même que la logique de ce redressement est de maintenir l'entreprise et les emplois ?

Plus grave est la situation où le passif de l'entreprise est tel que le tribunal la déclarera dans une situation irrémédiablement compromise et la mettra en liquidation. Que se passera-t-il si la procédure de vérification de créances aboutissait à l'annulation d'une partie telle du passif que l'entreprise aurait survécu avec le passif restant ?

La seconde a trait probablement à un oubli du législateur. L'inaliénabilité des biens que le tribunal estime indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise doit être inscrite au registre de commerce de l'entreprise et à la conservation foncière.

b) Les mesures conservatoires

L'article 650 traitant de l'incessibilité des parts sociales, actions, certificats d'investissement et droits de vote à compter du jugement d'ouverture renvoi, de manière inexplicée à l'article 567 dont le contenu n'a rien à voir avec la matière traitée !

c) L'arrêt des poursuites individuelles

L'article 653 pose un principe général qui procède de la logique du redressement. Il faut protéger l'entreprise en lui donnant du répit pour lui permettre de préserver son actif.

Dans la pratique, cette interdiction pose de nombreuses difficultés dont a eu à connaître la justice française. Nous ne les aborderons pas car le cadre ne s'y prête pas. Contentons-nous de souligner les principales :

Quid des mesures conservatoires et particulièrement les saisies-arrêts ? Ces mesures ne visent ni à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, ni à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Ce ne sont pas, non plus des mesures d'exécution. Rien ne s'oppose alors à ce que le juge les accorde. Certains diront que cette mesure conservatoire serait inutile car, de toutes façons, le jugement d'ouverture interdit toute aliénation. Cela est vrai pour la cession des actifs qui se trouvent entre les mains du débiteur, ça l'est moins pour ceux qui se trouvent entre les mains de tiers. C'est le cas de la saisie-arrêt entre les mains du tiers saisi, c'est le cas, également de la saisie des actifs consignés auprès de tiers ...

Sur un autre registre, il convient de souligner la rédaction maladroite du début de l'article 654, qui précise que « les instances en cours sont suspendues jusqu'à ce que le créancier ... » Juridiquement, il ne s'agit pas d'une suspension des actions mais d'une interruption des poursuites car s'il s'agissait d'une suspension, elle reprendrait dès que la cause de la suspension aurait disparu.

d) L'arrêt du cours des intérêts

Là aussi, l'apport de la jurisprudence française a été déterminant dans la construction d'une position générale. Le législateur marocain s'est montré, ici, plus clément pour l'entreprise en redressement que son homologue français. En effet, Au Maroc, l'arrêt du cours des intérêts concerne tous les types

de contrats. Par contre, En France, ne sont pas concernés par cet arrêt les intérêts sur prêts de plus d'un an et ceux bénéficiant d'un différé de paiement de plus d'un an.

e) La nullité de certains actes conclus pendant la période suspecte

Deux types d'actes peuvent être annulés. Ceux qui sont annulés de droit, ce sont les actes à titre gratuit et ceux qui sont annulables à la demande du syndic. Le législateur français a rangé dans la première catégorie même les contrats commutatifs dans lesquels les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie. » Certes, il relève du pouvoir d'appréciation souverain du juge de considérer s'il y a un déséquilibre ou non dans le contrat en question. Il n'empêche que le législateur français s'est montré plus logique dans sa démarche.

Au terme de cette étude, la conclusion que l'on peut en tirer est que, globalement, l'état de notre législation est satisfaisant. Les textes modernes couvrent très correctement les situations juridiques qu'elles sont sensées prévoir et résoudre. Toutefois, un effort de toilettage est à faire en direction de la législation datant du protectorat ou du début de l'indépendance, de même que certains textes doivent être épaulés par des décrets d'application qui leur font cruellement défaut

Cet effort doit être accompagné d'une campagne de formation à l'adresse des juges et autres auxiliaires judiciaires et d'information à l'intention des opérateurs économiques.

DEUXIEME PARTIE : LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET DE LA PROPRIETE INDUSTRIELLE

CHAPITRE I. LE DROIT DE LA CONCURRENCE

D'application récente, la législation relative à la liberté des prix et de la concurrence (dahir n° 1-00-225 du 5 juin 2000) a été adoptée dans le cadre des réformes entreprises par les pouvoirs publics pour moderniser l'environnement juridique et institutionnel de l'entreprise marocaine.

I. LA LOI

La loi sur la concurrence est très pragmatique et fortement inspiré du droit français de la concurrence (lui même remanié par la loi relative aux nouvelles régulations économiques dite NRE du 15 mai 2001).

Adoptée dans le cadre des réformes de l'environnement financier et juridique des entreprises, la loi n° 6 –99 marque la volonté des gouvernants de faire de la liberté des prix, du libre accès au marché et de la transparence des transactions économiques, les éléments fondateurs de l'économie actuelle, en voie de modernisation. Elle est appliquée en matière de réglementation des prix, des pratiques restrictives de concurrence; elle poursuit tout autant des objectifs parallèles de protection des consommateurs. Les dispositions de la loi sont dictées par les principes de transparence, de non discrimination et de loyauté tels qu'édictés par l'Organisation Mondiale du Commerce.

Le Droit marocain de la Concurrence a pour objectif fondamental de déterminer les règles du processus concurrentiel au sein du marché national et réprimer les atteintes à ses mécanismes et à son fonctionnement loyal.

Matérialisant un processus de libéralisation des marchés : ce droit offre deux facettes : l'une consiste à limiter les excès de la concurrence alors que l'autre consiste à favoriser le développement de la concurrence et à la protéger. La lutte contre les atteintes à la concurrence vise ainsi à réprimer les pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit de lutter contre les accords entre entreprises pour limiter la concurrence qu'elles pourraient se faire entre elles ou pour empêcher la concurrence d'entreprises tierces. Il s'agit également de lutter contre des concentrations d'entreprise qui arrivent à paralyser la concurrence et à permettre des abus de position dominante (titre III et IV).

Dégager les axes principaux d'une éventuelle réforme du Droit Positif suppose au préalable de mettre en lumière de quelle manière celui ci s'articule avec les dispositions de l'accord d'association contracté avec l'Union Européenne et avec les termes de l'accord de libre échange avec les Etats Unis en cours de négociation, et dans quelle mesure il répond aux intérêts de base, primordiaux et surtout concrets, comme ceux économiques et financiers, du marché des entreprises et des consommateurs.

Au terme des recherches et consultations effectuées, nous constatons l'importance d'une harmonisation volontaire du Droit positif avec les dispositions matérielles et procédurales communautaires (européennes). L'analyse des principaux droits voisins a fourni de nombreuses inspirations pour instituer le dispositif législatif actuel.

A partir de cet objectif, la démarche consiste à considérer la politique nationale de concurrence comme un instrument d'intervention économique dont la finalité consiste à protéger (et promouvoir) les intérêts spécifiques du Maroc et de développer une stratégie de promotion des investissements. Aussi, cette modernisation envisagée, via la réglementation de la concurrence, s'appuie sur la volonté générale d'adaptation de la législation nationale aux mutations économiques contemporaines du Maroc.

La problématique aujourd'hui établie est donc d'apprécier le bénéfice d'une telle législation à l'actuel environnement économique.

Nous choisissons d'exposer ces propositions autour des quatre thèmes suivants :

- les prix ;
- les pratiques anticoncurrentielles, telles les ententes et les abus de position dominante ;
- les opérations de concentration économiques ;
- l'information et la protection des consommateurs.

I.1. Présentation

1/ Analyse du contexte et des principes directeurs de la législation marocaine relative à la concurrence

Outre l'examen de la législation en vigueur et de son interprétation jurisprudentielle et doctrinale, les consultations avec les milieux professionnels ont permis de se familiariser avec le contexte marocain de la concurrence (jusque là très mal promu et diffusé !) dont la structure (ainsi que celle du marché et des entreprises) est en étroite corrélation avec la taille du territoire et de sa situation géographique.

Dans ce contexte, la politique de concurrence est conçue comme un moyen de développer les exportations et améliorer les conditions économiques des importations en favorisant notamment certaines formes de coopération entre petites et moyennes entreprises et en utilisant les potentialités des accords de libre échange récemment conclus.

La législation permet au gouvernement de réguler et de contrôler les concentrations économiques telles que les fusions ou toute autre sorte de pratiques anticoncurrentielles (ententes sur les prix, constitution de cartels, etc...) qui créent ou renforcent une position dominante. Toute position dominante crée des abus dont les principales victimes sont les consommateurs (prix élevés, choix plus étroit des marchandises ou pénurie).

Toute fusion, concentration, ou autre transaction qui peut avoir comme conséquence de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises de contrôler 40% du marché national, doit obtenir un avis préalable favorable du Premier Ministre. Il n'est pas illégal qu'une entreprise tiende une position dominante sur le marché si cette position résulte de sa propre force concurrentielle et de son efficacité.

Cependant, certains accords qui tout en restreignant la concurrence encouragent le progrès technique, améliorent la distribution ou la gestion des PME ou la commercialisation des produits agricoles, sont autorisés.

I.2. Evaluation

La loi sur la concurrence est trop récente pour en faire une évaluation à partir de la jurisprudence qu'elle aurait suscitée.

En revanche, les professionnels du droit interrogés dans le cadre de l'enquête que FMI a menée auprès d'eux formulent certaines critiques majeures relatives au texte même de la loi qui leur semble incomplète.

I.3. La question déterminante de la réglementation des prix

La loi n° 6-99 a introduit le principe de la liberté de fixation des prix par les commerçants et prestataires de services (Titre II). En contrepartie d'un tel principe, la loi établit des dispositions impératives quant au développement d'une concurrence réelle et loyale, tant en ce qui concerne les relations entre professionnels que celles pouvant exister entre professionnels et consommateurs profanes.

La réglementation des prix est apparue comme un des points centraux de ce type de législation, car la libéralisation des prix apparaît comme le corollaire inévitable d'une politique de libre concurrence.

Un triple constat s'est imposé :

- Le constat principal est celui du maintien d'un contrôle relatif des prix (articles 3, 4 et 5 de la loi). Le système permet aux autorités soit d'encadrer strictement et de façon impérative le prix de certains produits en imposant un prix maximum ou encore en fixant des prix de vente. Les exceptions risquent d'être trop générales. Ainsi, le principe institué par la Loi est celui d'une liberté des prix sous contrôle ; et la faculté d'intervention des pouvoirs publics sur le marché reste très importante. Par exemple, l'administration est en mesure de réguler les réglementations des prix des produits pharmaceutiques, des tabacs, des transports, des télécommunications, de certains services bancaires, de certains baux commerciaux.
- Le texte nous semble vague puisqu'il ne précise pas par exemple ni que le monopole (article 3) doit être d'origine légale ou réglementaire, ni la nature et l'importance des difficultés durables d'approvisionnement susceptibles de justifier l'action de l'administration. De tels critères ne sont pas mentionnés ni précisés. C'est une intervention très large, d'emblée justifiée. En fait, ces imprécisions terminologiques militent en faveur d'une extension éventuelle de l'intervention du gouvernement en matière de fixation des prix.
- Quant à l'article 4, il confère aux pouvoirs publics la possibilité d'intervenir dans la fixation des prix pour des raisons conjoncturelles lorsqu'il apparaît que des circonstances extérieures exceptionnelles existent, alors même que la libre détermination des prix par le jeu de la concurrence ne serait pas altérée.

Nous concluons ainsi qu'en dépit de la proclamation « solennelle » de la liberté des prix, force est de constater aujourd'hui que de nombreux secteurs d'activités restent soumis à des réglementations tarifaires très contraignantes. Cette énumération suffit à démontrer que cette liberté des prix n'est pas aussi forte que cela ne paraît. La liberté des prix demeure une liberté encadrée.

On peut raisonnablement affirmer qu'il est possible, même en présence d'une liberté des prix clairement proclamée, de maintenir un système de régulation efficace, respectueux des intérêts des opérateurs économiques et des consommateurs. Cette technique législative dite ponctuelle a le mérite d'être souple et de donner aux pouvoirs publics la possibilité d'intervenir d'une manière ponctuelle, souple et rapide en cas de dérèglement conjoncturel du marché.

I.4. Les pratiques anticoncurrentielles : les ententes et les abus de position dominante (articles 6 à 9; Titre III)

2.1 Régime juridique des ententes

L'entente anticoncurrentielle, pratique prohibée par l'article 6 de la loi est un accord ou une action concertée qui a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de produits ou de services déterminé. Cette entente peut prendre diverses formes (écrite ou orale, expresse ou tacite, horizontale entre concurrents sur un même marché ou verticale, comme par exemple entre un producteur et un distributeur). L'entente s'entendant d'un accord de volontés, les parties concernées disposent d'une autonomie de décision suffisante les unes par rapport aux autres. Ainsi, ne peuvent être qualifiées d'ententes des pratiques associant deux filiales d'un même groupe qui ne disposent d'aucune autonomie propre. Les ententes entre entreprises doivent s'entendre comme des ententes entre des entités dont l'une au moins peut être considérée comme un opérateur économique.

Vu le contexte de modernisation progressive des institutions économiques, le législateur doit envisager que doivent être également prohibées les pratiques d'entente mises en œuvre "par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors du Maroc" (en référence de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques).

L'article 6 vise à la fois les ententes ayant un objet et/ou un effet restrictif de concurrence (deux notions bien distinctes qu'il convient de ne pas confondre).

a. Premièrement, l'intérêt de la notion d'objet anticoncurrentiel est de permettre d'appréhender des comportements d'entente qui sont potentiellement dangereux pour le bon fonctionnement de la concurrence. Citons un exemple : les accords qui comportent des clauses ou des modalités restrictives de concurrence doivent être examinés pour vérifier si ces clauses ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire à l'objectif de protection légitime visé par l'accord et si, donc, elles ne sont pas nocives du point de vue de la concurrence. Tel serait le cas par exemple d'un accord de distribution conclu entre un producteur et un distributeur qui prévoirait la fixation de prix de vente communs.

Cette notion d'objet anticoncurrentiel, qui existe dans la plupart des législations de la concurrence, est indispensable pour préserver le jeu concurrentiel des marchés. En effet, il ne suffit pas de sanctionner les seules ententes qui ont réussi. L'intérêt de mentionner la notion d'objet anticoncurrentiel est que l'on peut agir préventivement.

b. La notion d'effet anticoncurrentiel, pour sa part, conduit à analyser, au cas par cas, les effets réels ou potentiels des pratiques mises en œuvre. Les sanctions sont généralement plus fortes lorsque l'atteinte à la concurrence est démontrée et elles sont d'autant plus élevées que l'affectation de la concurrence, et donc l'effet anticoncurrentiel, est sensible. En outre, une entente peut être condamnée du fait de ses effets, même s'il n'y a pas un objet anticoncurrentiel caractérisé.

Ces deux notions, d'objet et d'effet anticoncurrentiels, peuvent donc être utilisées aussi bien séparément que cumulativement.

Compte tenu du nombre et de la diversité des ententes anticoncurrentielles, il serait impossible d'en fournir une liste exhaustive. Aussi, l'article 6 se borne-t-il à citer les exemples les plus caractéristiques : les actions concertées et les conventions qui tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, ceux qui tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse (le cas "classique" des ententes tarifaires), ceux qui tendent à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique...

2.2 Régime juridique des abus de position dominante

L'exploitation abusive de position dominante, ou abus de position dominante, est l'une des deux pratiques prohibées par l'article 7 de la loi, la seconde étant l'abus de dépendance économique (article 7, alinéa 2). Il s'agit du deuxième type de pratique anticoncurrentielle envisagée, au même titre que l'entente.

L'abus de position dominante est prohibé dans les mêmes conditions que l'entente (pratique anticoncurrentielle visée par l'article 6). Ainsi, cette prohibition s'applique lorsque les pratiques "ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché". L'article 7 vise les pratiques mises en œuvre "par une entreprise ou un groupe d'entreprises". Ceci s'explique par la nature des pratiques incriminées : les abus de domination résultant d'un pouvoir de marché, ne peuvent être commis que par une ou plusieurs entreprises.

Pour qu'il y ait abus de position dominante, trois conditions doivent être réunies : l'existence d'une position dominante, une exploitation abusive de cette position et un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché. Aussi convient-il d'examiner successivement ces différents points.

a. L'existence d'une position dominante

Nous remarquons que la notion de position dominante n'est pas définie par les textes. A titre d'information, la jurisprudence européenne a consacré une définition: "la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs". La position dominante s'entend sur un marché de produits ou de services déterminé, l'appréciation d'une telle position passe inévitablement par une définition préalable du marché pertinent, ce qui impose de mesurer le degré de substituabilité des produits ou services susceptibles de constituer ledit marché. Le simple constat de la forte part de marché d'une entreprise ne permet pas de conclure à lui seul à l'existence d'une position dominante. En revanche, si l'entreprise concernée dispose d'une avance technologique telle qu'elle lui permet d'augmenter ses prix sans craindre une érosion de sa clientèle, cette entreprise peut être considérée comme étant en position dominante. Il en va de même d'une entreprise qui détient des marques d'une très forte notoriété auprès des consommateurs, au point que les distributeurs ne peuvent se passer de ces marques.

Au Maroc, les cas de position dominante le plus caractérisé est la position de monopole. A fortiori si cette situation n'est pas ponctuelle (cas où une entreprise est la première à intervenir sur un marché émergent) mais résulte de la difficulté pour d'autres opérateurs d'entrer sur le marché (existence de barrières de nature réglementaire, technologique ou autres...), on peut conclure à une position dominante nocive aux opérateurs économiques du même secteur.

b. L'exploitation abusive d'une telle position

L'article 7 alinéa 3 énumère des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante telles que le refus de vente, les ventes liées, les conditions de vente discriminatoires ou la rupture des relations commerciales au motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Cette liste n'est pas limitative.

A la lecture de la loi, nous remarquons que la notion d'abus de position dominante recouvre deux notions différentes :

1. Les abus illicites par eux-mêmes

Dès lors qu'ils sont mis en œuvre par une entreprise en position dominante, de tels comportements sont constitutifs d'abus au sens de l'article 7.

Relèvent notamment de cette catégorie les pratiques énumérées aux alinéa 2 et 3 de la l'article 7.

2. Les comportements qui ne sont abusifs que parce que l'entreprise occupe une position dominante

Certaines pratiques considérées comme admissibles du point de vue de la concurrence lorsqu'elles émanent d'entreprises ne détenant qu'une faible position sur leur marché et étant de ce fait soumises à une concurrence effective, deviennent anticoncurrentielles lorsqu'elles émanent d'une entreprise en position dominante. D'une manière générale, sont considérés comme abusifs tous les comportements excédant les limites d'une concurrence normale de la part d'une entreprise en position dominante et qui ne trouvent d'autre justification que l'élimination des concurrents effectifs ou potentiels ou l'obtention d'avantages injustifiés (pratiques d'éviction des concurrents, dispositions contractuelles imposées aux partenaires économiques qui renforcent le pouvoir de l'entreprise dominante sur le marché, toutes formes de pratiques commerciales à l'égard des clients ou concurrents de l'entreprise dominante visant à l'octroi ou au maintien d'avantages injustifiés, pratiques de prix prédateurs...).

3. Un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché

Il y a lieu de rechercher si le comportement abusif a un objet ou un effet restrictif de la concurrence. Comme nous l'avons d'ores et déjà rappelé, seule une atteinte sensible à la concurrence peut caractériser une pratique anticoncurrentielle. Ainsi, ne peuvent être sanctionnés que les abus de position dominante dont les effets, actuels ou potentiels, sont suffisamment tangibles. Quelle institution sera en mesure d'apprécier cet effet ?

En outre, l'infraction d'abus de position dominante ne peut être constituée que s'il y a un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'abus qui lui est imputé.

L'effet anticoncurrentiel de telles pratiques peut se produire sur un autre marché de produits ou de services que celui sur lequel l'entreprise concernée occupe d'ores et déjà une position dominante. Cette hypothèse demeure au Maroc rare en pratique. Ainsi, lorsqu'une entreprise en position dominante sur un marché donne subordonne l'octroi de remises sur ses produits situés sur ce marché à l'achat de ses autres produits situés sur un autre marché, c'est ce dernier marché qui est plus particulièrement affecté.

Les exemptions prévues par l'article 8 :

Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 6 et 7 de la loi, « les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire » pris pour son application.

De même, ne sont pas soumises aux dispositions de cet article « les pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet de contribuer au progrès économique » et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Par ailleurs, ces pratiques ne doivent pas imposer de restrictions de la concurrence autres que celles qui sont strictement indispensables pour atteindre cet objectif. Les exemptions légalement prévues à ces deux pratiques anticoncurrentielles (ententes et exploitation abusive d'une position dominante) appellent cinq remarques :

a. L'exemption retenue à l'article 8 lève la prohibition de pratiques anticoncurrentielles résultant d'un texte législatif ou réglementaire : cette terminologie législative est très vague et délimite mal, pour l'opérateur économique, l'exception aux articles 6 et 7.

b. L'exemption retenue à l'article 8 lève la prohibition de pratiques anticoncurrentielles contribuant au progrès économique dès lors que ces contributions sont suffisantes à compenser les restrictions de concurrence : est posée la question de la signification du progrès économique, de sa quantification, de sa définition objective et décisive.

c. L'obligation de notification au premier ministre de l'opération de concentration (ayant porté atteinte à la concurrence, par « création ou renforcement d'une position dominante ») est conditionnée par la réalisation de 40% des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens : Mal adapté à la structure et à l'environnement des entreprises, ce seuil de compétence est difficilement quantifiable.

De surcroît, aucune procédure impérative de notification ou de contrôle n'ont été instituées et diffusées auprès des opérateurs.

N'aurait il pas été plus adapté qu'une telle procédure soit soumise au Ministre du Commerce et de l'Industrie ?

d. Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations est opéré au cas par cas sur la base d'un bilan économique : quels sont alors les éléments à prendre en compte pour estimer le dit bilan ?

e. La législation marocaine de la concurrence comporte en outre deux contradictions majeures :

- S'agissant de l'exemption prévue à l'article 8, il est mentionné que celle ci concerne « certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des petites ou moyennes entreprises ... ». Or, la majeure partie du tissu industriel marocain est constitué de petites et moyennes entreprises. Cette exemption ne risque t-elle pas de devenir la règle ? N'aurait on pas dû préciser les critères de la petite et moyenne entreprise ?

Ce dispositif réserve aussi un traitement spécifique à certains accords entre PME visant l'amélioration de leur gestion. Cette formule pêche par son imprécision et son ambiguïté.

- Enfin, les secteurs traditionnels, voire informels (notamment ceux de l'artisanat, de l'agriculture, de la pêche) constituant une fraction notable de l'économie locale sont, pour la plupart, de petites et moyennes entreprises.

4. Les opérations de concentration économique (articles 10 à 13; Titre IV)

Le régime marocain des concentrations est aligné sur les systèmes existants dans la majorité des pays européens, et notamment le Droit Français, profondément modifié au terme de l'adoption de la loi NRE (en date du 15 mai 2001).

Qu'est ce qu'une concentration ?

Une concentration est réalisée lorsqu'il y a transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens (...) d'une entreprise à une entreprise ou à un groupe d'entreprises afin d'exercer (...) une influence déterminante. Cette influence signifie que la prise de contrôle de l'entreprise peut résulter de toutes les circonstances qui sont de nature à conférer une influence décisive sur la politique commerciale d'une ou de plusieurs entreprises.

A la lecture de la loi, une incertitude demeure :

- Que signifie une influence déterminante ? Cette notion exprime t-elle une prise de contrôle de droit (51% du capital social) ou de fait (influence significative des politiques stratégique et commerciale de l'entreprise) ? Pourquoi la loi ne mentionne-t-elle pas la « création d'une entreprise commune existante ?

On propose que l'opération de concentration soit définie comme des joint venture (entreprises communes) qui sont contrôlées conjointement par deux sociétés mères indépendantes et qui disposent de ressources financières, humaines et matérielles suffisantes pour exercer une véritable activité économique indépendamment de leurs sociétés mères .

Quelles concentrations faut il notifier ?

Les concentrations sont soumises à une obligation de notification (article 12). Sur ce point, la loi s'est alignée sur le nouveau droit français des concentrations qui a institué une obligation de notification des opérations qui atteignent certains seuils de compétence (conférer à la loi relative aux nouvelles régulations économiques, du 15 mai 2001).

Le seuil de compétence est mentionné à l'article 10 alinéa 2 du titre IV : il s'agit de la réalisation par les entreprises, parties à l'acte de transfert de propriété de biens, droits et obligations, de plus de 40% des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services de même nature ou substituables, ou sur une partie substantielle de celui-ci. »

La définition de ce seuil a le mérite d'être simple et pragmatique. Seulement, lorsqu'il s'agit d'apprécier la réalisation de 40% des ventes sur « une partie substantielle du marché national », cette formulation pêche par son ambiguïté. Comment quantifier cette partie substantielle ? Doit on l'exprimer en parts de marchés ? Cette expression en parts de marché est complexe car elle suppose que soit au préalable définis les marchés pertinents.

Comment et quant notifier ?

L'obligation de notification suppose que les entreprises concernées doivent préparer un dossier de notification. En principe, ce dossier de notification devrait être notifié au Ministre de l'Economie, soit par toutes les parties dans le cas d'une fusion ou d'une entreprise commune, soit par la partie qui acquiert le contrôle d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise.

Deux remarques s'imposent :

- l'autorité exécutive qui semblerait la plus compétente pour apprécier les effets de l'opération de concentration sur le marché est le ministre de l'économie ;
- le contenu du dossier de notification, les modalités et les délais de cette même notification doivent faire l'objet d'un décret d'application ou du moins d'une circulaire.

La Loi n'est pas claire quant au délai de notification. Aucune disposition relative à ce type d'opération (Titre IV et section II du chapitre III) ne mentionne un délai précis de notification. On pourrait interpréter le texte de loi comme créant une obligation immédiate de notification dès que les accords d'acquisition/fusion ont été conclus. Le décret d'application de la loi devrait prévoir un délai de notification. Par ailleurs, il est intéressant de noter que la loi ne mentionne pas la possibilité de notifier un simple projet de concentration.

En pratique, il faudrait que les autorités compétentes (le ministère de l'économie, en l'occurrence, et le Conseil de la Concurrence) puissent être approchées de manière informelle avant la notification, en vue de vérifier si le dossier de notification est suffisamment complet.

5. Fonctionnement et durée de la procédure

Le 1^o Ministre examine le dossier de notification, interroge les parties et saisit le Conseil de la concurrence. Ce dernier a un rôle exclusivement consultatif et apprécie si l'opération de concentration projetée « apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». La décision d'autoriser une telle opération relève du 1^o ministre.

Nous suggérons qu'une telle décision doit être prise conjointement avec le Conseil de la Concurrence et le Ministre de l'économie dont relève le secteur d'activité concerné.

Les parties peuvent proposer des engagements en vue d'obtenir l'autorisation de l'opération. Simultanément, « la réalisation de l'opération peut être également subordonnée à l'observation de prescriptions obligatoires de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante (...) ».

6. Critères d'interdiction ou d'autorisation d'une opération

Une opération de concentration peut être interdite lorsqu'elle a principalement pour effet de renforcer une position dominante ou une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Le conseil de la concurrence, seule autorité compétente pour apprécier de tels effets, prend en compte les parts de marchés des parties et les circonstances particulières de chaque segment du marché, telles que les barrières à l'entrée, la structure de la concurrence, l'intégration verticale des parties, les effets potentiels d'une structure de marchés oligopolistiques (position dominante collective). Le conseil de la concurrence devrait se fonder sur le système économétrique américain « Herfindahl-Hirshman Index » qui permet de mesurer l'impact d'une opération sur la structure du marché.

Nous concluons en proposant les réformes suivantes :

- la clarification du ou des critère (s) de fond d'analyse des opérations et de notification des dossiers ;
- la rationalisation des délais de notification des opérations au ministère concerné et au Conseil de la Concurrence ;
- la simplification du système de renvoi des affaires aux autorités nationales ;
- la simplification du système des enquêtes et d'instruction des pratiques anticoncurrentielles ;
- un assouplissement du calendrier et de la procédure des enquêtes, en particulier pour les affaires nationales « complexes » et internationales ;

- un renforcement des pouvoirs du Conseil de la Concurrence qu'il s'agisse de pouvoirs consultatifs, décisionnels, d'enquête.

II. LES INSTITUTIONS

II.1. Le rôle inexistant du Conseil de la concurrence

La législation nouvelle a créé un conseil de concurrence qui a des attributions consultatives aux fins de donner des avis, des conseils ou des recommandations en matière de concurrence et de pratiques anti-concurrentielles.

Ce conseil qui a été constitué et dont les membres ont été nommés n'exerce pas encore ses attributions. Les raisons pour cet état des choses ne sont pas claires, et il s'avère que ce Conseil est tenu par un officiel qui détient d'autres fonctions en dehors de ce poste, reléguant la bonne marche du Conseil de côté.

II.2. La primauté du Bureau du Premier Ministre

Les compétences dévolues par la loi au conseil de la concurrence sont actuellement exercées par le bureau du Premier Ministre sur les marchés et la concurrence des prix, qui contrôle les pratiques anti-concurrentielles et:

- Donne un avis sur les fusions, des acquisitions et autres transactions qui peuvent affecter la concentration du marché.
- Apprécie la structure du marché pour déterminer le niveau de la concurrence et l'existence de concentrations éventuelles,
- Répond aux réclamations relatives aux accords sur les prix ou aux activités de contrôle au marché.
- Collecte les amendes en cas d'infraction à la législation sur la concurrence et les prix,
- Etablit une organisation pour fournir la surveillance des questions relatives à la loi de concurrence et quelques capacités de consultation.
- Contrôle les prix,
- Participe aux projets de privatisation en interdisant la privatisation lorsque cette dernière aboutit à une concentration préjudiciable aux consommateurs.

En conclusion, il ressort de l'analyse de la loi, de la pratique et des enquêtes menées que :

- 1) La loi est lacunaire et parfois tellement imprécise que les dérogations qu'elle prévoit tendent à devenir la règle et non l'exception,
- 2) Que l'organe régulateur de la concurrence au Maroc bien qu'étant constitué ne joue pas son rôle,

- 3) Que le rôle essentiel en matière de contrôle des pratiques anti-concurrentielles est tenu par les services du Premier Ministre,
- 4) Que cette législation ne fait pas encore partie intégrante des comportements économiques locaux,
- 5) Que les magistrats des tribunaux de commerce, chargés d'appliquer cette loi n'ont reçu aucune formation en la matière,
- 6) Que les associations de consommateurs qui pourraient jouer un rôle moteur dans l'application de cette loi n'ont pas encore l'audience nécessaire, ni la crédibilité pour le faire.

La législation marocaine relative à la concurrence a besoin d'être précisée et clarifiée. Ces améliorations ne nécessitent pas forcément une modification de la loi. Elles peuvent être faites par l'adoption de décrets d'application qui viendraient préciser certains points encore vagues.

Toutefois, l'adoption d'une législation ne suffit pas à assurer à elle seule la loyauté et la transparence des marchés.

Les institutions chargées par la loi de contrôler les pratiques anti-concurrentielles doivent remplir leur rôle et être dotés des moyens techniques et des ressources humaines pour le faire.

Un important travail de formation reste à effectuer sur les personnes chargées de l'appliquer, magistrats, contrôleurs agents économiques et consommateurs, etc... pour instaurer une véritable culture de la concurrence au Maroc.

CHAPITRE II. LA PROTECTION DE LA PROPRIETE INDUSTRIELLE

La contrefaçon est l'un des méfaits économiques qui se développent le plus rapidement à l'échelle mondiale.

Tirant parti de la libération des échanges internationaux et de l'efficacité des méthodes modernes de distribution, sa progression est en constante accélération.

Tous les domaines - des biens de consommation, vêtements et accessoires de mode, jouets, pièces détachées, éditions phonographiques et audiovisuelles, etc. - se trouvent sévèrement affectés.

Les producteurs légitimes perdent des parts de marché qu'ils ont développées à grands frais.

Ils se voient spoliés, du fruit de leurs efforts créatifs, et privés de la juste rémunération des investissements qu'ils ont engagés pour établir la réputation de leurs produits et de leurs entreprises, ou pour promouvoir leurs marques.

Outre qu'elle porte préjudice aux consommateurs susceptibles d'être trompés, il est clair que la contrefaçon tend, de manière générale, à décourager les innovateurs et, par là, à entraver le progrès économique.

La contrefaçon sévit au Maroc. Une bonne partie de l'économie parallèle et des quartiers entiers dans les villes importantes sont spécialement dédiés à la distribution de produits contrefaits ou piratés.

Le Maroc a donc réagi en adoptant une nouvelle loi de protection de la propriété industrielle en s'inspirant des dispositions du traité sur l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC/GATT), qui dans son annexe 1c (ADPIC/TRIPS), a imposé, dans tous les pays membres, des règles minimales de protection et surtout imposé aux pays de sanctionner la contrefaçon en prévoyant même, en cas de défaillance du pays, des mesures de rétorsion.

I. PRESENTATION DE LA LOI NOUVELLE.

La protection de la propriété industrielle a longtemps été régie par le dahir du 23 juin 1916 qui couvrait les brevets d'invention, les marques de fabrique ou de commerce, le nom commercial, et les dessins et modèles industriels.

Cette législation offrait des garanties juridiques non négligeables aux usagers.

En effet, elle leur conférait, pour une durée déterminée, un droit exclusif d'exploitation sur leurs inventions, marques, dessins et modèles. Elle définissait par ailleurs, de manière détaillée et complète, tous les actes susceptibles de porter atteinte aux droits protégés et prévoyait des sanctions aussi bien civiles que pénales pour les réprimer.

Sur le plan de la procédure, et conformément à la législation en vigueur, le système ancien se caractérisait par l'enregistrement des demandes sans examen préalable quant au fond. L'appréciation de la brevetabilité des inventions ou de la disponibilité des marques et de la nouveauté des dessins ou

modèles industriels relevait de la compétence exclusive des tribunaux qui se prononçaient sur ces questions en cas de litiges.

Le taux annuel d'augmentation des demandes d'enregistrement et de dépôt est d'environ 7 %. Ces dépôts se situent autour de : 3000 marques, 350 dessins et modèles industriels et 350 brevets.

En raison de la caducité de plusieurs dispositions de la loi de 1916, il était devenu opportun d'harmoniser cette loi avec les données économiques, les principes et les concepts modernes. Par ailleurs, il devenait nécessaire d'unifier le régime de la propriété industrielle sur l'ensemble du territoire marocain.

La loi nouvelle constitue le résultat d'un travail de synthèse se basant d'une part sur les anciens textes marocains et sur certaines législations étrangères, et d'autre part sur les dispositions de l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et qui représentent l'un des volets de l'Accord du GATT signé à Marrakech en avril 1994 et instituant l'Organisation Mondiale du commerce (OMC).

Aussi, la loi nouvelle a tenu compte des observations de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et les a intégrés. Les principaux objectifs de ce projet ont été la mise à jour du système de la propriété industrielle, et l'unification du régime de la propriété industrielle.

I.1. LA MISE A JOUR DU SYSTEME DE LA PROPRIETE INDUSTRIELLE

La loi comporte deux innovations:

I.1.1. Actualisation des anciennes dispositions

Cette actualisation se traduit notamment par:

- ⇒ La définition des titres de propriété industrielle,
- ⇒ La rationalisation de la procédure d'enregistrement,
- ⇒ Le raffermissement des droits découlant du dépôt.

Alors que la loi ancienne traite des brevets d'invention, marques de fabrique ou de commerce, dessins et modèles industriels sans les définir avec précision, la nouvelle loi définit chacun de ces titres selon les concepts les plus modernes.

La marque de service, qui n'était pas prévue dans la loi ancienne, est expressément mentionnée dans la nouvelle. Elle correspond bien à l'évolution des sociétés modernes qui sont de plus en plus tournées vers les services. La marque de service se distingue de la marque de fabrique ou de commerce par le fait qu'elle sert à distinguer non pas les produits mais les services d'une entreprise par rapport à ceux de la concurrence (tels que publicité, assurance, transport.....)

I.1.2. Rationalisation de la procédure d'enregistrement

La nouvelle loi a maintenu le système de l'enregistrement sans examen, étant donné que la procédure d'examen préalable (de fond) pour les inventions et la recherche d'antériorité pour les marques présentent plusieurs inconvénients eu égard à la complexité des procédures suivies en la matière.

En ce qui concerne les dessins et modèles industriels, la loi nouvelle a supprimé les dépôts secrets, et a opté pour leur publicité. On a estimé en effet que la publicité était indispensable car, si le dépôt confère à son titulaire le droit d'interdire certains actes aux tiers non autorisés, ceux-ci doivent pouvoir être informés de l'existence de ce droit, de la façon la plus officielle possible et dans les plus brefs délais.

Dans un souci de rationalisation de la procédure, la loi nouvelle fixe des délais pour la régularisation ou le rejet des demandes incomplètes.

Enfin, pour assainir les registres des brevets d'invention, elle a introduit le principe de la déchéance des brevets dont les titulaires n'ont pas acquitté, dans les délais, les droits annuels pour le maintien en vigueur de leurs brevets. La déchéance est prononcée par l'organisme chargé de la propriété industrielle avec possibilité de restauration en cas de régularisation.

I.1.3 Raffermissement des droits découlant du dépôt

Dans l'ancienne législation, le droit à la marque s'acquerrait par le premier usage, l'enregistrement n'ayant qu'un caractère déclaratif de propriété. Ce système auquel ont renoncé la plupart des législations étrangères, présentait des inconvénients au regard de la sécurité du droit.

Les marques d'usage étaient souvent impossibles à connaître et présentaient de ce fait une menace pour les titulaires de marques déposées, qui risquaient de se voir contester leur droit exclusif par un usage antérieur.

Aussi, pour éliminer cette incertitude sur le plan juridique et sécuriser les déposants, la loi nouvelle a décidé que le droit exclusif du premier dépôt s'acquiert uniquement par l'enregistrement.

La nouvelle loi reconnaît aux déposants un droit exclusif d'exploitation sur leurs inventions, marques, dessins et modèles industriels.

La durée de ce droit exclusif raccourcie. Elle a été ramenée de 20 à 10 ans pour les marques (renouvelables indéfiniment) et maintenue à 20 ans pour les brevets. Pour les dessins et modèles industriels, la durée du monopole conféré n'excède pas 15 ans (5 ans renouvelables 2 fois) au lieu de 50 ans (25 ans renouvelables une fois).

Les droits exclusifs d'exploitation conférés par les brevets, les marques, les dessins et les modèles industriels peuvent être cédés, transmis ou faire l'objet de licence contractuelle.

La nouvelle loi prévoit l'enregistrement des actes de transfert des droits de propriété industrielle auprès de l'organisme chargé de la propriété industrielle.

I.2 Adjonction de nouvelles dispositions

Ces nouvelles adjonctions tiennent compte des dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (A.D.P.I.C.) et se rapportent aux matières suivantes:

- Les licences obligatoires
- Les licences d'office (brevets d'invention)
- Les produits pharmaceutiques
- Les schémas de configuration (topographies) des circuits intégrés
- Les inventions de salariés
- Les marques collectives et marques collectives de certification
- Les indications de provenance et appellations d'origine

I.3. Unification de la loi sur la propriété industrielle

La mise en vigueur d'une nouvelle législation de propriété industrielle applicable à l'ensemble du territoire marocain s'est accompagnée de mesures transitoires destinées à régler le sort des droits acquis sous le régime juridique antérieur.

Pour assurer le maintien des droits antérieurement acquis, la loi a prévu des mesures adéquates relatives au sort des dépôts antérieurs.

Les dépôts et les enregistrements antérieurs continuent à produire leurs effets conformément aux dispositions de la nouvelle loi. Cela signifie que la validité, l'entendue et l'exercice des droits acquis, les atteintes qui peuvent leur être portées ainsi que leurs sanctions sont déterminées et appréciées conformément aux dispositions de la nouvelle loi.

Une seule exception est apportée à l'application de la nouvelle aux dépôts antérieurs. Cette exception touche la durée des dépôts qui demeure fixée à :

- 20 ans pour les brevets et les marques,
- 25 ans pour les dessins ou modèles industriels acquis dans le cadre du dahir du 23 juin 1916,
- 20 ans pour les dessins ou modèles industriels acquis dans le cadre de la loi du 4 octobre 1938.

Les droits acquis étendent leurs effets à l'ensemble du territoire marocain.

La loi nouvelle prévoit qu'en cas de conflit de marques ou de dessins ou modèles industriels, et à défaut d'entente entre les parties concernées, le litige est soumis au tribunal compétent.

En ce qui concerne les marques protégées par la priorité d'usage conformément aux dispositions des lois du 23 juin 1916 et du 4 octobre 1938, la nouvelle loi prévoit leur maintien en vigueur, à condition qu'elles fassent l'objet, dans un délai de six mois à compter de la date de l'entrée en

vigueur de la nouvelle loi, d'une demande d'enregistrement conformément aux dispositions de la nouvelle loi.

Enfin, la nouvelle loi est intervenue dans une période de l'économie nationale, marquée par l'avènement du nouvel ordre économique mondial et caractérisée par la signature, au Maroc de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale de Commerce (O.M.C.).

Cette loi contribue à la constitution d'un cadre juridique favorable à l'investissement, à la recherche et à l'innovation ainsi qu'à l'instauration d'un climat de compétitivité. Par ailleurs elle prépare le terrain à des accords d'association ou de libre échange entre le Maroc et d'autres pays.

I.4. La Protection

I.4.1 L'étendue de la protection

La loi entend les termes " propriété industrielle " dans l'acceptation la plus large.

Ces termes s'appliquent à l'industrie et au commerce proprement dits, mais également aux services et à toute production des industries agricoles, extractives ainsi qu'à tous produits fabriqués ou naturels tels que bestiaux, minéraux boissons.

Le titulaire du brevet et ses ayants cause ont un droit exclusif d'exploitation qui prend effet à compter du dépôt de la demande.

I.4.2 Les personnes protégées

Jouissent de la protection des droits de la propriété industrielle prévue dans la nouvelle loi les personnes physiques et morales marocaines ou étrangères. Pour les personnes étrangères il s'agit:

- 1) Des ressortissants de chacun des pays faisant partie de l'Union Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle, à condition qu'ils accomplissent les formalités prévues.
- 2) Des ressortissants des pays parties à tout autre traité conclu en matière de propriété industrielle dont le Maroc est signataire et qui accorde une réciprocité de protection aux marocains.
- 3) Des ressortissants des pays qui ne font pas partie de l'Union Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle, s'ils sont domiciliés ou ont une activité professionnelle, industrielle ou commerciale effective et sérieuse sur le territoire de l'un des pays de l'Union.

Aucune obligation de domicile ou d'établissement au Maroc n'est imposée aux ressortissants des pays faisant partie de l'Union Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle, pour pouvoir bénéficier de la protection prévue par la loi. Il leur suffit de faire élection de domicile auprès d'un mandataire domicilié ou ayant son siège social au Maroc, qui se chargera pour leur compte des opérations à effectuer auprès de l'organisme chargé de la propriété industrielle.

I.4.3 Consistance de la protection

Toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un brevet, d'un certificat d'addition, d'un certificat de schéma de configuration de circuits intégrés, d'un certificat d'enregistrement de dessin, modèle industriel, d'enregistrement de marque de fabrique, de commerce ou de service constitue une contrefaçon qui soumet son auteur à des sanctions civiles et pénales.

II. EVALUATION DE LA LOI NOUVELLE

La loi nouvelle a énormément fait progresser la protection du droit de la propriété industrielle au Maroc. Elle a unifié le système, systématisé et élargi la protection et prévu des sanctions non négligeables.

La création de l'Office marocain de protection de la propriété industrielle et commerciale permet d'avoir un établissement entièrement dédié à cette protection.

II.1. Remarque d'ordre général

Toutefois, la contre façon et le piratage font partie intégrante de l'économie et du commerce parallèles au Maroc et touchent des centaines d'articles dans tous les secteurs (bagagerie, CD audio, vêtements, vidéocassettes, DVD, logiciels, cartes d'abonnement à des chaînes de télévision privées...)

La loi a donc peu ou pas d'impact sur les produits contrefaits vendus sur le marché intérieur.

La demande de saisie des biens contrefaits et les procédures judiciaires en réparation du préjudice subi ne peuvent être exercées que par le bénéficiaire de la protection c'est à dire le propriétaire du brevet. La loi prévoit que le procureur peut se saisir d'office que dans les cas où les produits porteraient atteinte à l'ordre public ou à l'image du Roi. La protection établie par la loi reste donc illusoire.

Par ailleurs, les sanctions prévues par la loi restent, au regard des dispositions prises dans les autres pays et notamment en France, assez modestes.

En effet, le code français des douanes a fait de la contrefaçon un délit pénal autonome qui permet aux douanes et à la police judiciaire d'intervenir et de saisir les produits contrefaits, en dehors de tout dépôt de plainte de la part du titulaire de la marque. En vertu de l'article 38-4 du code des douanes, les douanes peuvent (en matière de marques seulement) agir d'office dans les échanges intra-communautaires (article 215 bis du Code des douanes) et (sauf incompatibilité avec le règlement européen) dans les échanges extra communautaires (article 215 du code des douanes) et saisir sur tout le territoire.

La loi française prévoit, par ailleurs, comme peines maximales deux (2) ans d'emprisonnement et un (1) million de francs d'amende soit des peines très supérieures à celles prévues dans la législation marocaine.

De même que peuvent être prononcées :

- la privation des droits civiques,

- la fermeture de l'établissement totale ou partielle, définitive ou temporaire, etc., ce qui n'est pas prévu dans la loi marocaine.

II.2. Remarques spécifiques

II.2.1. Les brevets

Deux principaux problèmes existent dans la protection des brevets au Maroc.

Le premier concerne le manque de « présomption de validité » des brevets déposés. Aux Etats-Unis et en Europe, un examen rigoureux, une recherche technologique et un contrôle du processus et de l'invention sont nécessaires pour délivrer les brevets. Un tel examen est possible grâce à un personnel nombreux et spécialisé et à une administration compétente. Chaque brevet américain ou européen correspond à une « présomption de validité » juridique fondée sur l'historique du contrôle. Les archives relatives au contrôle venant renforcer les droits liés au brevet.

Le droit des brevets au Maroc ne prévoit aucun contrôle. Le droit établit un simple système d'enregistrement, des brevets délivrés par l'OMPIC (Office Marocain de Propriété Intellectuelle et Commerciale), le contrôle ne s'exerçant que sur le respect des formalités de dépôt. Les brevets sont délivrés sans aucune garantie relative à la nature ou à la valeur de l'invention.

Le second problème est directement relié au premier. Le fait que la validité et la valeur des brevets déposés ne soient pas contrôlées par l'OMPIC imposent aux magistrats de le faire, lorsqu'ils sont saisis d'un litige. Or, par manque de formation et d'expérience, les tribunaux marocains ne disposent pas de processus efficace pour assurer une mise en application correcte du droit des brevets et il existe peu de magistrats qui possèdent une expérience suffisante pour connaître des affaires de propriété intellectuelle, qu'elles soient simples ou complexes.

II.2.2. Les marques

La mise en application du droit des marques déposées au Maroc est entravée de deux façons.

La première entrave est le manque d'expérience judiciaire dans le traitement des affaires de propriété intellectuelle qui entraîne des résultats imprévisibles et parfois étonnants liés au manque de maîtrise de la norme conjugué au manque d'expérience des magistrats en matière de droit des marques déposées.

La seconde entrave est de nature institutionnelle. La mise en application de certaines procédures institutionnelles telles que les oppositions aux marques déposées, améliorerait le régime juridique des droits des marques déposées en renforçant le poids d'une marque déposée délivrée.

La mise en place d'une procédure d'opposition claire et praticable et le cadrage de la procédure d'annulation donneraient certainement les résultats escomptés.

II.2.3. Les droits d'auteur

La législation en matière de droits d'auteur au Maroc, est la loi n. 2-00, adoptée le 15 février 2000. Cette nouvelle loi fournit, par rapport à la loi ancienne une protection élargie des droits d'auteur. La nouvelle loi ne couvre pas seulement les droits d'auteur traditionnels, mais également les logiciels, œuvres audiovisuelles, interprétations ou autres domaines et catégorie d'oeuvres qui n'étaient pas mentionnés dans l'ancienne loi.

Les dispositions de cette loi ainsi que ses procédures d'application sont conformes aux normes internationales.

III. LES INSTITUTIONS

Les principales institutions chargées de la mise en application du droit de la propriété intellectuelle et industrielle au Maroc sont l'OMPIC et le bureau des droits d'auteur.

III.1. L'OMPIC

Cet office a introduit dans son administration les nouvelles technologies de communication et fait de gros efforts pour rationaliser et simplifier ses procédures administratives et mettre son personnel à niveau. Il a également établi un conseil intergouvernemental pour la propriété intellectuelle, pour faire face aux difficultés rencontrées dans ce domaine.

III.2. Les douanes

Le droit des douanes, le code des douanes et les réglementations liées ne prévoient pas de mesures efficaces pour la mise en application du droit de la propriété intellectuelle. Actuellement, les agents de douanes ne sont pas habilités à arrêter une cargaison, inspecter ou déterminer que des importations contiennent des produits contrefaits ou piratés à moins qu'ils ne reçoivent un ordre officiel du tribunal, présenté aux agents des frontières.

Bien que cette procédure ait souvent été appliquée, elle entrave les inspections rapides et la capacité de saisie. L'Europe, les Etats-Unis ainsi que d'autres pays ont établi un système de contrôle des douanes efficace en matière de DPI, qui parvient à contrôler, de façon efficace, les importations.

Les douanes auraient besoin d'avoir des procédures autonomes, ex officio, pour effectuer des investigations, des contrôles et des saisies sur place, dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon et le piratage

III.3. Le bureau des droits d'auteur

Contrairement au droit des brevets et des marques déposées, l'autorité directe de mise en application des lois en matière de droits d'auteur a été confiée au Bureau des Droits d'Auteur. Ce statut place cet organisme dans une position clé en tant qu'institution chargée de la mise en application des lois concernant les droits d'auteur au Maroc. Le Bureau des Droits d'Auteur a mis au point une stratégie pour l'enregistrement des droits d'auteur pour les chansons, le paiement des royalties et la confiscation de cassettes ou CD contrefaits et non enregistrés. En ce qui concerne la littérature, l'art, les conceptions, les œuvres audiovisuelles et autres domaines associés, le Bureau des Droits d'Auteur n'est malheureusement pas suffisamment organisé pour protéger ces créations.

En règle générale, le personnel du bureau des droits d'auteur et les juges ont peu de compétence en matière de droit de la propriété intellectuelle. Les catégories de droits sont confuses et leur protection est rendue compliquée. La formation permettrait de soulager de nombreux problèmes.

Conclusion :

- 1) Le droit de la propriété intellectuelle et industrielle au Maroc a certainement besoin d'être précisé sur certains points. En outre des procédures de contrôle doivent être mises en place notamment avant toute délivrance de brevet.

Ceci peut se faire à travers une modification législative ou de façon plus pragmatique par l'adoption de textes d'application décrets ou arrêtés ministériels chargés de préciser les modalités d'application de la loi.

Le pouvoir de contrôle des douanes comme organisme d'appui à la lutte contre le piratage et la contrefaçon doit être autonomisé et renforcé.

Toutefois le problème majeur concernant le DPI reste :

- Le manque de formation des cadres travaillant dans les institutions chargées de l'application de la loi (OMPIC, Bureau des droits d'auteur) et
- La non maîtrise par les magistrats de la norme juridique.

Ces manques doivent être palliés rapidement par des cycles de formation tant pour les autorités judiciaires, que douanières qu'institutionnelles, pour permettre au Maroc d'avoir les capacités institutionnelles de faire appliquer la loi.

LIVRE II : LA JUSTICE COMMERCIALE

CHAPITRE I. LES TRIBUNAUX DE COMMERCE

Les tribunaux et cours d'appel de commerce forment une juridiction spécialisée qui relève d'une logique propre: celle de l'activité économique.

Leur domaine de compétence se trouve au point de jonction entre l'intérêt du service public et la vie des affaires, entre l'objectif de justice et la recherche de rentabilité et de sauvegarde des emplois.

Parce que l'activité commerciale s'accommode mal, par tradition, de procédures longues et d'une publicité excessive, parce qu'elle est basée essentiellement sur des relations contractuelles et interpersonnelles, l'institution de juridictions spécialisées, dédiées uniquement et de manière permanente au règlement des conflits commerciaux est pleinement justifiée.

I. LES TEXTES RELATIFS AUX JURIDICTIONS DE COMMERCE

Les juridictions de commerce, tribunaux et cours d'appel, ont été créées au Maroc, par la loi n° 53-95, promulguée par le dahir n°1-97-65 du 12 février 1997.

Le décret pris pour son application, qui fixe le nombre, le siège et le ressort des tribunaux et des cours d'appel de commerce, a été publié au Bulletin Officiel du 6 novembre 1997.

Il existe huit tribunaux de commerce et trois cours d'appel de commerce.¹⁵ aujourd'hui, compétents pour juger les litiges entre les entreprises, en toutes matières, y compris en droit boursier et financier, en droit de la concurrence, en droit de la propriété industrielle et intellectuelle.

C'est dire l'extrême diversité des matières et des procédures qui entrent dans leur champ d'activité.

Ces juridictions jouent un rôle fondamental en matière de développement économique car elles sont un instrument essentiel de sécurisation des transactions commerciales et financières, nationales et internationales.

I.1 Critiques et dysfonctionnements.

Les principales critiques faites aux textes relatifs aux juridictions de commerce portent sur trois points principaux :

- Carte géographique : Le découpage territorial pose aux justiciables des problèmes pratiques importants car, dans de nombreux cas, il ne rapproche pas du tout la juridiction du justiciable.

Par exemple, si une société commerciale dont le siège social se trouve à Laayoune connaît des difficultés et a besoin d'introduire une demande de redressement judiciaire, le tribunal

¹⁵ Les tribunaux de commerce sont situés à : Agadir, Casablanca, Fès, Marrakech, Meknès, Oujda, Rabat, Tanger. Les Cours d'appel de commerce à: Casablanca, Fès, Marrakech.

territorialement compétent est celui d'Agadir, distant de 700 kilomètres. Si le jugement une fois rendu ne satisfait pas le chef d'entreprise qui décide d'interjeter appel, la cour d'appel territorialement compétente est celle de Marrakech, distante de 1000 kms environ.

Une bonne administration de la justice commerciale impliquerait que le nombre des tribunaux de commerce soit augmenté pour éviter aux commerçants personnes physiques et morales des déplacements nombreux et longs, préjudiciables à leurs activités. Toutefois, l'objectif d'une juridiction facilement accessible, notamment en raison de sa proximité géographique avec les entreprises de son ressort, doit être associé au nécessaire recul et à l'indépendance des magistrats qui la composent.

- Confusion et conflits de compétences entre Tribunaux de première instance et Tribunaux de commerce. Les compétences respectives des juridictions commerciales et des Tribunaux de première instance doivent être précisées en particulier en ce qui concerne la question des baux commerciaux, source de nombreux conflits entre preneurs et bailleurs.
- L'absence de procédure spécifique prévue par des textes d'application pose de nombreux problèmes aux magistrats des tribunaux de commerce.

Pour prendre un exemple qui a trait aux lois sur les sociétés commerciales, les sanctions sous forme d'amende à infliger aux sociétés qui n'ont pas effectué leur mise en harmonie avec les lois en vigueur sur les SA et les autres formes de sociétés, ne prévoient absolument pas les procédures à appliquer.

Le cas s'est posé et continue à se poser de façon aiguë, lors de la mise en harmonie des sociétés anonymes et des s.a.r.l. avec les dispositions des lois nouvelles.

Les administrateurs des sociétés qui n'ont pas respecté les délais pour procéder à cette mise en harmonie, sont passibles d'une amende allant de 2000 à 10 000 Dhs (article 449 de la loi 17-95 du 30 août 1996 relative à la SA et article 126 de la loi 5-96 du 13 février 1997 relative aux autres formes de sociétés).

La procédure à suivre pour infliger cette amende n'ayant pas été fixée, chaque tribunal s'est inventé sa propre procédure, tenue d'une audience, ordonnance du président du tribunal. Certains tribunaux comme celui de Casablanca ont renoncé à les infliger, faute de savoir quelle procédure appliquer.

Il est donc nécessaire de procéder à une refonte et à une précision des textes relatifs aux juridictions de commerce, ce que le ministère de la justice est en train d'élaborer.

I.2. Le Projet de Réforme

Le Maroc, malgré le jeune âge de ses juridictions commerciales, en a rapidement constaté les dysfonctionnements et a entamé un projet de réforme des tribunaux de commerce pour:

- Pérenniser l'institution,
- Lui assurer une compétence technique adaptée aux mutations du monde des affaires,

- Préciser les procédures,
- Clarifier les compétences entre tribunaux de première instance et tribunaux de commerce,
- Revoir la carte géographique des tribunaux et cours d'appel de commerce.

L'analyse du fonctionnement des juridictions de commerce laisse apparaître que certaines dispositions législatives ou réglementaires sont à l'origine de difficultés d'interprétation et d'un allongement des procédures.

Dans ce cadre, le Ministère de la justice, avec l'appui de la Banque Mondiale, a mis sur pied un projet de réforme des textes relatifs aux juridictions de commerce pour améliorer le fonctionnement des juridictions de commerce.

Des projets d'amendement aux textes existant sur la base des dysfonctionnements constatés sont en cours. Le projet de réforme consiste à compléter, corriger et/ou clarifier des dispositions actuelles, améliorer des procédures existantes ou en créer de nouvelles.

Une attention particulière a été portée sur les points suivants :

- *La mise en état* pour permettre au juge rapporteur de disposer de véritables pouvoirs de mise en état afin d'éviter les renvois dilatoires à l'audience au Tribunal et d'accélérer ainsi la décision.
- *L'exception d'incompétence*. Il est nécessaire de donner au Tribunal de commerce la possibilité de statuer par un même jugement tant sur la compétence que sur le fond, permettant d'éviter que soient soulevées des exceptions d'incompétence dilatoires, toujours dans un souci d'assurer la célérité des procédures.
- *Le référé provision*. Il est souhaitable de donner au Président du tribunal, la possibilité de rendre des ordonnances de référé provision, permettant de régler très rapidement le recouvrement des créances ne faisant pas l'objet d'une contestation sérieuse. Cette procédure désencombrerait le rôle du tribunal de ce genre d'affaires ;
- *Le rôle du juge-commissaire*. Ce rôle doit être clarifié et précisé de façon à éviter tout conflit de compétence avec le président du Tribunal ou le Tribunal lui-même ;
- *Le rôle du parquet*. Les attributions du Procureur du Roi auprès des Tribunaux de commerce doivent être largement précisées. En particulier, la recevabilité de ses appels éventuels contre les décisions du Tribunal, les conditions de ses interventions dans les procédures collectives et son rôle de défenseur de l'ordre public économique doivent être clarifiées ;
- *Taxe judiciaire*. Le montant de la taxe judiciaire doit être revu de manière à ne pas constituer une charge trop importante pour les entreprises souhaitant faire valoir leurs droits auprès des Tribunaux et Cours d'appel de commerce ; Le montant de la taxe judiciaire ne doit pas constituer un frein à la demande de justice commerciale.

Par ailleurs, il est indispensable que la perception de la taxe judiciaire soit effectuée dans des conditions de nature à empêcher toute opération qui ne serait pas conforme à son objet ;

Pour réussir cette mutation, le Ministère de la Justice s'est engagé dans un véritable processus planifié, programmé et finalisé, fondé sur le respect d'un certain nombre d'autres actions nécessaires, pour renforcer la performance des tribunaux de commerce et la célérité des décisions.

II. La gestion des tribunaux de commerce

Une des étapes primordiales de la modernisation de l'institution des tribunaux de commerce est sa capacité à mettre en pratique un fonctionnement efficace et efficient. Tout système judiciaire se doit d'être responsable envers les justiciables de la rigueur, de la prévisibilité, de la rapidité et de la qualité de l'action institutionnelle.

Les investisseurs tant dans les grandes entreprises que dans les PME ont un besoin quasi-immédiat, en cas de conflits juridiques, spécialement en matière commerciale, d'un règlement de ces litiges. Ce règlement doit être perçu comme étant basé sur une approche objective, compétente et surtout prévisible de la part des tribunaux.

Il faut donc établir au sein des tribunaux une organisation administrative rigoureuse, qui assure la fluidité des procédures, la sécurité des transactions et l'application des décisions.

L'utilisation des nouvelles technologies et l'adoption de pratiques de gestion éprouvées dans d'autres pays et d'autres administrations judiciaires représentent des outils essentiels à ce progrès.

Le progrès dans une institution comme les tribunaux de commerce, ne peut jamais provenir uniquement de l'intérieur, ni uniquement de l'extérieur.

Il est difficile de gérer son propre changement avec ce que cela impose d'exigence, de recul, de prise en compte de toutes les solutions possibles et de capacité à dépasser les résistances internes.

De même aucun intervenant extérieur ne pourra seul transformer une organisation par sa seule connaissance du droit.

La solution optimale réside dans un tandem interne/externe.

Une assistance extérieure est nécessaire, car elle permet d'aller plus vite et d'ouvrir le champ des solutions en s'appuyant sur les forces internes, qui permettront de légitimer, relativiser et incarner la réforme dans le réel.

L'assistance extérieure rassemble en général, les compétences techniques nécessaires, l'expérience et le savoir-faire pour faire avancer concrètement la réforme décidée en commun, le tout dans une approche « qualité » rigoureuse.

Cette assistance extérieure a été fournie, par l'USAID, dans le cadre d'une expérience pilote au tribunal de commerce d'Agadir.

L'USAID, en collaboration avec CHEMONICS, a permis d'améliorer de façon significative la gestion de ce tribunal :

- En finançant l'informatisation du tribunal,
- En permettant l'évaluation des procédures de gestion ,
- En contribuant à les renforcer et à les fluidifier
- En assurant un archivage cohérent.

Cette expérience a été tellement concluante que les magistrats du tribunal et de la Cour d'appel de commerce de Marrakech ont demandé à en bénéficier également.

L'USAID renouvelle donc cette expérience auprès du tribunal et de la Cour d'appel de commerce de Marrakech avec la collaboration de FMI.

Cette amélioration porte sur:

- Le renouvellement de l'équipement en informatique des deux tribunaux,
- L'amélioration de la capacité à utiliser les logiciels informatiques, à travers la formation des magistrats, personnel des greffes et employées des tribunaux,
- L'augmentation de la capacité de la qualité des systèmes de gestion administrative des tribunaux et du registre de commerce, à travers leurs évaluations et des recommandations,
- La mise à niveau et le renforcement des procédures de gestion des cas dans les tribunaux,
- L'amélioration de la qualité des comptes rendus et des arrêts préparés par les magistrats.

III. La formation des magistrats des tribunaux de commerce.

Les magistrats nommés dans les tribunaux et cours d'appel de commerce ont été soigneusement sélectionnés par le ministère de la justice. Ils ont en outre, bénéficié de stage de formation à l'étranger et notamment dans les tribunaux de commerce en France.

Toutefois, dans leur formation initiale, les magistrats marocains n'ont pas reçu un enseignement approfondi en matière de droit des affaires, de droit bancaire et de « droit économique » en général.

Une mise à niveau des connaissances techniques des magistrats et leur conversion à une façon nouvelle d'appréhender, de façon économique, la norme juridique nous semble indispensable pour l'ensemble des magistrats des tribunaux et cours d'appel de commerce du Maroc.

Des programmes de formation continue doivent être établis.

Ils doivent comprendre une actualisation et un approfondissement des connaissances techniques, nécessaires à la fonction de magistrat dans un tribunal de commerce et mettre spécialement l'accent sur le domaine économique et financier que les magistrats des tribunaux de commerce maîtrisent mal.

Avec l'aide de l'USAID, une expérience- pilote de formation des magistrats du tribunal de commerce d'Agadir a été menée au cours de l'année 2002.

Les magistrats ont bénéficié d'une formation continue en droit, d'une formation aux techniques informatiques et d'une formation en anglais qui leur a permis de mieux tirer profit du voyage d'études qu'ils ont effectué au Etats Unis et au Canada.

La formation continue en sciences juridiques a porté essentiellement sur les matières commerciales, bancaires et financières.

Cette formation dont les magistrats du tribunal de commerce d'Agadir ont tiré un grand profit est, à l'heure actuelle renouvelée avec les magistrats du tribunal et de la cour d'appel de commerce de Marrakech. Elle devrait à notre sens être étendue à l'ensemble des juridictions de commerce du MAROC.

Un tronc commun d'enseignement pourrait être fondé sur les matières suivantes :

III.1 Méthodologie.

Il nous paraît indispensable d'apprendre aux magistrats, dans le cadre d'un cours de méthodologie, entre autres, à :

- Lire un dossier, ou une décision judiciaire, ou une loi
- L'analyser dans toute sa complexité et toutes ses implications,
- A faire le commentaire et la critique des décisions rendues,
- A rédiger des notes de synthèse sur les dossiers traités,
- A comparer les textes législatifs et les décisions judiciaires marocaines avec leur équivalent à l'étranger.

III.2. Droit bancaire, financement des entreprises, comptabilité

Ces cours auront pour objectif de familiariser les magistrats avec les instruments bancaires, le financement des entreprises et la lecture des bilans de sociétés. Les nouvelles lois sur la société anonyme et la société à responsabilité limitée imposent le dépôt des états de synthèse de la société au registre du commerce, à la fin de chaque exercice social.

Les magistrats du tribunal de commerce, qui n'ont pas eu de formation en matière bancaire, financière et comptable, doivent au terme de cette formation, être en mesure de comprendre ces documents de synthèse pour remplir leur mission d'alerte dans le cadre des procédures amiables de prévention des difficultés de l'entreprise,

III.3. Droit des sociétés.

Ce séminaire aura pour objectif de traiter la pathologie en matière de sociétés commerciales au Maroc, à laquelle sont confrontés les magistrats des tribunaux de commerce.

III.3. Contrats commerciaux internationaux.

Le séminaire sur les contrats commerciaux internationaux traitera de façon générale de la hiérarchie des normes entre norme interne et norme internationale, fera la présentation des différents traités relatifs au commerce international, susceptibles d'être appliqués par le juge interne, et surtout se consacrera à l'étude approfondie de contrats internationaux signés par Maroc :

- Accord d'association,
- Accord de libre - échange
- Conventions bilatérales d'investissement,
- Conventions judiciaires

III.4 Droit de la propriété industrielle, droit de la concurrence

L'ouverture progressive du Maroc à la concurrence internationale par les accords du GATT, les accords d'association ou de libre échange, donne au droit de la concurrence tout son sens et tout son poids dans la réglementation nationale. Cette nouvelle branche du droit doit par conséquent être parfaitement maîtrisé par les magistrats statuant sur les différends entre sociétés commerciales.

De la même façon, à l'heure où les pays développés exportent vers les pays émergents de moins en moins de produits finis et de plus en plus de concepts et de brevets, les droits y afférents doivent être soigneusement protégés. La nouvelle délinquance que constituent les piratages, les contrefaçons et l'exploitation illicite doit être lourdement sanctionnée. Il est donc indispensable que les magistrats des tribunaux de commerce reçoivent, sur ce sujet, une formation très pointue.

III.5 Informatique

Une formation dans le domaine de l'informatique et des nouvelles technologies de la communication leur permettra en outre d'assurer une gestion plus efficace des tribunaux.

CHAPITRE II. L'ARBITRAGE COMMERCIAL

L'arbitrage en droit marocain est encore, à l'heure actuelle, réglementé par les articles 306 à 327 du code de procédure civile.

La législation marocaine relative à l'arbitrage est donc extrêmement succincte.

Elle se réduit à 22 articles du code de procédure civile auxquels il faut se référer pour trouver des solutions à tous les problèmes posés par ce mode de résolution des conflits.

Il en découle forcément que de nombreuses questions importantes que suscite la pratique de l'arbitrage demeurent sans solution légale, ce qui entraîne des divergences d'interprétation nuisibles à cette pratique.

I. LES INSUFFISANCES DE LA LEGISLATION

La législation relative à l'arbitrage présente de nombreuses lacunes et imperfections. Elle aboutit à limiter inutilement la liberté contractuelle et semble largement en décalage par rapport aux pratiques contemporaines en la matière.

I.1. Arbitrage et contrats commerciaux internationaux

Le Maroc demeure l'un des rares pays qui n'ont pas doté l'arbitrage commercial international, d'un régime juridique moderne. En effet, la législation marocaine n'envisage que l'arbitrage interne, bien que le Maroc fasse de grands efforts pour attirer les investissements étrangers et qu'en matière de contrats internationaux, le recours à la clause compromissoire soit fréquemment exigée.

Cette situation contraste singulièrement avec l'intérêt jamais démenti du Maroc pour cette question. En effet, le Maroc a :

- Adhéré à la convention de New York de 1958 relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères,
- Ratifié la convention du 18 mars 1965 relative aux règlements des différends concernant les investissements entre états et ressortissants d'autres états,
- Signé de nombreuses conventions bilatérales d'investissement reconnaissant la possibilité de recourir à l'arbitrage en cas de différend avec les investisseurs du pays partie à la convention bilatérale,
- Signé de nombreux accords de coopération judiciaire relatifs à la reconnaissance des sentences arbitrales par les parties,
- Créé un centre d'arbitrage relevant de la commission nationale de la chambre de commerce internationale et appliquant le règlement de cette dernière.

Tout cela aurait dû conduire le Maroc à adopter depuis longtemps, un régime juridique de l'arbitrage international, conforme à l'esprit des conventions internationales qui font désormais partie du droit en vigueur.

Le mutisme du code de procédure civile au sujet de l'arbitrage international et l'imprécision subséquente des règles qui président à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales prononcées à l'étranger ou dans le cadre de l'arbitrage international, affecte la sécurité juridique de ce mode de règlement des conflits et constitue un frein à l'investissement notamment à l'investissement étranger.

Pendant de nombreuses années, la jurisprudence a tenté de combler le vide législatif en étendant les règles applicables à l'arbitrage interne aux décisions arbitrales étrangères.

Toutefois, les solutions auxquelles elle est arrivée sont insuffisantes et inappropriées.

L'intervention législative est nécessaire pour mettre en place un dispositif adapté à l'arbitrage international qui couvrirait les aspects fondamentaux de la question :

- L'accord pour compromettre,
- Les règles de procédure et de fond,
- La sentence arbitrale,
- L'exécution de la sentence arbitrale.

Cette réforme en cours, devrait en principe aligner le droit marocain sur les législations des pays voisins comme l'Algérie et la Tunisie, avec lesquels il est en concurrence directe pour attirer des investissements étrangers.

I.2. Les entraves législatives a la liberté conventionnelle en matière d'arbitrage

La législation marocaine actuelle exclut l'arbitrage en certaines matières, l'interdit à certaines personnes et le place sous le contrôle des tribunaux étatiques limitant ainsi la liberté de compromettre en matière commerciale, alors même qu'elle devient la règle à l'échelle internationale.

I.3. Les limites au droit de compromettre

L'interdiction de compromettre sur les dons et legs d'aliments ou de vêtements exprime nettement l'archaïsme de cette législation. Il est clair aussi, que l'interdiction de recourir à l'arbitrage dans la dissolution des sociétés ou dans les litiges mettant en cause des lois relatives à la taxation des prix, au cours forcé, au change et au commerce extérieur, témoigne, par sa généralité, d'une attitude qui ne se justifie plus à l'ère du libre-échange et de la mondialisation.

De même, si dans son principe, il est admissible de soustraire au domaine de l'arbitrage les conflits mettant en cause des actes administratifs ou portant atteinte au domaine public, la prohibition générale de l'arbitrage dans les litiges concernant des actes ou des biens soumis à un régime de droit public » dépasse largement cette préoccupation dans la mesure où nombre de contrats commerciaux relèvent du droit public : marchés et contrats publics, concessions, baux du

domaine privé. Cette rédaction équivoque tend d'ailleurs à interdire l'arbitrage de façon générale aux administrations et aux établissements publics sans réserver un régime particulier ni aux relations de nature économique voire commerciale (commercialisation de marchandises, rapports avec la clientèle...) ni aux échanges internationaux, pour lesquels la notion d'ordre public doit forcément s'interpréter de manière souple.

Elle est, en tout état de cause, en contradiction avec les conventions internationales et avec de nombreux traités bilatéraux qui engagent le Maroc et qui permettent à l'Etat et aux entreprises publiques, de recourir à l'arbitrage.

I.4. L'inutile formalisme de la clause compromissoire

De leur côté, les dispositions relatives à la désignation des arbitres restreignent inutilement la liberté conventionnelle des parties.

Tout d'abord, elles prévoient la nullité du compromis d'arbitrage lorsque celui-ci ne mentionne pas le nom des arbitres. Cette attitude empêche les parties de s'en remettre à cette fin à un règlement d'arbitrage dont l'application aboutirait à la désignation d'arbitres.

Cette attitude n'est pas en revanche observée par le législateur eu égard à la clause compromissoire. L'article 309 du code de procédure civile distingue, en effet, selon que l'objet du litige est de nature commerciale ou civile. Il autorise la désignation préalable des arbitres par les parties dans le premier cas et la prohibe en matière civile. Manifestement, cette distinction est non seulement injustifiée mais également source de conflits inutiles. Outre que le fondement qu'elle pourrait avoir semble désuet, on peut lui objecter qu'un même litige peut relever du droit civil et du droit commercial à la fois, et que certains systèmes juridiques ne confèrent à la distinction entre le droit civil et le droit qu'un intérêt didactique sans plus.

Enfin, cette même disposition exige que la clause compromissoire soit écrite à la main et spécialement approuvée par les parties. Cette règle s'accommode mal de la pratique contractuelle en matière commerciale et notamment de l'existence de centres d'arbitrages qui se chargent de désigner les arbitres.

I.5. Difficultés d'interprétation de la législation actuelle

De son côté, l'article 309 du code de procédure soulève des difficultés d'interprétation et d'application. Ainsi, sa rédaction en langue arabe, assortit de nullité le compromis qui ne fixe pas le délai à l'expiration duquel le tribunal arbitral doit impérativement rendre sa tendance. En revanche, la version française de la même disposition n'expose à cette sanction que les autres conditions auxquelles doit satisfaire le compromis.

Au-delà de cette défaillance de forme, la règle posée proclame que les pouvoirs des arbitres expirent dans les trois mois de leur notification. Or, si l'on admet que pareille limitation de la durée de l'arbitrage peut être utile en cas de mutisme du compromis sur la question, on comprend mal quel est l'intérêt qui a été recherché en l'érigeant en disposition impérative.

Cette solution semble limiter sans raisons, tant la liberté de compromettre que les prérogatives du tribunal arbitral.

I.6. Entraves aux pouvoirs du tribunal arbitral

L'entrave la plus importante à la liberté contractuelle et aux pouvoirs des arbitres est représentée, sans doute, par l'obligation qui est faite au tribunal arbitral, en vertu du code de procédure civile marocain, de se référer aux règles de forme et de fond applicables par le tribunal de première instance.

Le caractère conventionnel de l'arbitrage est ainsi fondamentalement remis en cause. Cette solution impose à l'arbitre de se conduire comme aurait pu le faire un magistrat saisi de la même affaire alors même que l'intention des parties est précisément de se libérer des contraintes qui s'imposent à celui-ci.

Enfin, la législation marocaine n'autorise pas expressément les parties ou les arbitres à choisir le lieu de l'arbitrage et la langue dans laquelle il sera rendu. Il permet de cette façon aux tribunaux étatiques d'intervenir dans les procédures d'arbitrage alors que celles-ci devraient être totalement autonomes.

En sens inverse, cette situation constitue un obstacle à la libre collaboration des instances judiciaires et arbitrales et prive l'arbitrage du soutien qu'il est en droit d'attendre de la justice de l'Etat pour aplanir des difficultés inhérentes à son caractère conventionnel : désignation d'un arbitre, déroulement des formalités, instructions...

Conclusion

Le régime juridique actuel de l'arbitrage semble ainsi, peu ouvert à l'évolution des principes et des techniques consacrés en la matière tant par les conventions internationales que par les droits des Etats partenaires avec lesquels le Maroc a conclu des accords reconnaissant les sentences arbitrales.

L'absence de réforme législative n'a guère porté les tribunaux, jusqu'à aujourd'hui, à réduire la rigidité de ce droit, à la différence de la jurisprudence française, par exemple, qui n'a pas attendu les réformes de 1980 et 1981 pour donner application aux principes de base de l'arbitrage moderne.

Le décalage qui se creuse ainsi entre le régime légal de l'arbitrage et les principes communs à la plupart des législations étrangères et aux règlements des organismes permanents d'arbitrage se vérifie notamment à travers les règles de base suivantes relatives à :

- L'autonomie de la clause compromissoire,
- La règle dite de la compétence de la compétence,
- La coopération des instances arbitrales et judiciaires et,
- La non soumission de la sentence arbitrale au contrôle judiciaire.

a) Autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal

Il est une règle de base qui confère à la clause compromissoire convenue par les parties contractantes une autonomie totale par rapport à leur contrat principal objet du litige. La clause compromissoire conserve ainsi ses pleins effets même si ce contrat est résilié ou déclaré nul. Elle constitue une convention avec son propre objet qui la distingue totalement du contrat principal. Cette règle figure dans la loi-type de l'arbitrage commercial international et constitue également un principe de base dans les règlements d'arbitrage de la plupart des centres et des organismes permanents d'arbitrage.

b) La règle dite de la compétence de la compétence

Le droit moderne reconnaît au tribunal arbitral le pouvoir de connaître des contestations relatives à sa propre compétence. Il lui appartient en conséquence de se prononcer sur les arguments de la défense relatifs au compromis sans avoir à en référer aux juridictions étatiques. Cette solution évite de mettre en échec l'arbitrage ou de retarder son déroulement chaque fois que des contestations sont élevées à propos de la compétence des arbitres.

La plupart des législations modernes consolident ainsi l'autonomie de la clause compromissoire en accueillant la règle dite de « la compétence de la compétence » pour simplifier la procédure d'arbitrage et écarter les incidents qui peuvent entraver son déroulement rapide. La dévolution de ce pouvoir au tribunal arbitral se justifie d'autant plus, lorsque le recours en nullité contre les sentences arbitrales demeure possible devant les juridictions compétentes.

c) Collaboration entre le tribunal et les juridictions d'Etat

L'admission de l'arbitrage comme un moyen ordinaire de résolution des conflits rend nécessaire le développement d'une coopération entre les tribunaux étatiques et les tribunaux arbitraux. Le rôle de l'ordre judiciaire ne peut pas se borner à contrôler la régularité des sentences arbitrales. Il doit tendre à soutenir le processus d'arbitrage dans toutes ses phases en vue de résoudre les problèmes relatifs à la convention d'arbitrage, à la désignation des arbitres, au déroulement de la procédure et à l'exécution de la sentence. Un tel appui peut s'avérer décisif notamment lorsqu'il importe d'ordonner des mesures conservatoires ou provisoires, d'obtenir des éléments de preuve...etc.

d) Non admission des voies de recours judiciaire contre la sentence arbitrale

L'autonomie de l'arbitrage plaide aussi pour la non admission, à l'encontre de la sentence arbitrale, des voies de recours ouvertes à l'encontre des jugements. Le contrôle judiciaire de la régularité de celle-ci ne devrait être permis que par voie de l'action en nullité, sur la base de motifs clairs limitativement énumérés par la loi.

C'est là une condition fondamentale pour que l'arbitrage puisse constituer une voie autonome alternative à la justice d'Etat.

II. LE PROJET DE CODE D'ARBITRAGE COMMERCIAL

Pour remédier aux défaillances législatives que nous venons d'énumérer et doter le Maroc d'une loi efficace pour la résolution extra judiciaire des litiges commerciaux, le ministère de la justice a prévu l'élaboration d'un code d'arbitrage commercial.

Ce projet de code actuellement finalisé doit être présenté au gouvernement très prochainement.

Sans entrer dans les détails d'un texte qui peut encore subir des modifications tant au niveau gouvernemental que parlementaire, on peut affirmer que le code d'arbitrage commercial a pour objectif de pallier les insuffisances constatées de la loi actuelle et de préparer pour le Maroc un instrument efficace, complet et sécurisant pour le règlement extra judiciaire des conflits commerciaux.

Le nouveau code doit aligner la législation marocaine relative à l'arbitrage sur la législation des pays développés et intégrer dans le droit positif marocain les dispositions conventionnelles internationales et les clauses des traités internationaux que le Maroc a signé et ratifié depuis de nombreuses années.

II.1. La chambre de commerce internationale du Maroc

Cette chambre récemment créée et domiciliée à Casablanca, permet aux commerçants, personnes physiques et morales de bénéficier d'un règlement extra judiciaire de leurs différends.

Elles peuvent éviter ainsi les lourdeurs et la rigidité des procédures judiciaires ainsi que les problèmes liés au manque de formation des magistrats.

Les personnes pouvant être choisies comme arbitres sont des professionnels dont les compétences, sont notoirement reconnues.

Le règlement d'arbitrage adopté par la Chambre de Commerce Internationale du Maroc est très inspiré de celui recommandé par les instances internationales.

a) Création

Entré en vigueur le 1^{er} Janvier 1999, le règlement d'arbitrage au Maroc relève de la compétence de la Cour d'arbitrage créée au sein de la Chambre de Commerce internationale du Maroc (CCI- Maroc).

b) Mission et composition de la Cour

À l'exclusion de tous différends ayant un caractère international, la Cour a pour mission de faire régler par un ou trois arbitres, tous différends dont elle pourrait être saisie par des personnes physiques ou morales de droit privé ou public, en vertu de clauses contractuelles ou statutaires.

La Cour dispose à cet effet, de tous les pouvoirs nécessaires. En tant qu'organisme indépendant, elle exerce sa mission dans une totale indépendance vis-à-vis de la CCI-Maroc et de ses organes.

La Cour est composée de six membres établis au Maroc, désignés par le conseil de direction de la CCI-Maroc, sur proposition de son président, pour une durée de trois ans parmi les arbitres par lui agréés.

c) Décisions de la Cour

La Cour ne peut tenir valablement ses réunions que si la moitié au moins de ses membres est présente. Elle prend ses décisions à la majorité simple. En cas de partage des voix exprimées, celle du président est prépondérante

II.2. Introduction de la demande d'arbitrage

La demande d'arbitrage doit être déposée ou adressée au Secrétariat de la Cour qui a son siège dans les bureaux de la CCI- Maroc. Elle doit contenir les nom, prénoms ou dénomination et adresse des parties, la nature du litige, l'exposé sommaire des prétentions du demandeur et viser la convention d'arbitrage ou la clause compromissoire.

Toute demande d'arbitrage donne lieu au versement d'une avance forfaitaire qui n'est pas récupérable et reste définitivement acquise à la CCI- Maroc

a) Arbitres

L'arbitre doit être agréé auprès de la CCI-Maroc. L'arbitre nommé doit être et demeurer indépendant des parties en cause ; Les parties ont le droit de récuser tout arbitre désigné pour des faits mettant en cause son indépendance. L'arbitre peut être remplacé en cas de décès ou d'empêchement de fait ou de droit, de défaillance, de démission ou de récusation.

Toutefois, les divergences d'opinion et généralement tout incident de nature à entraver la mission des arbitres est soumis immédiatement au président de la cour ou au vice-président, le cas échéant.

b) Acte de mission de l'arbitre.

Avant de commencer l'instruction de la cause, le tribunal établit un acte précisant la mission du ou des arbitres.

Cet acte doit contenir notamment toutes les informations relatives au nom des parties, de leurs avocats, leurs adresses pour toutes notifications ou communications à leur adresser ; un exposé sommaire de leurs prétentions, les points litigieux à résoudre, en plus des nom, qualité et adresses du ou des arbitres, la langue d'arbitrage, etc...

Cet acte est signé par les parties et par le tribunal arbitral dans le mois de sa saisine.

c) Sentence arbitrale

La sentence arbitrale est rendue à la majorité en cas de désignation de trois arbitres. À défaut de majorité, l'avis du Président du tribunal arbitral s'imposera aux autres arbitres.

La sentence arbitrale est définitive et acquiert force de chose jugée dès sa signature. Les parties s'interdisent tout recours judiciaire contre la sentence arbitrale et s'engagent à l'exécuter sans délai.

Cependant le recours à l'arbitrage ne fait pas échec au droit des parties de solliciter de l'autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires à condition que ces mesures soient portées sans délai par les parties, à la connaissance du tribunal arbitral et du secrétariat de la cour.

d) Confidentialité

La procédure d'arbitrage de la CCI- Maroc a un caractère confidentiel que toute personne y participant à un titre quelconque, est tenue de respecter.

LIVRE III: LA LEGISLATION CONNEXE

PREMIERE PARTIE : LES DROITS FONDAMENTAUX

CHAPITRE 1 : LE DROIT DE LA PROPRIETE

Le droit de propriété est garanti au Maroc par l'article 15 de la constitution du 7 octobre 1996 qui dispose :

« Le droit de propriété et la liberté d'entreprendre demeure garantis.

La loi peut en limiter l'étendue ou l'exercice si les exigences du développement économique et social de la Nation en dictent la nécessité. Il ne peut être procédé à expropriation que dans les cas et les formes prévues par la loi. »

Le droit de propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. Il s'agit d'un " monopole à caractère absolu, un droit quasi-souverain ".

Aujourd'hui, même si ce droit a un peu évolué et subi un certain nombre de limitations il reste, au Maroc, comme partout ailleurs, un droit patrimonial et un droit réel.

I. Etendue du droit de propriété

La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne également un droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement.

En effet, la propriété d'une chose peut s'accompagner de la propriété des différents éléments qui en constituent des accessoires c'est à dire que la propriété du sol entraîne la propriété du dessus et du dessous.

I.1 La propriété du dessus et du dessous

Le propriétaire d'un terrain est en même temps propriétaire de l'espace au-dessus du sol et du sous sol.

I.1.1 La propriété du dessus

Cela signifie, le propriétaire peut faire au-dessus de sa propriété, toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos... " sauf à respecter certaines restrictions prévues par la loi, par exemple une servitude "non edificandi", enjoignant de ne pas construire. Cela lui permet d'être également présumé propriétaire de toutes constructions faites sur son terrain même avec les matériaux d'autrui.

Enfin, cela lui permet de s'opposer à tout passage sur son terrain et même à tout empiètement : il est en droit de faire couper les branches de l'arbre de son voisin qui dépasseraient au-dessus de son terrain.

Toutefois l'étendue de cet espace aérien ne peut se calculer d'une façon précise et des limitations au droit du propriétaire peuvent être apportées par la loi ou la jurisprudence, notamment en matière d'urbanisme, de navigation aérienne, de distribution d'énergie électrique par câbles et pylônes et d'installations de lignes de transmission de télécommunications.

I.1.2. La propriété du dessous

“ La propriété du sol emporte la propriété du dessous ”. Cela implique, d'une part que le propriétaire du sol est propriétaire du sous sol et de tout ce qu'il contient, d'autre part qu'il peut se livrer à des fouilles dans son terrain, enfin qu'il peut empêcher tout empiètement des tiers dans son sous-sol.

Le propriétaire du sol est propriétaire du sous-sol et de tout ce qu'il contient : cela signifie notamment qu'il est propriétaire des objets incorporés au sol, comme des objets anciens, une mosaïque romaine, par exemple : mais sous réserve d'un droit d'expropriation de l'administration des beaux-arts.

Il peut effectuer “ toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos.... ” : Il peut “ tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf à respecter les limitations résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ”.

Le propriétaire peut donc creuser des fondations, effectuer des fouilles, exploiter des gisements, mais il se heurte très vite à des limitations : protection des fouilles archéologiques, réglementation des sources thermales et surtout régime des mines qui ne peuvent faire l'objet d'une appropriation privée.

I.1.3. Droit d'accession sur ce qui s'incorpore à la chose

Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire. C'est ce que l'on appelle le droit d'accession.

Toute construction ou plantation faite sur un terrain appartient au propriétaire du sol. Cela ne pose aucun problème lorsque le terrain et les matériaux appartiennent au même propriétaire. Le propriétaire du sol est toujours présumé propriétaire des constructions ou plantations faites sur son fonds qui sont également présumés faits avec des matériaux lui appartenant.

En revanche, la situation est plus délicate lorsqu'ils appartiennent à des propriétaires différents. C'est le propriétaire du sol qui devient, par accession, propriétaire des constructions ou plantations mais se pose alors un problème d'indemnisation.

Un cas particulièrement ennuyeux est celui où la construction a été faite par empiètement sur le terrain d'autrui. Si le constructeur est de mauvaise foi, la démolition pourra être exigée ; mais s'il est de bonne foi une indemnisation est possible.

Si l'empiètement est intolérable pour le propriétaire du sol, le maintien de l'ouvrage causant une grave atteinte à son droit de propriété, la jurisprudence s'appuyant sur le principe que “ nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique ” peut décider qu'en cas d'empiètement le constructeur même de bonne foi peut être obligé de démolir la partie de la construction empiétant sur le terrain d'autrui et de restituer cette portion de parcelle.

II. Prérogatives conférées au propriétaire

Au Maroc comme en France, le droit de propriété est le plus complet de tous les droits réels, le propriétaire ayant tous pouvoirs sur son bien, sur sa chose.

Les trois attributs du droit de propriété sont :

- L'usus ou jus utendi : droit d'user de la chose,
- Le fructus ou jus fruendi : droit de jouir de la chose et d'en percevoir les fruits,
- L'abusus ou jus abutendi : droit de disposer de la chose.

Ces prérogatives peuvent consister en actes matériels sur la chose : le propriétaire exploite lui-même, recueille les fruits naturels ou industriels. Il peut également détruire son bien.

Ces prérogatives comportent aussi le droit de faire tous les actes juridiques concernant cette chose, actes conservatoires, d'administration ou de disposition.

III. Aspect juridique

Le propriétaire a le droit de passer tous les actes juridiques destinés à restreindre, décomposer ou même anéantir son droit. En effet, il peut transférer à autrui le droit de jouissance sur son bien soit en démembrant son droit par exemple en conférant à un tiers un usufruit sur son bien, soit en le transmettant en totalité : par exemple en aliénant le bien.

Il faut noter que ces actes juridiques sont accomplis non sur le bien lui-même, mais sur le droit de propriété portant sur le bien.

IV. Caractères du droit de propriété au Maroc

Le droit de propriété est le droit le plus complet. Il présente un certain nombre de caractères. On peut dire que c'est un droit absolu, exclusif et perpétuel.

IV.1 C'est un droit absolu

C'est un droit quasi-souverain qui confère à son titulaire, un maximum de prérogatives, l'usus, le fructus, et l'abusus.

Cela implique également que ce droit est opposable à tous comme tout droit réel, c'est à dire que le titulaire du droit peut le faire respecter par tout le monde. Le propriétaire peut clôturer son terrain et interdire à tout individu d'y pénétrer.

Toutefois, ce pouvoir absolu est en réalité démenti par le texte lui-même qui impose qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements.

IV.2 C'est un droit exclusif

Cela signifie qu'une fois approprié, un bien appartient individuellement, privativement, exclusivement à une seule personne. C'est une puissance conférée à une personne bien déterminée

sur une chose qui est elle même déterminée.

Toutefois, là encore ce principe souffre aujourd'hui des restrictions notamment en cas de propriété indivise, et plus particulièrement en matière de copropriété.

IV.3 C'est un droit perpétuel

C'est à dire héréditaire, imprescriptible et inviolable.

V. Différentes limites à la propriété immobilière

Ces limitations sont de plus en plus nombreuses et elles sont généralement légales ou réglementaires. Elles concernent aussi bien l'étendue du droit de propriété que son assiette. Si le droit de propriété confère à son titulaire trois prérogatives : l'usus, le fructus et l'abusus, le législateur restreint parfois certaines de ces prérogatives.

VI. L'expropriation

VI.1 Aperçu

La procédure moderne de l'expropriation a fait son apparition au Maroc, dans l'Acte général de la Conférence d'Algésiras (7 avril 1906) qui invitait le Sultan à édicter une réglementation reposant sur le principe de l'indemnisation des propriétaires, préalablement à toute dépossession, et sur le but d'utilité publique qui devrait être établi par une enquête administrative.

L'expropriation devait et doit toujours être justifiée par la nécessité d'utilité publique. Il ne peut y avoir d'expropriation sans déclaration d'utilité publique. C'est le dahir du 6 mai 1982 encore en vigueur, qui réglemente l'expropriation au Maroc. Par rapport à la législation antérieure, il a permis d'accélérer la procédure et de diminuer la rigueur du texte antérieur vis à vis des propriétaires. La constitution marocaine garantissant le droit de propriété, il ne peut être procédé à l'expropriation que dans les cas et dans les formes prévus par la loi. (Article 15 de la constitution).

La procédure d'expropriation tend à maintenir un certain équilibre entre les intérêts des propriétaires et l'intérêt général. Cette préoccupation apparaît à la fois dans les conditions de l'expropriation et dans les différentes étapes que l'administration doit suivre pour exproprier. Ces étapes sont constituées par une phase purement administrative qui peut être suivie d'une phase judiciaire.

VI.2 Les conditions de l'expropriation

L'expropriation ne peut être mise en œuvre que dans un but d'utilité publique ; elle ne peut porter que sur des immeubles ; elle est ouverte non seulement à la puissance publique mais aussi, dans certains conditions, aux personnes privées.

VI.2.1 Le but d'utilité publique

L'expropriation n'est justifiée que dans la mesure où l'opération envisagée a un but d'utilité publique ; mais la notion d'utilité publique est conçue d'une façon extrêmement large.

On peut dire que la notion d'utilité publique a suivi une évolution absolument semblable à celle qu'a connue la notion d'intérêt général.

Les opérations ou travaux qui peuvent justifier le recours à la procédure de l'expropriation sont fixés par la loi, sans que la liste soit limitative : elle mentionne la construction des routes, chemins de fer, ports, aérodromes, les opérations d'urbanisme, les travaux militaires, l'aménagement et la conservation des forêts, la défense du sol contre l'érosion, la protection des monuments historiques et des sites etc.

Le but d'utilité publique est donc entendu d'une façon très large et son évolution n'est certainement pas arrêtée.

VI.3 L'objet de l'expropriation

L'expropriation ne peut porter que sur des biens immobiliers ; les meubles ne peuvent jamais être expropriés sauf s'ils sont devenus immeubles par incorporation. L'expropriation n'est pas limitée au droit de propriété, mais peut d'une manière générale permettre l'acquisition de tous les droits portant sur les biens immobiliers.

Certains immeubles échappent cependant au champ d'application de l'expropriation : ce sont les mosquées, les sanctuaires et les cimetières, le domaine public et les ouvrages militaires.

VI.4 Les titulaires du droit d'exproprier

Le droit d'exproprier appartient à la puissance publique qui peut le déléguer à " tout établissement public, société ou particulier ".

L'Etat et toutes les personnes publiques en sont évidemment titulaires, mais des personnes privées peuvent se voir reconnaître ce droit dès lors qu'elles assurent la réalisation de l'intérêt général. Les particuliers qui, dès 1914 se virent reconnaître ce droit, sont les concessionnaires de service public, les sociétés d'économie mixte et plus largement les entreprises d'intérêt général.

L'expropriation est donc ouverte non seulement à la puissance publique mais aussi, dans certaines conditions, aux personnes privées, notamment aux gestionnaires d'un service public.

Le concessionnaire peut se voir déléguer, par convention, le droit d'exproprier et de prendre possession de tous les biens immeubles nécessaires à l'installation de travaux d'utilité publique et à l'exploitation du service public, l'Administration restant seule responsable de l'indemnisation des propriétaires.

VI.5 La procédure d'expropriation

VI.5.1 La phase administrative de l'expropriation

Au cours de cette phase, l'Administration agit seule. Cette phase s'ouvre par la déclaration de l'utilité publique de l'opération. Elle est suivie, en principe, par une enquête administrative qui

précède la désignation des parcelles à exproprier. Elle se poursuit, par des arrêtés de cessibilité, lorsque cette désignation n'a pas été réalisée par l'acte déclaratif d'utilité publique ; elle s'achève enfin par une tentative d'accord amiable avec les propriétaires.

VI.5.2 La déclaration d'utilité publique

Aujourd'hui, la déclaration d'utilité publique est faite par un acte administratif.

La déclaration d'utilité publique produit certains effets dont le champ d'application est défini par les travaux ou opérations prévues par l'acte déclaratif d'utilité publique ; toute modification de l'utilisation des biens soumis à expropriation exige une nouvelle déclaration d'utilité publique. Dès la publication de l'acte déclaratif, les biens visés ne peuvent faire l'objet d'aucune transformation sans autorisation de l'expropriant : les immeubles, ou la zone désignée par l'acte déclaratif d'utilité publique sont ainsi frappés d'une servitude générale qui s'oppose à toute modification de l'état des lieux. La durée des effets de la déclaration d'utilité publique est de deux ans.

VI.5.3 L'arrêté de cessibilité

L'arrêté de cessibilité, lorsqu'il est nécessaire, doit être pris dans un délai de deux ans après la publication de la notification de la déclaration d'utilité publique, dont il prolonge ainsi les effets. S'il n'est pas pris dans ce délai, l'acte déclaratif d'utilité publique devient caduc. De la même manière, l'arrêté de cessibilité n'a qu'une validité de deux ans puisque, si l'expropriant ne demande pas au juge le transfert de propriété dans ce délai, l'expropriation ne peut être poursuivie que sur la base d'une nouvelle déclaration d'utilité publique. Ces exigences de délai ont pour effet d'inciter l'Administration à faire aboutir rapidement la procédure et à ne pas faire peser pendant une période indéterminée une menace d'expropriation sur les propriétaires.

VI.5.4 L'enquête administrative

L'enquête administrative doit précéder l'acte qui effectue la désignation des parcelles à exproprier et qui sera, selon le cas, soit l'arrêté de cessibilité, soit l'acte déclaratif d'utilité publique lui-même. L'enquête s'ouvre par la publication du projet de désignation ; la publicité de ce projet est largement assurée par son dépôt au siège de l'autorité locale du lieu de situation de l'immeuble et par sa notification aux "propriétaires présumés, occupants et usagers notoires". Les intéressés qui peuvent en prendre connaissance ont un délai de deux mois pour faire état de leurs observations et également pour faire connaître tous ceux auxquels ils auraient consenti des droits sur les immeubles concernés par le projet.

La clôture du délai a des effets énergiques : sont déchus de leurs droits à l'égard de l'expropriation, les tiers qui ne sont pas faits connaître.

L'article 10 de la loi du 6 mai 1982 dispose : " Les intéressés doivent faire connaître tous les fermiers, locataires et autres détenteurs de droits sur les immeubles, faute de quoi, ils restent seuls chargés envers ces personnes des indemnités qu'elles pourraient réclamer. Tous les autres tiers sont tenus dans ce même délai de se faire connaître, sous peine d'être déchus de tout droit. L'expropriant est tenu de se faire délivrer par le conservateur de la propriété foncière un certificat donnant l'état des détenteurs de droits réels inscrits aux livres fonciers. Ce certificat peut être collectif. "

Ainsi, l'enquête administrative permet à la fois de recueillir les objections élevées à l'encontre de l'utilité publique des travaux et de leurs conditions de réalisation, et de faire apparaître les titulaires de droits portant sur les immeubles concernés par l'opération. La non identification des ayants droit n'entraîne en principe pas de retard dans la prise de possession des terrains et le début des travaux.

La durée moyenne entre la déclaration d'utilité publique et la prise de possession peut varier de façon significative. Ce que l'on peut affirmer, c'est que le délai minimum entre la déclaration d'utilité publique et la prise de possession est de deux mois. Le délai maximum étant de deux ans.

VI.5.5 La tentative d'accord amiable

L'autorité administrative et les intéressés essayent de s'entendre sur le montant des indemnités à verser en contrepartie de l'expropriation en confrontant leurs prétentions. La tentative d'accord amiable est obligatoire ; si elle aboutit, elle présente l'avantage de mettre un terme à la procédure et permet de faire l'économie de phase judiciaire. Il faut ajouter qu'un accord amiable peut être réalisé à toute époque, au cours de la procédure d'expropriation.

La décision d'expropriation peut toujours faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, qui donne aux requérants la possibilité de contester l'utilité publique des travaux notamment lorsqu'il apparaît que (1) le but d'utilité publique invoqué par l'expropriant ne correspond pas à ses véritables mobiles, et (2) lorsqu'il résulte des circonstances de fait que l'opération projetée n'a pas le but d'utilité publique que l'expropriant lui attribue. Il est vrai que l'effet de l'annulation de la déclaration d'utilité publique est symbolique si le transfert de propriété a déjà été prononcé.

Les recours pour excès de pouvoir ont pour fondement la violation de la loi. Ils tendent à l'annulation pure et simple d'un acte administratif qui constitue une décision. Ils doivent être introduits dans les soixante jours qui suivent la publication du décret ou de l'arrêté au Bulletin Officiel.

La Cour Suprême est compétente en premier et dernier ressort pour statuer sur les recours en excès de pouvoir contre les actes réglementaires du Premier Ministre. Les juridictions de base (tribunaux administratifs) n'ont pas compétence pour annuler les décisions des plus hautes autorités de l'Etat. Seule la Cour Suprême peut le faire. Il faut donc la saisir directement. Il n'y a qu'un seul degré de juridiction et il n'existe aucun recours contre la décision de la Haute Cour.

Pour les actes autres que les décrets, la compétence appartient aux tribunaux administratifs, l'appel devant être porté devant la chambre administrative de la Cour Suprême. Le recours peut être introduit, par toute personne physique ou morale qui démontre sa capacité et son intérêt (article 1 du code de procédure civile).

L'exigence d'un intérêt est fondamentale en matière de procédure et se résume parfaitement par la maxime "pas d'intérêt, pas d'action". Le demandeur n'a pas à invoquer un droit véritable. Il lui faut et il lui suffit de justifier, qu'à un titre quelconque, il subit un préjudice ou une gêne d'ordre financier ou moral, du fait de l'acte administratif qui a été pris.

La jurisprudence marocaine insiste sur la notion d'intérêt public en matière d'expropriation. Rares ont été les recours en excès de pouvoir contre les décisions d'expropriation proprement dites et les demandeurs ont été quasi-systématiquement déboutés.

En revanche, le contentieux en matière d'évaluation et de fixation des indemnités est très riche et les tribunaux ont tendance à défendre les droits du propriétaire et à réévaluer à la hausse, quelquefois de façon très préjudiciable pour l'expropriant, les indemnités d'expropriation.

VI.6 La phase judiciaire de l'expropriation

Elle comprend trois éléments : la prise de possession, le transfert de propriété et la fixation de l'indemnité.

VI.6.1 La prise de possession

L'échec de la tentative d'accord amiable ne doit pas paralyser la réalisation de l'opération projetée. L'administration peut toujours prendre possession de l'immeuble avec l'accord du propriétaire, à la seule condition de verser une indemnité provisionnelle. Mais la prise de possession est également possible lorsque le propriétaire s'y refuse.

VI.6.2 Le transfert de propriété

Il s'agit d'une étape essentielle de l'expropriation. Son importance a semblé telle, que le législateur a confié au juge le soin de le prononcer. On peut cependant estimer que le rôle du juge est en réalité assez limité à ce niveau, puisqu'il ne peut refuser de transférer le droit de propriété que s'il décele dans la procédure une irrégularité formelle. La compétence judiciaire ne peut être considérée comme protectrice de la propriété privée, qu'en raison du fait qu'il appartient au juge, de fixer l'indemnité.

VI.6.3 La fixation de l'indemnité

Elle est réalisée par le jugement qui prononce le transfert de propriété ; son importance est grande à un double titre : c'est en effet de son montant que dépend en définitive la véritable garantie du droit de propriété. Ce montant a également des incidences directes sur les finances publiques.

L'autorité judiciaire est chargée de l'évaluation de l'indemnité depuis 1914, mais sa liberté est loin d'être totale ; les textes posent en effet un certain nombre de règles qu'elle doit respecter dans son évaluation. Le juge peut se faire aider dans sa tâche par des experts. En pratique, il y a recours chaque fois qu'une difficulté d'évaluation se présente. L'avis des experts présente un intérêt capital, dans la mesure où le tribunal sera tenté de le suivre.

L'indemnité est fixée globalement, les titulaires de droits divers pouvant les faire valoir sur le montant de l'indemnité. Les tribunaux, spécialement ces dernières années, ont souvent été conduits à entériner les avis des experts et à prononcer des indemnités sans rapports avec la valeur réelle des biens, imposant ainsi à la collectivité publique de lourdes charges d'indemnisation.

CHAPITRE 2 : LE DROIT DES CONTRATS

I. Le droit des obligations et des contrats dans son contexte

Le droit marocain des obligations et contrats est, depuis 1913, codifié dans un monument législatif, le dahir des obligations et contrats, que les juristes du Royaume désignent sous le sigle de DOC.

Ce « code » mis en place par les autorités françaises du Protectorat le 12 août 1913 (BO 12 sept 1913 p: 78) avait, pour objectif précis, de mettre un terme à des usages incertains, flottants, contradictoires et mal connus, susceptibles de gêner l'implantation française et le développement économique qui devait s'ensuivre.

Le DOC, dans la formulation des normes qu'il édicte, se présente comme un ensemble de règles de droit, emprunté dans sa conception, dans sa présentation et dans son contenu au code civil français, exception faite des relations familiales qui relèvent de la compétence du droit musulman ou du droit hébraïque, pour les nationaux.

II. Le Contenu du DOC

Le DOC régit, au plan juridique, les relations économiques entre les personnes, qu'elles soient physiques ou morales, l'obligation étant l'outil de base de toute relation économique, et de toute modification patrimoniale.

La vie économique, vue sous l'angle juridique, est un immense puzzle d'obligations, dont la mise en œuvre suppose des contrats. C'est cet ensemble d'obligations légales et contractuelles que régit le DOC qui est, par conséquent, le corpus législatif fondamental de la vie économique et de la vie des affaires au Maroc.

Le DOC fixe d'une part les règles communes à tous les contrats et définit d'autre part, la réglementation particulière à tel ou tel type de contrat.

Il régit également les problèmes de responsabilité civile, qu'ils surviennent accidentellement en dehors de tout contrat ou qu'ils découlent de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat.

Le DOC détermine à peu près tous les principes fondamentaux du droit privé, c'est à dire du droit civil mais aussi du droit commercial, du droit des affaires et de toutes les branches qui ont pu se détacher de l'un ou de l'autre.

Il reste la référence essentielle et le droit commun des contrats et obligations.

Le DOC n'a pas eu pour objectif de résoudre toutes les questions concrètes qui surgiraient dans la pratique, mais de définir des mécanismes et de prescrire des règles d'une portée suffisamment générale et ordonnées en systèmes, de telle sorte qu'en s'y référant, magistrats et justiciables puissent facilement déduire de quelle manière telle ou telle difficulté concrète doit être résolue.

Il s'est donc plus attaché à déterminer les mécanismes de l'obligation, c'est-à-dire la technique selon laquelle elle naît, fonctionne et disparaît que des normes fixant de façon impérative le contenu des contrats.

Cette technique, qui puise ses racines dans le droit romain est demeurée quasiment inchangée. Ceci explique que le DOC soit demeuré à peu près intact depuis 1913 et qu'il n'est, au 21^{ème} siècle, pas nécessaire d'y apporter des modifications profondes ; pas plus que la France n'a apporté de changements aux mécanismes du code Napoléon, malgré l'évolution qu'ont subie la liberté contractuelle et la force du lien obligatoire.

Quelle que soit sa source, c'est - à - dire quel que soit le fait qui lui donne naissance, l'obligation, une fois qu'elle est née, obéit en principe aux mêmes règles. Toutes les obligations ne se créent pas de la même manière, mais une fois créées, elles produisent le même effet, implique la même responsabilité, s'exécutent, se transmettent et disparaissent selon les mêmes règles.

C'est ce qui explique que le droit des obligations et contrats change moins vite et de manière moins spectaculaire que les autres branches. Son évolution est plus lente et elle est due à des facteurs plus économiques et politiques que juridiques.

III. L'évolution du droit des obligations

En effet, le Maroc a connu ces dernières décennies le passage progressif d'un ordre économique libéral à un ordre public de plus en plus étoffé qui a supprimé une part de liberté dans les relations contractuelles et rétréci le domaine du droit des obligations par une limitation non négligeable de l'autonomie de la volonté.

Des instruments de politique économique tels que les plans, les nationalisations, les lois de marocanisation, la politique des prix et des revenus, la réglementation du crédit constituent autant d'obstacles à la liberté contractuelle.

Par ailleurs, au Maroc comme partout dans le monde, les dernières décennies ont connu une transition progressive d'un ordre politique libéral à un souci égalitaire. Cette évolution s'est traduite également dans le droit des obligations. Alors que jusqu'ici les relations contractuelles relevaient du principe de l'autonomie de la volonté, elles sont, à l'heure actuelle, de plus en plus dominées par le souci de protection des faibles contre les forts. Ainsi protège-t-on les salariés contre les patrons, les locataires contre les propriétaires, les consommateurs contre les fabricants. D'où une floraison de textes particuliers qui viennent instaurer un droit spécial, souvent très réglementaire, dans des domaines qui précédemment relevaient de la théorie générale des obligations.

Le DOC reste donc un cadre législatif, une loi générale qui se vide de plus en plus de sa substance et qui voit son application réduite.

Ces textes particuliers, qui se multiplient, sont pris en dehors du DOC. Le cas le plus patent est la série de lois sur les sociétés commerciales ; loi du 13 février 1997 sur la sarl et les autres formes de sociétés et loi du 30 août 1996 sur la SA.

Le DOC régleme dans ses articles 982 à 1091 le contrat de sociétés. Il se contente d'en poser les grands principes énoncés de façon générale et abstraite. Il définit le contrat de société, pose certaines interdictions, détermine les règles communes à toutes les formes de sociétés, régleme les effets de

la société entre associés et à l'égard des tiers, et pose les règles générales concernant la liquidation et le partage.

En revanche, les lois sur les sociétés commerciales sont extrêmement précises. Selon chaque type de société, elles définissent les mentions qui doivent être contenues dans le contrat de société c'est à dire dans les statuts sans laisser, aux futurs associés une grande marge de liberté. Elles réglementent de façon minutieuse les droits et obligations des organes légaux d'administration de la société, déterminent leurs attributions et leurs compétences, fixent les pouvoirs des associés, édictent des mesures de protection des associés minoritaires en violation du principe d'autonomie de la volonté, organisent des contrôles par des organes imposés extérieurs à la société, les commissaires aux comptes, et fixent les conditions de dissolution et de liquidation des sociétés.

Les dispositions de ces lois spéciales détruisent en grande partie l'intérêt pratique des articles du DOC réglementant le contrat de société et limitent considérablement l'application des grands principes du droit des obligations et contrats fixés dans le DOC, à savoir la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté.

Un autre exemple très explicite peut être relevé en matière de contrat de travail. Le louage de service ou de travail est réglementé par les articles 746 à 758 bis. De nombreuses lois postérieures sont venues réglementer de façon plus précise en les rapports de travail, en établissant la protection de l'employé et en vidant de tout contenu le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle contenu dans le DOC.

De nombreux autres exemples peuvent être cités allant tous dans le même sens.

Peut-on en conclure que les dispositions du DOC sont devenues caduques dans le droit positif marocain ? La réponse est certainement non.

S'il est vrai que la multiplication des lois spéciales, met à mal sans qu'aucun article du DOC n'ait été modifié, nombre de principes bien assis, du droit des obligations, on ne peut en aucun cas affirmer que les dispositions du DOC sont devenues obsolètes et sans intérêt pratique.

Bien au contraire, le législateur n'ayant pas tout prévu, un certain nombre de contrats et d'obligations qui n'ont pas été spécialement réglementés dans le droit marocain, relèvent des principes et mécanismes définis dans le DOC

Le législateur, en employant dans le DOC de nombreuses formules dont il n'a pas précisé la portée, a implicitement permis une adaptabilité des dispositions du DOC à des actes juridiques non encore existant au moment de sa promulgation et autorisé une libre interprétation de la norme par le juge chargé de l'appliquer.

Le juge, lorsqu'il n'y a pas de réglementation spécifique est ainsi appelé, dans chaque espèce, à porter une appréciation établissant si les circonstances justifient ou non l'application des règles qui se réfèrent à de tels concepts.

IV. L'application pratique du DOC

Le rôle dévolu aux magistrats et à la jurisprudence est donc essentiel et la jurisprudence a pendant longtemps joué un rôle décisif en matière d'obligations et de contrats.

Dans le droit marocain, le juge n'étant pas tenu d'adopter l'analyse de ses prédécesseurs peut, en appréciant différemment les faits, de façon plus ou moins stricte ou plus ou moins libérale, modifier les conditions d'application du droit.

Toutefois et cela est regrettable, depuis quelques années la jurisprudence manifeste une grande confusion. De nombreux arrêts des cours d'appel et même de la cour suprême ne sont pas même motivés. La plupart sont mal rédigés en sorte qu'ils permettent rarement de reconstituer le cheminement intellectuel du juge et se prêtent difficilement au commentaire scientifique.

La jurisprudence n'accomplit plus valablement son rôle en matière d'obligations et de contrats et la doctrine n'a pas encore trouvé le souffle nécessaire pour jouer en ce domaine, le rôle qui lui est en principe dévolu, c'est-à-dire forger les notions et les concepts dont fera usage le législateur et ainsi devenir une véritable source du droit.

En conséquence, l'existence et le développement des recueils ou répertoires de jurisprudence s'avèrent, pour le droit marocain en général et pour celui des contrats et obligations en particulier, d'une nécessité impérieuse, pour aider les magistrats à analyser certaines règles.

Les revues spécialisées dans la publication des arrêts ont une parution sporadique et une diffusion insuffisante. Les critères du choix des décisions publiées ne sont pas clairs et le pire y côtoie le meilleur.

Le DOC, conçu en termes généraux qui font à la fois sa faiblesse mais aussi sa force, permet aux tribunaux marocains de rendre des décisions justes, en faisant preuve d'un peu de hardiesse c'est-à-dire en se libérant des prescriptions strictes posées par le législateur, car elles deviennent inadaptées aux conditions nouvelles de la société.

En ce sens, une première méthode consisterait à détacher les textes de loi de leur contexte historique. Les mots employés par la loi devraient être interprétés, sans considération de leur origine historique et sans souci de l'intention de leurs auteurs, dans le sens qui paraît à l'heure présente donner satisfaction à la justice et à l'équité.

Pour que des lois qui sont en vigueur dans un pays, constituent un système cohérent, il est nécessaire de toutes les interpréter dans un même esprit, celui de notre temps, sans s'attarder aux circonstances, dans lesquelles les unes et les autres, dans des contextes variés, ont été promulguées. S'il est nécessaire dans ce domaine de se garder de tout excès et de continuer à attacher de l'importance à l'intention du législateur, les magistrats ne devraient pas se sentir liés de façon quasi absolue, et doivent, au delà de la lettre, rechercher avant tout l'esprit du texte et se fonder, pour rendre un jugement, sur la notion d'équité.

Une autre méthode pourrait être utilisée par le juge marocain pour adapter le DOC à des circonstances non prévues par le législateur, sans modifier le sens des dispositions que celui-ci a formulées et sans avoir besoin de modifications législatives. Il suffirait pour cela d'invoquer des prescriptions de portée générale énoncées par le législateur, pour neutraliser des dispositions particulières contenues dans la loi. En présence de deux textes qui paraissent appeler des solutions opposées, il est nécessaire de faire prévaloir celui de ces textes qui mène à la solution aujourd'hui la meilleure.

Il est nécessaire de reconnaître que les dispositions de la loi, comme celles des contrats sont liées à certaines circonstances et que, si un état de choses entièrement nouveau, imprévisible au moment où la loi est intervenue, vient à s'établir, les juges peuvent, si la justice l'exige, écarter leur application. Ce pouvoir du juge est conforme à la tradition.

En conclusion, s'il est vrai que des lois spéciales sont venues, dans certains domaines, régler, de façon précise, certaines obligations et certains contrats définis au départ dans le DOC vidant ce dernier d'une partie de sa substance, celui-ci reste toutefois le référentiel fondamental en matière d'obligations et de contrats au Maroc.

Il n'est donc pas nécessaire d'en modifier certaines clauses dès lors que les magistrats, s'attachent plus à l'esprit qu'à la lettre de la loi, et tout en gardant les mécanismes définis par le DOC, en font une application conforme au contexte économique de nos jours. Plus donc qu'une modification législative, il est nécessaire de faire porter les efforts sur la formation des magistrats.

DEUXIEME PARTIE: LES DROITS FINANCIERS

CHAPITRE 1 : LA CHARTE DES INVESTISSEMENTS

La Charte des Investissements est une loi-cadre en date du 8 novembre 1995, qui a pour objectif de fixer l'action de l'État en vue du développement et de la promotion des investissements pour une période de dix ans.

La mise en harmonie de la législation et de la réglementation de droit commun avec les dispositions de la charte a été faite essentiellement, par la loi de finances transitoire pour la période du 1er janvier au 30 juin 1996.

La loi de finances transitoire du premier semestre 1996 a abrogé les anciens textes d'encouragement aux investissements et aux exportations, à l'exception des textes relatifs aux places financières offshore et aux zones franches d'exportation et a inséré la plupart des dispositions de la Charte de l'investissement dans les textes de droit commun.

Contrairement aux précédents codes des investissements, très axés sur le secteur industriel, la Charte accorde aux investisseurs, quel que soit le secteur d'activité dans lequel ils travaillent, exception faite du secteur agricole non fiscalisé, des avantages et des garanties identiques.

Les principaux avantages consentis consistent en:

⇒ Liberté de l'acte d'investissement

⇒ Liberté de transfert des bénéfices et des capitaux:

⇒ Allègement du coût de l'investissement

I. Les dispositions de la charte

I.1 Liberté de l'acte d'investissement

Les investissements étrangers au Maroc peuvent être réalisés sans autorisation préalable de l'Office des Changes lorsqu'ils sont financés en devises. Cependant, l'investisseur devra effectuer un compte rendu à l'office des changes dans les six mois suivant la réalisation de l'investissement.

I.2 Définition des investissements étrangers

Les investissements étrangers sont définis comme les investissements effectués par des personnes physiques ou morales de nationalité étrangère, résidente ou non, et par des personnes physiques de nationalité marocaine établies à l'étranger. Ce régime de convertibilité garantit aux investisseurs une entière liberté pour:

- * la réalisation de leurs opérations d'investissement au Maroc,
- * le transfert des revenus desdites opérations,

- * le re-transfert du produit de la liquidation ou de la vente de leurs investissements.

I.3. Formes de l'investissement et modalités de financement

L'investissement peut prendre les formes suivantes:

- * Création de société,
- * Prise de participation, au capital d'une société en cours de formation,
- * Souscription à l'augmentation de capital d'une société existante,
- * Création d'une succursale ou d'un bureau de liaison,
- * Acquisition de valeurs mobilières marocaines,
- * Apports en compte-courant d'associés en numéraire ou en créances commerciales,
- * Concours financiers à court terme non rémunérés,
- * Prêts en devises contractés conformément à la réglementation des changes,
- * Acquisition de biens immeubles ou de droits de jouissance rattachés à ces biens,
- * Financement sur fonds propres de travaux de construction,
- * Création ou acquisition d'une entreprise individuelle,
- * Apports en nature.

La mise en place des opérations de change au Maroc dans un but d'investissement peut avoir lieu librement, c'est à dire sans autorisation préalable de l'Office des changes, via l'ouverture d'un compte en devises ou d'un compte en dirhams convertibles, auprès d'une banque commerciale.

Sont assimilés à un investissement en devises la compensation de créances commerciales pour les importations de biens ou de matériels et les créances au titre de l'assistance technique ou autres prestations de services.

I.4 Liberté de transfert des bénéfices et des capitaux.

Le Maroc garantit la liberté de transfert du capital investi, des plus-values et des produits de cession et de liquidation ainsi que des bénéfices nets d'impôts sans limitation de montant ni de durée.

I.5 Le régime des investissements étrangers au Maroc.

Il est institué un régime de convertibilité pour les investissements étrangers réalisés au Maroc en devises.

Pour les investisseurs qui apportent des capitaux étrangers au Maroc afin d'établir ou d'exploiter une entreprise, le rapatriement des capitaux et l'exploitation des bénéfices, revenus et autres sommes assimilées est libre.

La circulaire numéro 1589 de l'Office des changes du 15 septembre 1992 établit la libre convertibilité des changes, sans notification préalable de l'Office des Changes, pour les investisseurs étrangers (y compris les marocains non résidents sur le territoire du Royaume) pour le transfert des revenus générés, et de re-transfert du produit de liquidation ou de cession des investissements.

I.6 Le transfert des revenus d'investissement

Les investissements étrangers n'ont pas besoin d'accord préalable de l'Office des Changes pour transférer les revenus générés par leurs investissements. Les investisseurs ou leur intermédiaire peuvent transférer sans limitation de montant et sans limitation dans le temps, des revenus de toute sorte à l'étranger.

Les revenus des investissements pouvant être transférés comprennent les dividendes ou participation aux bénéfices distribués par les sociétés marocaines, les jetons de présence ou leur équivalent alloués aux administrateurs de sociétés, les bénéfices des succursales marocaines des sociétés étrangères, les revenus locatifs et les intérêts sur les prêts. Les bénéfices non distribués et affectés à un compte "report à nouveau" peuvent être réintégrés dans les bénéfices à distribuer au titre d'un exercice ultérieur et transférés.

I.7 Le transfert du produit de cession ou de liquidation des investissements étrangers.

En cas de liquidation ou de cession des investissements étrangers, les banques intermédiaires peuvent transférer librement au profit des investisseurs étrangers, le produit de cession ou de liquidation des investissements.

Le transfert porte sur la valeur nominale de l'investissement ainsi que sur la plus-value éventuelle étant entendu que le prix de cession doit correspondre à la valeur réelle des biens cédés.

I.8 Le régime des comptes bancaires pouvant être ouverts au nom de ressortissants étrangers

Ces comptes sont les comptes en devises, les comptes étrangers en dirhams convertibles, les comptes convertibles à terme et le compte spécial.

Les comptes en devises et les comptes étrangers en dirhams convertibles sont ouverts sans autorisation de l'Office des Changes au nom de personnes physiques ou morales de nationalité étrangère résidentes ou non résidentes.

I.9 Le régime des opérations courantes.

De par l'adhésion du Maroc à l'article VIII des statuts du FMI, le régime de convertibilité mis en place, permet à l'opérateur économique d'effectuer en toute liberté et sans aucune entrave sur le plan des changes, les règlements relatifs aux opérations d'importation, d'exportation, de transport international, d'assurances et de réassurance, d'assistance technique étrangère, de tourisme ainsi que nombre d'autres opérations courantes.

En matière d'importations, la quasi-totalité des produits peuvent être importés librement à l'exception de quelques produits figurant sur une liste publiée par le Ministère chargé du Commerce extérieur et pour lesquels une autorisation préalable de ce département est nécessaire.

Mais qu'il s'agisse des produits libres à l'importation ou des quelques produits soumis à autorisation administrative, le visa de l'Office des Changes n'est plus requis et les règlements y afférents peuvent intervenir librement par l'entremise des banques.

Les frais liés aux opérations de transport international qu'il s'agisse de transport maritime, aérien ou terrestre peuvent également être réglés librement par l'intermédiaire des banques en dehors de toute entrave administrative.

La quasi-totalité des produits sont libres à l'exportation.

Ces opérations ne sont soumises à aucune formalité ni autorisation préalable. L'exportateur est tenu, toutefois, de rapatrier le produit de son exportation dans un délai de 150 jours.

Le secteur des assurances au Maroc a été doté également d'un régime très libéral aussi bien pour les opérations d'assurances que de réassurance.

En matière d'opérations d'assurance, délégation a été donnée aux banques intermédiaires agréées pour effectuer le transfert, en faveur de non-résidents, des indemnités de sinistres sans limitation de montant, des rentes, des capitaux en vertu de contrats d'assurance-vie et des cotisations dues par les armateurs marocains à des clubs étrangers acceptés en réassurance au Maroc.

En matière d'assistance technique, l'Office des Changes a procédé à la libéralisation complète du transfert des rémunérations dues au titre de l'utilisation de brevets, de licences, de marque de fabrique, de transfert de Know-how, d'études, d'expertises, de réparation, de dépannage, de maintenance, de formation professionnelle et en général de toute opération d'assistance pouvant contribuer au développement de l'activité de l'entreprise marocaine et à l'amélioration de sa compétitivité.

I.10 Allègement du coût de l'investissement.

Les mesures incitatives à l'investissement ont également pris la forme d'exonérations fiscales.

Ces exonérations consistent en:

- ⇒ Limitation des droits sur les importations de matières premières et de biens d'équipement: le taux minimum est de 2,5% et le taux maximum est 10%.
- ⇒ Exonération du prélèvement fiscal à l'importation (PF) et de la taxe parafiscale pour les biens d'équipement, matériels et outillages nécessaires à l'investissement.
- ⇒ Exonération de TVA sur les biens d'équipement, matériels et outillage acquis localement ou importés directement ou par l'intermédiaire d'une entreprise de crédit bail à inscrire dans un compte d'immobilisation.
- ⇒ Limitation des droits d'apports en société à titre pur et simple à 0,5%.

⇒ Exonération des droits pour les actes d'acquisition de terrains destinés à la réalisation d'un projet d'investissement.

⇒ Possibilité pour les entreprises soumises à l'IS de constituer une provision pour investissement destinée à l'acquisition de biens d'équipements, matériels et outillages dans la double limite de 20% du bénéfice fiscal avant impôt et de 30% de la valeur globale de l'investissement projeté.

Par ailleurs, L'État peut conclure avec les entreprises dont le programme d'investissement est considéré comme important en raison de son montant, du nombre d'emplois stables à créer, de la région dans laquelle il doit être réalisé, de la technologie dont il assurera le transfert, ou de sa contribution à la protection de l'environnement, des contrats particuliers leur accordant outre les avantages de droit commun, une prise en charge des dépenses ci-après:

⇒ Dépenses d'acquisition du terrain nécessaire à la réalisation de l'investissement,

⇒ Dépenses d'infrastructure externe,

⇒ Frais de formation professionnelle.

II. Evaluation de la charte.

La Charte des investissements est une loi - cadre, qui fixe des objectifs et énonce de grands principes mais, qui reste principalement une “ déclaration d'intention ”.

Les dispositions contenues dans la charte reprennent les dispositions qui figurent dans la plupart des codes des investissements des pays émergents qui se font, en matière d'exonérations fiscales, une concurrence malsaine.

Les différents articles de la charte, rédigés en termes trop imprécis n'en permettent ni une applicabilité directe ni une lecture univoque. Les textes d'application qui auraient du être promulgués en même temps que la loi-cadre ne l'ont été qu'avec beaucoup de retard et partiellement. Certains, à l'heure actuelle, ne sont toujours pas promulgués et certaines dispositions de la charte, ne sont, en conséquence, pas applicables

La loi a donc été longue à mettre en oeuvre et de nombreuses dispositions sont restées lettre morte.

Les procédures à suivre pour bénéficier des dispositions de la charte ne sont définies dans aucun texte et donc ne lient pas l'Administration. Cette absence de transparence et de définition des documents à fournir et des autorisations à obtenir, crée des retards insupportables et décourageants pour les investisseurs.

Ces procédures ainsi que la liste des documents à fournir ne sont pas portées à la connaissance du public et restent à l'entière discrétion de l'Administration. Cette opacité a pour conséquence de créer des goulots d'étranglement et de rebuter souvent les investisseurs en butte aux tracasseries et soumis au bon vouloir des fonctionnaires. Quelques efforts ont été fournis pour essayer de fluidifier les procédures, ceux-ci restent cependant insuffisants.

On peut donc conclure que des dégrèvements fiscaux et une réglementation des changes libérale ne suffisent pas à créer un climat d'investissement favorable. La faiblesse des résultats constatables par rapport aux espoirs exprimés lors de la promulgation de la charte des investissements, est en réalité facilement explicable.

II.1 Un échec explicable.

A l'imprécision des textes et des procédures, s'ajoutent la mauvaise conjoncture économique nationale, l'absence d'une politique économique bien définie, l'étroitesse du marché intérieur, le non respect des principes de bonne gouvernance. Ces différents éléments constituent quelques uns des facteurs qui contribuent à la défiance des investisseurs, tant nationaux qu'étrangers à l'égard du Maroc et contrebalancent, de manière dommageable, les exonérations fiscales et les mesures d'attraction contenues dans la charte des investissements.

Toutefois, les critiques les plus fréquentes, qui reviennent comme un leitmotiv chez les différents opérateurs économiques, concernent essentiellement:

⇒ Le risque judiciaire

⇒ L'absence d'une législation moderne du travail et le manque de qualification de la main d'oeuvre

⇒ Manque de capacité de l'administration marocaine,

Le discours des investisseurs et notamment des investisseurs étrangers insiste sur le risque judiciaire existant au Maroc. La création de tribunaux spécialisés que sont les tribunaux et cours d'appel de commerce n'a pas fait évoluer l'opinion des investisseurs. Paradoxalement elle a semblé la conforter et la fortifier.

Outre les remarques liées à l'incompétence et à la corruption des magistrats, les investisseurs soulignent la lenteur et le manque de transparence des procédures judiciaires et le manque de prévisibilité des décisions judiciaires.

(Cf: section sur les tribunaux de commerce où ces problèmes sont détaillés).

CHAPITRE 2: LE DROIT BANCAIRE

I. Le cadre législatif

La présente analyse concerne la législation relative aux contrats bancaires, aux effets de commerce, et aux garanties bancaires tient compte à la fois de l'aspect théorique de la législation mais également de son application pratique et sa confrontation avec les réalités du terrain.

Dans la mesure du possible, des propositions générales de modification de la législation sont également présentées. Par législation, on entend principalement la loi dans son sens strict. Cependant, chaque fois que la construction légale repose davantage sur le règlement et les circulaires d'application et que ceux-ci soient accessibles, il sera fait référence à ces textes.

Les garanties

La législation sur les garanties, support souvent indispensable aux ouvertures de crédit, est éparpillée entre le Dahir portant Code des Obligations et Contrats datant de 1913, [Le DOC] les textes qui lui sont postérieurs et le nouveau code de commerce. Un effort de codification doit être mené conjointement avec celui de la modernisation de ces textes.

Nous ferons l'inventaire exhaustif de la législation actuelle sur les garanties et hypothèque, ainsi que les contrats bancaires nous attachant à mettre en relief les aspects et dispositions qui méritent d'être modifiés et dans quel sens la modification doit être opérée.

Le contrat bancaire

Les divers contrats bancaires font l'objet des articles 487 à 528 du Dahir portant Code du Commerce [le DCC]. Les contrats bancaires concernés sont la convention de compte, le dépôt, le virement, l'ouverture de crédit et l'escompte.

Ces contrats ont été introduits dans le droit positif par la législation de 1996 dont les auteurs ont tenu compte des dernières positions doctrinales et jurisprudentielles en France. C'est, donc, un droit très moderne qui se présente de manière homogène et relativement adaptée au contexte économique marocain. Son application, par contre, est assez laborieuse car nous constatons un déficit en matière de communication et de vulgarisation conjugué à un manque de formation manifeste des juges et auxiliaires de justice. Il faut bien comprendre ici que le DCC n'a pas repris, avec une mise à jour, une ancienne législation, mais c'est une véritable adaptation du droit à la pratique commerciale à laquelle il s'est attelé.

La tentative du législateur est louable mais incomplète. Il ne se dégage pas de la lecture des articles consacrés aux contrats bancaires une véritable législation bancaire réglementant tous les aspects des relations banques/clients. L'impression donnée par l'examen de cette législation est que ses auteurs ont voulu se restreindre aux principes généraux mais charger, par contre, Bank Al-Maghrib de réglementer, dans le détail, cette relation. C'est une approche qui privilégie le rôle de l'administration.

Sur certains de ces contrats, la législation a été appliquée par des circulaires de Bank Al-Maghrib. C'est le cas, notamment, des règles relatives à la forme des relevés de compte et de la manière dont il faut décompter les intérêts débiteurs. Cependant, il faut savoir qu'une circulaire de Bank Al-Maghrib

ne constitue pas une législation au sens étroit du terme. Les justiciables peuvent s'en prévaloir mais on ne peut leur en imposer les dispositions.

II. Le Droit des Garanties et Hypothèque (Du Crédit)

Ne seront abordées dans la présente étude que les garanties à proprement parler. Ne rentrent pas dans le cadre de cette étude, non plus, les conditions de réalisation judiciaire des garanties, hormis ce qui sera précisé pour le CIH, car ceci relève plutôt de la procédure judiciaire que du droit des garanties. Une bonne compréhension des dispositions légales suppose leur compilation préalable.

Les diverses dispositions en vigueur sont comprises dans un texte de base, le DOC, dans des textes qui lui sont postérieurs et dans le code de commerce, le plus récent de ces textes. Il ne rentre pas dans les champs de cette analyse de détailler toutes les garanties prévues par le droit marocain. Seules les garanties nécessitant un travail de forme seront abordées. Néanmoins, il est indiqué, ci-après, la liste des principales garanties en usage par le secteur bancaire.¹⁶

III. Analyse Critique de la législation

III.1 Le cautionnement.

Le cautionnement est une garantie extrêmement répandue dans le milieu des affaires, spécialement en matière bancaire. Elle permet aux établissements financiers de se prémunir autant que possible

16

Dahir portant Code des Obligations et Contrats (DOC) date : 12 août 1913.

Le cautionnement. Articles 1117 à 1169 ;

Le nantissement sans dépossession. (Contrat de Rahnia) Articles 1170 à 1183 ;

Le gage. (Dispositions générales) Articles 1184 à 1240.

Dahir du 02 juin 1915 fixant la législation applicable aux hypothèques terrestres. Articles 157 à 196

Décret Royal du 17 décembre 1968 relatif aux hypothèques consenties en faveur du Crédit Immobilier et Hôtelier.

Dahir du 02 juin 1915 fixant la législation applicable à l'antichrèse. Articles 100 à 107

Dahir du 31 mars 1919, modifié par le Dahir du 15 août 1930 fixant les règles applicables aux hypothèques maritimes. Articles 82 à 109

Décret du 10 juillet 1962 relatif à l'aéronautique civile fixant les règles applicables aux hypothèques sur les aéronefs. Article 22 (lequel renvoi au texte ci-dessus)

Dahir du 27 août 1918 (plusieurs fois modifié et complété) réglementant le nantissement des produits agricoles.

Arrêté viziriel du 28 novembre 1934 réglementant le nantissement des polices d'assurance.

Dahir du 17 juillet 1936 réglementant le nantissement de véhicules automobiles. Articles 6 à 14.

Dahir du 28 août 1948 réglementant le nantissement des marchés publics.

Décret Royal du 17 décembre 1968 relatif au crédit foncier, au crédit à la construction et au crédit à l'hôtellerie, réglementant la garantie de l'Etat marocain.

Dahir du portant Code de Commerce (DCC) date : 1^{er} août 1996

Le nantissement de certains produits et matières. Articles 378 à 392 ;

Le nantissement de Fonds de Commerce. Articles 79&80, 83, et 106 à 151 ;

Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement. Articles 355 à 377 ;

Le nantissement de marchandises. Articles 337 à 354 ;

Le dépôt en magasin général. Articles 341 à 354 ;

Le nantissement de titres. Articles 537 à 544 ;

Le nantissement d'effets de commerce (divers articles) ;

Les avals d'effets (divers articles)

contre l'insolvabilité future de leur débiteur. Elle permet, également, de contourner la fiction de la personnalité juridique des sociétés de capitaux en faisant souscrire aux actionnaires ou aux principaux d'entre eux des actes de cautionnement.

Le seul texte régissant le cautionnement, au Maroc, est le DOC. Ce texte n'a subi aucun changement sur la question depuis sa promulgation en 1913. C'est dire que le texte, sur certains de ses aspects a vieilli et mérite d'être réformé au regard, notamment, du développement des relations bancaires avec leur clientèle.

De manière générale, la loi a introduit un équilibre correct entre les droits et obligations des personnes concernées par le cautionnement, savoir le débiteur, le créancier et la caution. Néanmoins, la situation de faiblesse économique actuelle dans laquelle le débiteur se trouve et, par voie de conséquence, la caution impose un rééquilibrage des forces. Les actes d'ouverture de crédit et les actes de cautionnement que les banques soumettent à la signature de leurs clients sont des contrats d'adhésion dont le contractant ne peut modifier aucune disposition. Il est donc nécessaire de mieux protéger la partie économiquement faible contre les éventuels abus de la banque. Il est indiqué, ci-après, les domaines dans lesquels la réforme doit être introduite.

L'article 1118 permet de ne pas fixer un montant au cautionnement. Disposition dangereuse car elle renvoi à la notion de « montant raisonnable » porte ouverte à toutes les interprétations. A modifier vers le sens d'une plus grande précision.

L'article 1135 mérite que l'on s'y attarde plus. En effet cet article rend exigible la dette à l'égard des héritiers de la caution quand celle-ci décède alors que le décès du débiteur ne rend pas exigible la dette à l'égard de la caution. Cette différence de statut juridique s'explique par le principe selon lequel le décès entraîne l'exigibilité de la créance. Cependant, cette explication se heurte à deux obstacles juridiques majeurs :

Le premier est relatif au caractère d'universalité de la succession qui veut que l'héritier(e) vient en substitution de son auteur de manière universelle (c'est-à-dire dans son actif et son passif) Du reste, on qualifie en droit les héritiers d'ayant cause à titre universel. Or, cette universalité s'oppose à la déchéance du terme. Celui-ci est un droit transmissible par la succession. Le déchoir revient à amputer la succession donc à rompre le principe de l'universalité ;

Le second a trait au caractère accessoire de la caution. En effet, comment expliquer la disposition du 3^{ème} alinéa de l'article 1135 selon la quelle « la mort du débiteur fait échoir la dette à l'égard de la succession de celui-ci mais le créancier ne pourra poursuivre la caution qu'à l'échéance du terme convenu » La caution n'existe que par l'existence de la dette cautionnée. Elle bénéficie des mêmes droits que le débiteur cautionné mais ne peut bénéficier de plus de droits. Permettre à la caution de continuer à bénéficier du terme et le dénier aux héritiers revient à dire qu'elle bénéficie de plus de droits que le débiteur principal. Ajoutez à cela un obstacle pratique difficilement surmontable : Une banque dont le débiteur décède se verra obligée de réclamer à ses héritiers le paiement de la créance devenue exigible. Elle introduira, au besoin, des procédures judiciaires mais ne pourra rien faire contre la caution tant que la dette n'est devenue exigible à son égard. Tout au plus pourra-t-elle l'appeler en cause dans l'instance introduite, obtenir un jugement contre elle mais ne l'exécuter qu'à l'échéance.

La rédaction de l'article 1139 peut constituer un handicap au développement des contre garanties. En effet, cet article dispose que « la caution de la caution n'est obligée envers le créancier que si le

débiteur principal et toutes les cautions sont insolvable... » Il y a donc deux conditions cumulatives pour obliger le contre garant. Or, une partie non négligeable des investissements financés par le secteur bancaire est garantie par des sociétés de garantie telle que Dar Ad-Damane ou la Caisse Centrale de Garantie. Ces sociétés cautionnent le débiteur auprès de sa banque et se font contre garantir par un tiers. Si le débiteur devient insolvable, alors que la caution reste solvable, il n'y a pas de difficultés. Celle-ci paiera. L'inverse est problématique. En cas de difficultés avérées des sociétés de cautionnement, le créancier ne pourra revendiquer sa créance sur le débiteur principal que si celui-ci devient insolvable.

L'article 1142 est d'une rédaction dangereuse. Celui-ci dispose « La caution peut agir contre le créancier, afin d'être déchargée de la dette, si le créancier diffère à réclamer l'exécution de l'obligation aussitôt qu'elle est devenue exigible » Il y a, ici, un équilibre à trouver entre le droit légitime de la caution à être déchargée de son obligation par suite de négligence du créancier et le droit de celui-ci d'être protégé contre une action intempestive de la caution. En réalité, si l'on admet que la caution n'est que l'accessoire d'une obligation principale, on doit admettre que les délais dont bénéficie le créancier pour agir contre le débiteur doivent être les mêmes que ceux dont il bénéficie vis-à-vis de la caution, ce qui pose le problème de la prescription. Il est vrai qu'il appartient à la caution de démontrer la négligence du créancier, il reste qu'il y a manifestement une contradiction entre l'adverbe « aussitôt » et la notion de prescription.

Ces remarques faites, il convient de réformer la loi pour une meilleure information de la caution. Ce devoir d'information existe dans le droit positif français depuis longtemps et la jurisprudence française l'a plusieurs fois confirmé. On ne peut plus admettre que la banque puisse considérer que l'acte de cautionnement signé par la caution constitue « un chèque en blanc » lui permettant d'agir à sa guise comme et quand elle veut. Dans ce sens, il convient d'introduire dans le droit positif des dispositions qui:

Obligent la banque à informer, périodiquement, la caution de la situation des engagements du débiteur cautionné ;

Rendent obligatoire l'inclusion dans l'acte de caution de toutes les dispositions spéciales relatives à l'ouverture de crédit consentie au débiteur, notamment celles concernant le type de crédit et les intérêts du prêt.

Pour en terminer avec le chapitre cautions, il convient de signaler le sort particulier que la loi réserve à la caution dans le livre V du DCC traitant des difficultés de l'entreprise. Deux dispositions retiennent l'attention : L'article 662 et le dernier alinéa de l'article 665.

L'article 662 énonce que les cautions, solidaires ou non ne peuvent pas se prévaloir des dispositions du plan de continuation et de l'arrêt des cours des intérêts. La déchéance du terme leur est opposable.

Commençons par signaler que La loi est muette sur le sort des poursuites contre les cautions après le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure de redressement. En France, la loi du 10 juin 1994 énonce que le jugement de redressement judiciaire suspend toute action contre les cautions solidaires personnes physiques¹⁷. Les tribunaux de commerce au Maroc sont hésitants et la Cour Suprême ne s'est pas encore prononcée sur la question. C'est une lacune législative à combler.

¹⁷ Article 55, al.2

De plus, la question relative à la déchéance du terme va à contre courant de la position française. La Cour de Cassation française considère que le cautionnement est un accessoire à l'obligation principale et la caution bénéficie des mêmes avantages dont bénéficie le débiteur en redressement, à savoir le maintien du terme. Il convient donc de revenir à une meilleure orthodoxie juridique.

Enfin, si l'on admet que le créancier en adossant son crédit à une caution a entendu se prémunir via la caution contre l'insolvabilité du débiteur, il devient logique que les dispositions du plan de continuation, dont celles prévoyant des remises de dette au débiteur ne puissent bénéficier à la caution. Mais admettre cela revient à violer une autre disposition du DOC, celle de l'article 1154 qui dispose « La remise de dette accordée au débiteur libère la caution ... » ainsi que le dernier alinéa de l'article 1140. La solution retenue par le législateur commercial est logique mais incomplète. Il aurait été plus juste d'indiquer que la caution, par dérogation à la loi, ne bénéficie pas du plan de continuation.

III.2 Le gage

Cette garantie entraîne le dessaisissement du débiteur ou du bailleur du gage. Garantie très usuelle en début du siècle, elle est de plus en plus abandonnée et ne subsiste pratiquement que pour les valeurs mobilières données en gage. Cette législation s'applique par exception chaque fois qu'un texte spécifique ne régleme pas l'opération de nantissement en question.

Néanmoins, le nantissement d'une partie des titres au porteur reste soumise à cette réglementation. Peu de critiques sont à élever au sujet de cette garantie. Trois remarques peuvent, néanmoins, être faites.

L'article 1186, 1^{er} alinéa est totalement dépassé. La remise en gage des titres au porteur ne se fait plus sous pli fermé. Le caractère restrictif de cette disposition peut se révéler dangereux d'autant plus qu'il met en échec l'application du 1^{er} alinéa de l'article 1195 ainsi que le dernier alinéa de l'article 1190.

L'article 1212 dispose « le créancier répond du gage à concurrence de la valeur qu'il avait au moment où il lui a été remis, sauf de plus amples dommages, si le cas y échet » Cet article est manifestement inapplicable au nantissement des titres cotés en bourse. Le DCC dans ses articles 537 à 544 relatifs au nantissement des titres n'a pas apporté de contredit à cet article. Il convient donc de le modifier.

Une nouvelle lecture doit être faite de l'article 1214. Avec le développement des nouvelles techniques de garde et compte tenu de la position économiquement faible du débiteur ou du bailleur du gage, il faut s'attendre à ce que le choix du tiers dépositaire du gage soit dévolu au créancier. Dès lors, en cas de perte du gage, la charge doit être endossée au créancier et non plus au débiteur.

III.3 Les hypothèques

C'est, probablement, la garantie réelle la plus usitée dans la pratique. Les banques ainsi que les autres établissements de crédit n'hésitent pas à la requérir chaque fois que cela est possible. Dans certains cas, la prise d'hypothèque est obligatoire pour valider le crédit octroyé. De plus, cette garantie joue un rôle modérateur dans le calcul des divers ratios bancaires comme dans la constitution de provisions pour risques d'exploitation.

Le régime fondamental des hypothèques et cautions hypothécaires se trouve dans le Dahir du 02 juin 1915 qui reste en vigueur à ce jour. Très peu de modifications ont été apportées à ce texte qui, sur certains de ses aspects a pris de l'âge.

A coté de ce texte général, des textes postérieurs ont prévu des hypothèques spéciales mais qui, dans la pratique, sont peu connues et donc peu usitées. Dans l'analyse qui suit, nous nous n'intéresserons qu'aux hypothèques les plus courantes.

III.3.1 L'hypothèque conventionnelle de droit commun. (Dahir du 02 juin 1915)

L'article 177 dispose que les biens à venir ne peuvent faire l'objet d'hypothèque. Dans l'esprit du législateur de 1915, c'est une exigence qui procède de la logique élémentaire, encore que le texte de base de la relation contractuelle au Maroc, savoir le DOC, permet, sous certaines conditions, de disposer des biens d'autrui alors que l'hypothèque n'est qu'une sûreté réelle. Cet aspect purement

doctrinal mis à part, cette disposition constitue un obstacle à certains montages juridico-financiers permettant à des établissements de crédit de pré financer des acquisitions d'immeubles.

Les articles 182 à 184 de cette loi prévoient une technique intéressante consistant à différer les inscriptions hypothécaires pour une période de 90 jours maximum. Pour les financements à court terme, ce délai est trop court. C'est davantage pour des opérations de trésorerie qu'il est adapté. Ce délai mérite d'être rallongé et, surtout, qu'un texte d'application précise les modalités de cette technique.

Ces remarques faites, quelles sont les critiques que l'on peut faire à ce texte ?

D'abord, la question des privilèges n'est pas résolue par le texte. Le texte de base sur les privilèges, le DOC ne traite pas des privilèges sur les immeubles. Plus grave, à son article 1244, il y indique que la créance privilégiée est préférée à toutes autres créances, même hypothécaires. Cette question des privilèges a longtemps et continue à empoisonner les relations entre les créanciers hypothécaires et les autres créanciers privilégiés, principalement l'Etat au titre des impôts et taxes dus. Au pire, le trésor se sert directement sur le produit de la vente judiciaire du bien hypothécaire. Au mieux, il forme une opposition sur le produit de la vente empêchant ainsi le créancier de récupérer rapidement ses deniers. Il convient donc de légiférer sur la question des privilèges accordés au créancier hypothécaire.

Ensuite se pose la question du caractère perpétuel de l'hypothèque. Ici, la loi est très claire. L'article 377 du DOC précise que « la prescription n'a pas lieu lorsque l'obligation est garantie par un gage ou une hypothèque. » Ce texte appliqué aux hypothèques a donné lieu à une nombreuse littérature juridique et à une non moins abondante jurisprudence. Sans entrer dans le détail de cette discussion, plus prosaïquement il s'agit de savoir si une obligation, dont la prescription est par exemple de droit commun, est éteinte si son exécution n'est pas réclamée pendant quinze mais qu'elle ne s'éteint jamais si elle est adossée à une hypothèque.

L'article 160 précise que le créancier hypothécaire ne bénéficie, à titre privilégié, en plus du capital que d'une année et de l'année courante des intérêts. L'intention du législateur était de considérer que la période qui sépare l'exigibilité de la créance et celle de son remboursement par la vente judiciaire ne pouvait excéder, dans le pire des cas, deux ans. Dans la pratique, la durée est bien plus longue. La conséquence en est que la banque, après poursuite de la procédure de vente, ne récupère que son capital et, au mieux, deux années d'intérêts et se trouve colloquée à titre chirographaire sur les intérêts courus en plus. Autant dire qu'elle ne les perçoit jamais.

La réforme à apporter consiste soit à augmenter la durée et la rendre fixe, par exemple indiquer que le privilège porte sur trois années d'intérêts¹⁸, soit maintenir la rédaction telle qu'elle mais rajouter un an d'intérêts privilégiés¹⁹, soit à considérer que tous les intérêts courus entre la date d'exigibilité de la dette et celle du remboursement sont privilégiés, soit à fixer un pourcentage du capital qui sera privilégié²⁰ soit enfin à ne considérer comme privilégié que le capital et les frais judiciaires à l'exclusion de tout intérêts.

¹⁸ Le problème devient compliqué dans les contrats à taux variable. De plus, cette formule peut s'avérer injuste si la durée effective du crédit, délai de vente y compris, est inférieure à 3 ans.

¹⁹ A l'instar des hypothèques maritimes.

²⁰ C'est le cas pour les hypothèques prises par le CIH. Voir infra

III.3.1 L'hypothèque prévue par le Décret Royal du 17 décembre 1968.

Avant de passer en revue ce texte, il importe de signaler qu'il concerne les organismes agréés en tant qu'organismes de crédit foncier, à la construction et à l'hôtellerie²¹. Compte tenu du caractère particulier de ces organismes, le législateur a estimé nécessaire de prévoir pour eux des dispositions, en matière d'hypothèque, dérogoires aux règles de droit commun. L'expérience a montré que cette dérogation a été plus un handicap qu'un avantage pour un organisme comme le CIH. Il convient d'aligner les règles régissant les hypothèques du CIH sur celles du droit commun. Le décloisonnement des activités financières et la disparition de la spécialisation des organismes financiers plaident dans ce sens. Ci-après les dispositions en question qui méritent d'être réformées :

L'article 11, 4^{ème} alinéa précise que l'hypothèque bénéficiant à ces organismes leur garanti le montant du prêt accordé, majoré pour les intérêts et les frais, de 15% du principal de la somme prêtée. Ce pourcentage, fixé à une époque où les taux d'intérêt étaient relativement bas, avait semblé au législateur meilleur que le privilège d'intérêt accordé au créancier de droit commun par l'article 160 du texte de 1915. Avec l'augmentation des taux, ce pourcentage devenait à peine suffisant pour rémunérer un an de prêt, sans parler des autres conséquences désastreuses que cette rédaction entraînait pour le CIH. Il importe donc d'aligner ce privilège sur celui qui sera retenu pour les créanciers hypothécaires de droit commun.

Dans le même ordre d'idée, tout l'article 60 du texte de 1968 doit être changé. Bien qu'il concerne la réalisation hypothécaire, qui sort du cadre de cette analyse, le seul changement du régime juridique de l'hypothèque reste insuffisant pour assurer un nivellement des situations.

III.4 Le nantissement de produits agricoles.

Il s'agit d'un gage sans dépossession sauf convention contraire de garde chez un tiers dépositaire.

C'est une garantie presque exclusivement prise par le Crédit Agricole (ex CNCA) en raison de son caractère particulier. Le texte fondateur de ce nantissement date de 1918 mais a souvent été modifié et complété. Aujourd'hui, c'est une modification en profondeur qu'il convient d'apporter à ce texte. En attendant, les remarques suivantes peuvent être faites :

L'article 3 de ce texte prévoyant es énonciations du contrat doit être revu dans le sens d'un plus grand allègement. La pratique a démontré que les contrats établis se passaient de toutes ces énonciations et étaient parfaitement inscriptibles.

L'article 6 précise que l'effet de l'inscription demeure cinq ans. Cette durée est plutôt illogique. En effet, le nantissement agricole est censé garantir une exploitation agricole, donc saisonnière. La durée paraît trop longue. Ajoutez à cela que lorsque l'immeuble est hypothéqué, la non-inscription de l'acte de nantissement constitue une dérogation par rapport au droit commun foncier d'autant plus que le créancier nanti par un nantissement agricole est privilégié par rapport au créancier hypothécaire. En conséquence, il nous paraît plus juste de modifier cet article dans le sens suivant :

Pour les crédits d'exploitation à court terme, le contrat de nantissement agricole aura une durée qui ne pourra pas excéder un an, augmentée de 3 mois et fera l'objet d'une simple transcription auprès

²¹ Pratiquement, seuls sont concernés le CIH et, dans une moindre mesure, la Banque Populaire.

du registre spécial du tribunal de première instance du for. Il confère un privilège venant après celui des créanciers hypothécaires.

Quand le crédit vise au renouvellement du verger ainsi que tout investissement s'étalant sur un moyen terme, la durée du nantissement peut être portée jusqu'à sept ans mais l'acte doit, en contre partie, être inscrit, également à la conservation foncière, condition indispensable pour donner à ce nantissement une publicité suffisante et accorder au créancier nanti un privilège supérieur à celui du créancier hypothécaire. Bien entendu restera posé le problème des exploitations agricoles non encore immatriculées pour lesquelles un système spécial devra être trouvé.

III.5 Le nantissement des marchés publics

Il s'agit, à travers cette technique, de faire garantir au profit d'un organisme financier prêteur, le produit des encaissements sur l'Etat marocain (au sens large du terme) au titre des marchés de travaux et de services conclus avec celui-ci.

C'est une garantie très répandue mais qui a connu un essoufflement ces dernières années dues à un certain nombre de facteurs. Parmi ceux-la, deux méritent d'être signalés.

Les banques sont devenues méfiantes vis-à-vis de cette garantie en raison du flou qui entoure le privilège du créancier, notamment à l'égard du percepteur. En effet, S'agissant de marchés de l'Etat, le percepteur fait opposition, en totalité ou en partie, à tort ou à raison, chez le trésorier, dont il est le bras séculier, sur les sommes revenant à l'entreprise en remboursement des travaux et services exécutés au titre du marché en question, pré financées par les banques.

De manière générale, les grands chantiers et contrats sont très souvent adjugés à des groupements solides bénéficiant de financements propres ou bien de garanties étrangères prises en dehors du contrat lui-même. S'agissant des marchés de seconde importance, les banques font de cette garantie un simple appoint.

Néanmoins, les conditions de passation de marchés et la nouvelle rigueur qui caractérise les adjudications publiques diminuent considérablement les risques liés à l'insolvabilité du débiteur.

Il demeure, cependant, un flou qui a donné lieu à une jurisprudence rare mais qui a systématiquement tranché en faveur du créancier nanti.

Le législateur a donc introduit dans le droit positif une technique inspirée du droit français consistant à faire céder par le débiteur, titulaire du marché, son droit sur l'administration, à la banque pré finançant ledit marché. La banque (et uniquement elle) devient propriétaire de la créance cédée et échappe ainsi aux risques liés à l'entreprise (saisie-arrêt des créanciers, mise en redressement judiciaire, poursuites sociales...).

Cette technique, bien qu'elle ait été introduite par les articles 529 à 536 du DCC, demeure inappliquée au Maroc, on ne sait pour quelles raisons.

Ces précisions apportées, quelle lecture faut-il avoir du texte de 1948 ?

Ce texte est correctement établi. Du reste, il a subi très peu de modifications depuis sa promulgation et a fait l'objet de deux circulaires d'application datées respectivement du 15 mars 1954 et 23 février

1961. Il indique, avec précision le rang du créancier nanti, ce qui théoriquement laisse peu de place à l'arbitraire de l'administration. (Article 8, dernier alinéa).

III.6 La garantie de l'Etat marocain

Cette garantie n'a plus qu'un intérêt historique. L'Etat marocain ne délivre plus de garantie de manière directe pour le financement des investissements dans le secteur hôtelier ou de la pêche. Toutefois, des organismes, comme la Caisse Centrale de Garantie ou Dar Ad-Damane qui constituent plus ou moins des émanations de l'Etat, continuent à délivrer des garanties spécifiques pour les projets soumis à leur approbation.

IV. Les gages commerciaux

Sous ce vocable seront traités tous les nantissements et autres garanties prévues par le DCC de 1996. Compte tenu de la fraîcheur de ce texte, le législateur a tenu compte dans la rédaction des articles qui les concerne des différents courants d'opinions exprimés ainsi que des dernières évolutions doctrinales en la matière. Il n'est donc pas étonnant que peu de critiques soient formulées à leur endroit.

IV.1 Le nantissement sur Fonds de Commerce

C'est la seconde garantie commerciale par excellence, venant après la caution solidaire. Elle doit son succès non pas à sa force intrinsèque, laquelle est toute relative, mais plutôt à son caractère général. Le nantissement sur Fonds de Commerce n'est pas une garantie spécifique (comme celles que nous verrons plus bas) Elle est systématiquement requise par le banquier en couverture des crédits d'investissement comme d'exploitation.

Le texte de 1996 ne rompt pas radicalement avec celui de 1914. En ce sens, de nombreuses dispositions ont été reprises in extenso dans le nouveau texte. Les améliorations ont plutôt porté sur les conditions de réalisation du nantissement qui n'ont pas leur place ici.

La principale remarque qu'il convient de faire concerne l'article 137 du DCC. Celui-ci indique que l'effet de l'inscription reste acquis au créancier pendant cinq ans. Son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai et il sera procédé à sa radiation d'office par le secrétaire-greffier. Cette précision importante a été rajoutée car elle ne figure pas dans l'ancien texte de l'article 28. Cependant, Le corollaire de ce rajout ne se retrouve pas dans celui qui suit. En effet, celui-ci restreint la radiation des inscriptions aux seuls actes volontaires des parties ou à un jugement ayant autorité de chose jugée. En cela, il reprend la rédaction exacte de l'ancien texte de l'article 29. Quid, alors, de la radiation d'office reconnue au secrétaire-greffier ?

Deux remarques subsidiaires peuvent être faites :

La première concerne le privilège des intérêts. Comme pour l'hypothèque, la loi reconnaît au créancier un privilège protégeant le capital prêté, une année et l'année courante d'intérêts. Là aussi, il convient de tenir compte des délais importants qu'une réalisation judiciaire du gage peut avoir et son incidence sur les intérêts.

La seconde a trait au privilège lui-même. Aucune disposition du nouveau texte, pas plus que l'ancien du reste, ne définit le rang du créancier nanti sur le Fonds de Commerce. La lecture de l'article 1249

du DOC consacré au privilège sur les meubles n'apporte pas de réponse à cette question. C'est le long et fastidieux travail de jurisprudence qui a façonné un droit du privilège du créancier nanti sur les Fonds. La réforme du Code de Commerce était l'occasion pour élever au rang de la loi cette construction ou bien la contredire. Précisons pour mémoire que le créancier nanti vient en queue de la liste de privilégiés et même après le bailleur du fonds. Autant dire que la force de cette garantie est, en l'état actuel de notre droit, très relative.

IV.2 Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement

Cette garantie qui faisait l'objet d'un texte séparé dans l'ancien droit (novembre 1956) a été incorporée dans le DCC et fait l'objet des articles 355 à 377. Le législateur en a profité pour introduire quelques modifications mineures. C'est l'une des meilleures garanties du droit positif marocain. C'est, toutefois, une garantie spéciale car elle ne peut être prise que dans le cadre du financement de l'investissement. Les divers délais dont elle est assortie la rendent difficile à mettre en œuvre. A ce titre, deux remarques peuvent être formulées :

Le délai de 30 jours prévu à l'alinéa 7 de l'article 356 est difficilement respectable. En effet, il suppose que le matériel acheté a été livré sur site. Cette livraison suppose le paiement qui suppose lui-même le crédit. On est donc en présence d'un cercle vicieux. Cette anomalie ressort de la rédaction « maladroite » de cet alinéa puisqu'il concerne la conclusion du nantissement. Il eut été plus judicieux d'indiquer que le nantissement doit être transcrit dans les 30 jours de la livraison. Cette rédaction permet au créancier d'établir l'acte sur la base des factures pro forma. Sur la base de cet acte, ouvrir l'accréditif dans le cadre d'une importation ou bien avaliser le fournisseur local, faire livrer le matériel nanti puis déposer l'acte pour transcription.

La seconde remarque concerne la durée du privilège. La loi l'a réduit à cinq ans en l'alignant sur celui du Fonds de Commerce. Cette décision est regrettable. En effet, cette garantie, nous l'avons précisée, couvre les crédits d'investissement qui sont dans leur écrasante majorité pris à moyen terme. Dans la terminologie bancaire, le crédit à moyen terme est celui consenti pour une période qui va de 25 mois à sept ans. De plus, il n'est pas sûr que le crédit sera remboursé exactement dans ce délai. L'ancien délai de dix ans nous paraît plus approprié.

Une remarque subsidiaire doit être faite. Ici, le législateur n'autorise pas le secrétaire-greffier à radier d'office le nantissement à défaut de son renouvellement à l'échéance et n'admet la radiation de l'inscription que du consentement du créancier ou par décision judiciaire. A notre sens, une logique doit présider à cet aspect de la question pour tous les nantissements commerciaux.

IV.3 Le nantissement de marchandises

Il s'agit, là aussi d'un nantissement spécial puisqu'il ne peut être pris que pour le financement des stocks. Du reste, l'article 107 relatif au nantissement du Fonds de Commerce exclu expressément les marchandises du champ d'application de ce nantissement.

Il s'agit d'un gage avec dépossession. Il n'y a pas de texte spécifique à ce type de nantissement. Les règles relatives à ce nantissement sont à puiser dans les dispositions générales sur le gage (articles 1170 et suivants du DOC) et les articles 337 à 354 du DCC. Le seul article du DCC qui traite des marchandises est l'article 339 qui dispose « ... Le créancier est réputé avoir la marchandise en sa possession ... » Il est regrettable que le législateur de 1996 n'ait pas pensé à prévoir des dispositions spécifiques au nantissement de marchandises. Il s'agit, pourtant, d'une garantie largement utilisée par

les banques qui pour éviter le caractère pénalisant de la dépossession ont trouvé des parades leur permettant de contourner la difficulté en question. Il s'agit d'une remarque primordiale.

IV.4 Le dépôt en magasin général

A l'inverse de la garantie précédente, le dépôt en magasin général recueille de moins en moins les faveurs des banques, non pas pour le manque de sécurité qu'il procure (au contraire, cette garantie offre une sécurité largement supérieure à la précédente quoiqu'elle soit plus onéreuse.) mais plutôt à cause du désagrément qu'il occasionne à la clientèle car cette dernière se trouve obligée de retirer les biens (matière première, produits semi-finis ou produits finis) au fur et à mesure de ses besoins. Elle supporte mal la méfiance du banquier et ce dernier se trouve gêné de soumettre sa clientèle à cette formalité.

Cet aspect marketing mis à part, aucune remarque générale ne mérite d'être faite sur le texte. Cependant, la rédaction de l'article 352 est intempestive. Cet article dispose que « les établissements publics de crédit peuvent recevoir les warrants comme effets de commerce ... » cet article est la reproduction exacte de l'article 25 du texte du 06 juillet 1915 instituant les magasins généraux. Cette notion d'établissement public de crédit, concevable en 1915, n'a plus cours aujourd'hui.

IV.5 Le nantissement de titres

La loi précise que cette garantie a un caractère général. Ainsi, elle peut être constituée pour garantir l'exécution de toutes obligations même celles qui ont un caractère éventuel.

Ce texte est récent mais incomplet car il renvoie au DOC et aux règles sur le gage avec dépossession pour les aspects qu'il ne traite pas. L'article 543 aurait, cependant, mérité une rédaction plus précise. En effet, l'obligation qui pèse sur le bailleur du gage est équivoque. Comment peut-on obliger celui-ci à procéder au remplacement des valeurs disparues ou compromises si celles-ci sont en dépôt chez le créancier ?

IV.6 Le nantissement de certains produits et matières

Il s'agit d'un nantissement sans dépossession. Prévu par les articles 378 à 392 du DCC, il permet aux entreprises faisant commerce de certains produits et matières, déterminés par voie administrative, de faire financer l'achat et le stockage de ces matières dans l'attente de leur vente en l'état ou leur transformation.

La validité de cette garantie est courte puisqu'elle ne peut dépasser un an et trois mois. C'est une garantie largement en usage dans le secteur bancaire et ne soulève pas de remarques particulières.

IV.7 Le nantissement d'effets de commerce

C'est une technique qui était utilisée essentiellement par les organismes de crédit à la consommation qui se refinançaient auprès des banques. Appelée mise en pension, elles consistaient pour ces organismes à remettre à leur banque un ensemble d'effets souscrits par leur clientèle en représentation des crédits qu'elles leur accordaient. La technique de mise en pension n'était pas tout à fait conforme aux dispositions légales car le nantissement d'effets de commerce ne s'adapte pas aux traitements de masse. De toute manière, la cession des créances professionnelles introduites par

le DCC peut parfaitement se substituer à la mise en pension, sauf si les organismes de crédit à la consommation veulent garder la propriété des effets dont ils sont porteurs.

La technique du nantissement à proprement parler ne soulève de remarques. Le créancier nanti sur un effet de commerce assure sa créance à la fois par la détention du titre de créance et par la ou les signatures des divers coobligés.

V. Les avals

C'est la signature portée par un tiers sur l'effet ou par un acte séparé, destinée à garantir au porteur le paiement de la créance à sa date d'exigibilité. Cette technique intéresse tous les effets de commerce et est largement répandue dans le commerce bien que mal assimilée dans sa forme et ses conséquences par les praticiens.

Le législateur de 1996 n'a apporté aucune modification sur cet aspect par rapport à l'ancienne législation. Pourtant, les contestations judiciaires ont été nombreuses sur cette question.

La confusion provient d'abord de la présentation « commerciale » des lettres de change, car celles-ci constituent la grande majorité des effets de commerce en circulation. En général les formules en usage dans le commerce comportent au recto la mention « bon pour acceptation ou aval » comme si l'une était exclusive de l'autre. Si la loi est claire pour les théoriciens du droit, elle l'est moins pour ses praticiens.

De plus, la confusion provient de ce que l'aval peut être délivré par n'importe qui, voire le tireur ou le tiré eux-mêmes. La seule différence est que si c'est un tiers qui se porte aval, sa seule signature au recto de l'effet suffit. Par contre, si c'est le tireur ou le tiré qui se porte aval, la formule « bon pour aval » ou toute autre formule équivalente doit précéder la signature.

La rédaction de l'alinéa 5 de l'article 180 du DCC est maladroite. En tout cas, elle oblige à un raisonnement à contrario pour être comprise. Or, dans la pratique, très souvent le tiré accepteur est le gérant ou l'administrateur de la personne morale tirée. Sa signature comme tiré se confond pour les bénéficiaires avec un aval d'autant plus qu'elle figure dans l'espace réservé à « l'acceptation ou l'aval »

La réforme consiste, donc, à modifier la rédaction de l'article 180 dans le sens d'une plus grande clarté, à moins qu'un décret d'application ne vienne poser de manière plus précise les règles de l'aval.

S'agissant du chèque, les remarques ci-dessus sont plus tempérées pour des raisons d'ordre factuel sans plus. En effet, dans la pratique, les chèques ne sont jamais avalisés. Le bénéficiaire d'un chèque préférera le faire certifier.

VI. Les Contrats Bancaires

Comme précisé ci-dessus, ces contrats ont été introduits dans le droit positif par la législation de 1996 dont les auteurs ont tenu compte des dernières positions doctrinales et jurisprudentielles en France. C'est, donc, un droit très moderne qui se présente de manière homogène et relativement adaptée au contexte économique marocain. Son application, par contre, est assez laborieuse car nous constatons un déficit en matière de communication et de vulgarisation conjugué à un manque de

formation manifeste des juges et auxiliaires de justice. Il faut bien comprendre ici que le DCC n'a pas repris, avec une mise à jour, une ancienne législation, mais c'est une véritable adaptation du droit à la pratique commerciale à laquelle il s'est attelé.

VI.1. Le Compte en Banque

VI.1.1 Le compte à vue

La première remarque, positive cette fois, est que la loi n'a pas repris la distinction classique entre le compte courant et le compte chèque. Traditionnellement, les banques distinguent entre ces deux types de comptes et les traitent selon des procédures séparées. Le compte courant est ouvert aux commerçants, le compte chèque aux non commerçants.

La nouvelle loi n'a pas annulé cette distinction. Elle classe simplement le compte bancaire en deux catégories ; le compte à vue et le compte à terme. Les banques demeurent libres de prévoir à l'intérieur de la catégorie de compte à vue, le compte chèque et le compte courant. Toutefois, la législation applicable à ces deux catégories est identique et penche d'avantage vers la construction doctrinale du compte courant.

L'absence de cette distinction n'est pas dénuée de tout reproche. En effet, le législateur n'a pas précisé la nature civile ou commerciale du compte bancaire. Cette distinction continue à avoir son importance en matière de compétence judiciaire²². Aucun problème lorsque le compte est ouvert à un commerçant. Il s'agit d'un compte commercial donc un contrat commercial qui relève de la compétence des tribunaux de commerce²³. Mais qu'en est-il lorsque le compte est ouvert à un non commerçant, voire à un commerçant mais pour ses activités civiles ? Les règles de procédure attribuent compétence au tribunal du défendeur, ce qui signifie que lorsque la banque poursuit le recouvrement de sa créance sur un particulier, c'est au tribunal de première instance qu'elle doit s'adresser mais qui appliquera, pour la circonstance, des règles commerciales !!

La seconde remarque concerne le relevé de compte. L'article 492 de la loi indique que le relevé constitue un moyen de preuve et renvoi à l'article 106 du Dahir du 06 juillet 1993, communément appelé loi bancaire, pour les conditions d'admission comme preuve de ce relevé.

Cet article 106 pose une présomption simple de preuve au bénéfice des banques mais sous la double condition que le relevé ait été établi selon un format défini par Bank Al-Maghrib et que le justiciable soit un commerçant.

Cette rédaction constitue un assouplissement par rapport aux dispositions de l'article 19 du DCC lequel précise que « ... si elle est régulièrement tenue, cette comptabilité est admise par le juge pour faire preuve entre commerçants pour des faits de commerce. »

Cet assouplissement ne manquera pas de provoquer des contestations sur la recevabilité du relevé de compte comme moyen de preuve entre la banque et le commerçant, lorsque la contestation ne porte pas sur des faits de commerce.

²² Sur les autres aspects, la loi de 1996 a purement et simplement soumis le compte bancaire aux règles traditionnelles du compte courant c'est à dire aux règles commerciales.

²³ Voir alinéa 1^{er} de l'article 5 du Dahir du 12 février 1997 instituant les tribunaux de commerce.

La troisième remarque intéresse l'article 495 qui dispose « les intérêts courent de plein droit en faveur de la banque » Cette rédaction n'est pas innocente. Elle prétend mettre fin à un vieux et lourd contentieux opposant les banques à sa clientèle bénéficiaire de facilités de caisse ou de découverts sans support écrit. Il existe, en effet, des dispositions dans le DOC²⁴ qui empêchaient la banque de réclamer des intérêts à son client sous la double condition qu'aucun écrit ne les prévoit et que le client ne soit pas commerçant. Les seuls intérêts auxquels la banque pouvait prétendre sont les intérêts de droit. Cette théorie est encore en vigueur en France.

Cet article prétend mettre fin à ce contentieux mais, sous cette rédaction, il est tout à fait inutile. En effet, si les intérêts courent de plein droit en faveur de la banque, encore faut-il savoir de quels intérêts il s'agit. Si ce sont les intérêts de droit cet article est alors superflu. Si ce sont des intérêts conventionnels, où est la convention qui les prévoit ?

Cet article aurait mérité d'être autrement rédigé de manière à indiquer qu'en l'absence d'un écrit stipulant des intérêts, la banque ne peut prétendre qu'aux intérêts de droit.

La quatrième remarque et peut être la plus importante est la confusion qui pourrait naître, dans l'esprit des praticiens, par l'utilisation inappropriée de l'expression « découvert » et « compte débiteur occasionnel »

L'alinéa 2 de l'article 499 précise « ... Le solde débiteur occasionnel doit être remboursé sans délai par le client, sauf accord de l'établissement bancaire. » Toujours au chapitre compte bancaire, l'article 501 stipule que si la banque a consenti un découvert, elle ne peut le réduire ou y mettre fin qu'aux conditions de forme et de délais prévues par le chapitre régissant l'ouverture de crédit. Enfin, plus loin, le second alinéa de l'article 524 dispose « ... le solde débiteur occasionnel n'emporte pas ouverture de crédit. »

Quel intérêt le législateur avait-il à traiter du découvert, lequel est un crédit en bonne et due forme, dans un chapitre consacré au compte bancaire ?

Si l'expression « découvert » est prise par le législateur dans son sens précis, savoir un crédit formel, l'article 501 devient inutile. Si, par contre la référence au découvert, dans cet article précisément, est d'empêcher qu'il y ait une confusion entre le solde débiteur occasionnel et le découvert²⁵, le législateur aurait dû se montrer plus didactique et explicite. C'est bien ce que le législateur a fait dans l'article qui suit puisqu'il y a clairement détaillé le sort de l'escompte d'effet encore que nous aurions préféré voir cet article figurer au chapitre escompte²⁶

VI.1.2. Le compte à terme

Deux remarques à formuler : la première concerne la définition du compte à terme que le législateur aurait dû donner. La seconde concerne la résiliation du compte à terme qui implique l'accord de la banque. Cette exigence est totalement superflue. En effet, la résiliation avant terme signifie que le client rompt avant terme le contrat de blocage, causant ainsi un dommage à la banque. Quelle est la réparation de ce dommage ? La pénalité de deux points que la banque va appliquer. Pourquoi, alors, soumettre cette résiliation à l'accord préalable de la banque ? Ou bien la banque accepte la

²⁴ Voir articles 870, 871&872

²⁵ Dans la pratique, il y a effectivement une confusion très répandue entre ces deux notions. Il serait plus simple de parler de facilité de caisse et de découvert.

²⁶ Voir infra

résiliation anticipée et il s'agira d'une résiliation d'un commun accord n'ouvrant pas droit à pénalité ou bien la banque refuse cette résiliation anticipée mais comme elle ne peut s'y opposer, elle réclamera une pénalité. Si nous poussons l'économie de ce texte à l'extrême, on pourrait légitimement poser la question de savoir ce qui se passerait si la banque refusait cette résiliation ! Dans sa rédaction actuelle, l'article 508 est un non-sens juridique.

Là, le législateur donne une définition au contrat de dépôt de fonds. Cependant, l'article 510 n'est pas exempt de critique.

Faire de la saisie le seul événement habilitant la banque à ne pas exécuter son obligation de restitution relève de la myopie juridique. De nombreux événements peuvent entraîner un blocage des fonds déposés, voire leur affectation à d'autres fins, sans la signature du client, voire contre son propre gré. Il en est à titre de simple exemple du décès du client, de l'avis à tiers détenteur, de la mise en liquidation judiciaire ...

VI.2 Le dépôt de titres

Pas de remarques particulières à formuler. La législation, ici, est complète et moderne. La modernisation des règles relatives aux opérations de bourse ainsi que celles devant présider à la création d'un dépositaire central ont été pour beaucoup dans le toilettage du texte.

VI.3 Le virement

Notion connue depuis longtemps dans la pratique bancaire mais nouvellement introduite dans le droit positif marocain. 5 articles sont consacrés à cette opération bancaire²⁷.

La première question qui se pose est de savoir pourquoi le législateur s'est-il contenté de légiférer sur cette seule opération, très courante certes, mais pas plus importante qu'une autre. Que dire des mises à disposition ? Des ordres de prélèvements ? De la location de coffres ...

La seconde question, de fond celle-ci, est la confusion qui pourrait naître de la lecture des articles 521 et 522 du DCC.²⁸

L'article 521 traite de la révocabilité de l'ordre de virement. Pas de remarques à ce sujet. Plus importante est la question de la propriété de la créance virée. Le bénéficiaire devient propriétaire de cette créance dès que le compte du donneur d'ordre est débité. On doit admettre que le bénéficiaire, devenu propriétaire, acquière la libre disposition sur ces fonds après le débit en compte du donneur d'ordre. Rien n'est moins sûr. Cette incertitude provient de la rédaction inopportune de l'article 522. Il est vrai que la créance visée par cet article ne pourra être réglée que lorsque la banque domiciliaire du compte du bénéficiaire aura reçue le virement et l'aura porté au crédit de son compte. Dès lors, deux questions se posent :

²⁷ Il ne s'agit pas à proprement parler « d'un contrat bancaire » Le virement reste un ordre donné par un client à sa banque pour procéder à une opération de caisse.

²⁸ L'article 521 dispose « le bénéficiaire d'un virement devient propriétaire de la somme à transférer au moment où l'établissement bancaire en débite le compte du donneur d'ordre. L'ordre de virement peut être révoqué jusqu'à ce moment. »

L'article 522 dispose « la créance, pour le règlement de laquelle un virement est établi, subsiste avec toutes ses sûretés et accessoires jusqu'au moment où le compte du bénéficiaire est effectivement crédité du montant de ce virement »

Pourquoi préciser que le compte du bénéficiaire doit être crédité ? On peut parfaitement imaginer que le bénéficiaire, s'il y a convenance, donne instruction à sa banque pour donner une affectation spéciale à la somme virée sans qu'elle ait à transiter par son compte bancaire. Après tout, il est bien propriétaire de cette créance.

Peut-on reconnaître au bénéficiaire le droit d'agir directement auprès de la banque du donneur d'ordre pour donner une autre destination à la somme virée ? Théoriquement oui. Pratiquement, cette banque peut toujours refuser cette exécution au motif qu'elle n'a pas reçu mandat du bénéficiaire mais uniquement de son client. Il serait intéressant de voir comment la jurisprudence statuera sur la question.

Dans l'esprit du législateur, c'est la réponse à une question bien précise qu'il a voulu apporter. Mais à vouloir légiférer par la casuistique, on commet des impairs.

Dernière remarque au sujet de cette opération de caisse. Elle ressort de la rédaction de l'article 523.²⁹ le masculin (il) utilisé donne à penser que cet article vise le donneur d'ordre. Dans la pratique, le donneur d'ordre ne substitue aucune banque dans l'exécution de son ordre. Par contre, c'est bien la banque qui pourrait substituer une autre banque dans cette exécution. C'est le cas des banques qui n'ont pas d'agence implantée dans le lieu d'exécution de l'ordre et qui se font substituer d'autres confrères pour cette opération. S'agit-il d'une erreur matérielle ou bien est-elle l'expression de la volonté du législateur ?

VI.4 L'ouverture de crédit

Il est regrettable qu'un chapitre aussi important que l'ouverture de crédit ait été si peu traité par le législateur. Deux articles, en tout et pour tout, lui sont consacrés. A voir l'énorme contentieux qui oppose les banques à leur clientèle en matière de rupture abusive de crédit, d'utilisation inappropriée des contrats d'adhésion qu'elles leur font signer, de la raideur des banques devant les sollicitations des clients, on ne peut que s'interroger sur la volonté réelle du législateur. Cette indigence laisse perplexe. Il y a, ici, une profonde réforme législative à apporter.

VI.5 L'escompte

Là, le législateur a péché par excès inverse. Avait-il besoin d'insérer dans le corps d'une loi des dispositions qui relèvent de la stricte liberté contractuelle ? S'il s'agissait d'expliquer en quoi réside l'escompte. C'est, à ne point en douter, une répétition. Il suffisait de se référer aux dispositions des articles relatifs à l'endossement translatif de propriété des effets de commerce qui sont tout à fait exhaustives. S'il s'agissait de soumettre cette opération à la perception d'une commission, une simple circulaire de la banque centrale aurait suffi.

Enfin, quelle valeur faut-il attribuer au contenu de l'article 527 ?³⁰ Quelle est sa valeur ajoutée ? Il est, également, surprenant de constater que la seule référence légale au taux variable se trouve dans ce texte. Pourquoi un taux variable précisément dans ce cas ?

²⁹ Article 523 « La banque du donneur d'ordre répond des fautes des banques qu'il se substitue pour l'exécution du virement, qu'il les ait choisies ou non, sauf son recours contre celles-ci.

³⁰ Article 527 « En cas de convention expresse, les parties peuvent subordonner le versement des sommes revenant à l'endosseur à la réalisation d'une ou de plusieurs conditions suspensives. Dans ce cas, le taux d'intérêt peut être variable ».

A l'inverse, le législateur ne dit pas mot des techniques pour lesquelles le vide juridique constitue un frein à leur développement. Il en est ainsi de l'escompte du croire. De même, le législateur aurait dû se préoccuper de réglementer l'escompte de papier de chaîne, l'escompte financier, l'escompte des factures établies sur paiement par cartes de crédit ...

Au terme de cette analyse sommaire des contrats bancaires, il convient, comme précisé en introduction à ce titre, de réserver une partie de l'analyse à certains aspects du traitement des effets de commerce.

VI.6 Les effets de commerce

Le mérite du législateur est d'avoir intégré dans le DCC les dispositions qui étaient éparpillées dans divers textes. Pas de changements à souligner pour ce qui est des lettres de change et des billets à ordre. Par contre, En matière de chèque, le législateur a essayé de moderniser une législation qui date de 1939. Le fil directeur de ce souci de modernisation est le rétablissement de la crédibilité du chèque comme instrument de paiement et la lutte contre la prolifération des chèques sans provision et des chèques de garantie. Quel en est le résultat après une période de six ans ?

Peu de résultats tangibles. Les chèques de garantie ne se sont jamais aussi bien portés et l'arsenal répressif contre les émetteurs de chèques sans provision n'a pas dissuadé les adeptes de cette infraction.

Il ne faut pas chercher dans les textes de loi la réponse à un phénomène essentiellement socioéconomique. L'impayé est la traduction d'une déprime économique que les pouvoirs publics n'arrivent pas à résorber. Au moment où nous constatons une sur liquidité chez les banques, la tension sur la trésorerie des entreprises devient intolérable. Le compte client dans le bilan des entreprises devient hypertrophié et les délais de paiement s'allongent. Concrètement, les banques font faire par les entreprises leur objet principal, c'est à dire la distribution du crédit. C'est, en quelque sorte une démission des banques et c'est regrettable.

Ces remarques faites, quels sont, malgré tout, les amendements que l'on peut apporter à la loi sur les effets de commerce ?

Il faut préciser que la marge de manœuvre du législateur est étroite. En effet, la législation sur les effets de commerce est d'origine internationale puisque c'est la convention de Genève du 19 mars 1931, rendue applicable au Maroc par le dahir du 19 janvier 1939, qui constitue l'ossature de cette législation. Il n'empêche qu'elle a connu de nombreuses adaptations dans les pays adoptant un système similaire au notre. A titre d'exemple, en France et depuis 1991³¹, l'émission d'un chèque sans provision est dépenalisée. C'est le cas, également, en Allemagne et au Royaume-Uni. L'effort du législateur de 1996 est louable mais relatif car, il a repris, sous des conditions moins sévères mais plus mercantiles, la plus part des dispositions de la convention inter bancaire de mai 1989 sur la lutte contre l'émission des chèques sans provision.

La principale remarque qu'il convient de faire et qui est commune aux trois effets de commerce³² concerne l'institution du protêt. Une analyse des divers articles qui traitent du protêt dans le cadre du DCC n'a pas sa place ici car elle serait trop fastidieuse. Il n'empêche que l'une des principales critiques élevées au sujet de ce texte a trait au protêt. Une chose est de réglementer le protêt pour une

³¹ Loi 91-1382 du 30 décembre 1991

³² Lettre de change, Billet à ordre, Chèque.

activité commerciale de 1913, voire de 1940, autre chose est de vouloir maintenir cette réglementation pour une activité du 21^{ème} siècle. Le protêt, sous sa forme actuelle, est une hérésie, une perte de temps et de droit. Qu'attends-t-on de cette formalité ? Qu'un secrétaire-greffier certifie que la valeur est impayée à son échéance ou à sa présentation ? Quel danger le porteur de la valeur pourrait-il courir si le protêt devait être dressé plus tard que les délais prévus par la loi ? Quelle valeur ajoutée cette formalité apporte-t-elle au bénéficiaire ? Aucune. Il semble, pourtant, que le législateur tienne particulièrement à cette institution³³

Peut-on se passer du protêt ? Oui. Comment faire ? Il suffirait de crédibiliser le certificat de refus de paiement prévu par la nouvelle loi. Ici, il faut distinguer entre les lettres de changes et billet à ordre d'une part et les chèques d'autre part.

S'agissant des premiers, La loi ne prévoit pas d'attestation de non-paiement. Seul le protêt établi le défaut de paiement. Pour le chèque, par contre, le DCC a fait de ce certificat une banale attestation bancaire permettant au porteur d'avoir des informations sur le tireur du chèque sans plus.

A notre sens, il faut étendre ce certificat aux autres effets de commerce d'une part et lui donner plus de valeur juridique d'autre part. Du reste, des pays comme la France³⁴ ou la Tunisie³⁵ ont conféré à cette attestation de non-paiement une force juridique telle qu'elle est devenue un véritable commandement de payer.

Quel risque pourrions-nous courir, au Maroc, si nous supprimions le protêt et le remplaçons par ce certificat ? Aucun. Au contraire, nous n'en tirerions que des bénéfices :

Les secrétaires-greffiers pourront consacrer leur temps à des travaux ayant plus de valeur ajoutée ;
La procédure de recouvrement serait accélérée car elle ne sera plus tributaire de cette formalité ;
Les banques seraient responsabilisées puisque le certificat aura une valeur non plus simplement administrative mais judiciaire. Elles prêteront une plus grande attention à son établissement.

Dans la pratique, il s'agira de renverser la charge de la preuve. La valeur impayée, accompagnée du certificat de refus de paiement, fera preuve jusqu'à preuve du contraire. Celle-ci ne pouvant être administrée que par un acte authentique. Il ne s'agit pas ici des seuls reproches que l'on peut faire à cette législation, mais le cadre du travail ne s'y prête pas.

³³ Non seulement tout un chapitre lui est réservé au sein de la réglementation relative au chèque mais l'article 299 précise que « nul acte de la part du porteur du chèque ne peut suppléer l'acte de protêt » C'est le cas, également, de l'article 211 pour la lettre de change et 234 pour le billet à ordre.

³⁴ Loi du 11 juillet 1985, article 11

³⁵ Loi du 11 août 1986, articles 408 et 410 du Code de Commerce.

CONCLUSION GENERALE

Quatre observations principales émergent de l'évaluation de la législation commerciale du Maroc.

La première remarque concerne la nouvelle génération de lois, adoptées récemment et façonnées selon le modèle français, et qui sont dans l'ensemble cohérentes. Ces textes ont été relativement bien adaptés au contexte marocain, mais exigent davantage de mise au point sur les textes, de la formation sur les capacités institutionnelle, et la mise en pratique institutionnelle.

La deuxième concerne les institutions chargés de la mise en œuvre de la législation, qui soit manquent souvent de moyens pour mener à bien le mandat législatif, soit sont en cours d'amélioration de leurs capacités, ou encore n'ont pas encore été créés.

La troisième remarque démontre que les magistrats des tribunaux de commerce continuent à adopter une approche d'appréciation et de jugement des affaires, à partir d'une perspective antérieure aux nouvelles lois. Il serait extrêmement profitable de mettre en place un programme continu de formation professionnelle pour ces institutions, qui leur permettrait d'appliquer une approche méthodologique moderne dans l'examen des affaires commerciales.

Enfin, le dernier point, en lien avec les premier et second commentaires ci-dessus, indique que tandis que la législation est généralement cohérente, il semble qu'elle aurait été rédigée sans une approche méthodologique analytique qui permettrait au gouvernement d'établir une base institutionnelle solide, pour une mise en application plus efficace. Les institutions chargés de la rédaction des projet de lois amenant une méthodologie plus disciplinée pourrait faire l'objet d'une formation qui inclurait des études d'impacts, et surtout qui soulignerait l'importance du développement des institutions créé en support de la législation.

Ces observations s'appliquent, à un degré variable selon le domaine législatif en question, à tous les aspects de la législation commerciale et la législation connexe.

Les sociétés commerciales

La promulgation des lois nouvelles sur les sociétés commerciales a contribué de façon sensible à amener la législation commerciale marocaine au niveau des standards internationaux. Il n'en demeure pas moins que ces textes sont perfectibles. Leurs quelques insuffisances et lacunes apparaissent peu à peu à la lumière de l'expérience et de la pratique.

Toutefois, si l'environnement judiciaire et spécialement les magistrats remplissaient correctement leur rôle de créateurs du droit par la jurisprudence, ces lois commerciales pourraient être maintenues en l'état, même si un léger toilettage afin de simplifier les formalités de constitution des sociétés et spécialement de la société anonyme serait appréciable.

L'informatisation généralisée et le projet de réorganisation du registre du commerce déjà bien avancé, permettront au Maroc de se doter d'un outil d'information des tiers performant, fiable, facilement accessible en ligne, qui permettra d'assurer la sécurité des transactions commerciales.

La création récente des CRI, depuis dix mois pour le premier de Casablanca, ne donne pas suffisamment de recul pour apprécier objectivement le travail qu'ils accomplissent bien, bien que le

développement récent d'un accès à une base de données accessible par l'Internet ait été mis en place à Casablanca.

Même si la cohabitation et la coopération au sein d'une même institution d'administrations relevant de ministères différents (Commerce pour l'OMPIC, Justice pour le registre du commerce, secrétariat général du gouvernement pour le bulletin officiel, et finances pour l'identifiant fiscal) se font dans des conditions difficiles, les CRI ont déjà eu le mérite de conduire l'Administration à rationaliser ses outils et ses procédures en adoptant le formulaire unique de création d'entreprise et l'identifiant fiscal unique, et le législateur à réfléchir à la réforme de certaines procédures relatives à la constitution des sociétés commerciales. La création des CRI va donc dans un sens positif.

Le traitement des difficultés de l'entreprise

L'état des lieux, tel qu'il peut être dressé après sept années d'application du dispositif de prévention issu du Code de Commerce (Livre V titre I), conduit aux constatations suivantes :

Les dispositions légales sur la prévention sont extrêmement mal connues, voire méconnues. Certains tribunaux n'en faisant pas ou peu usage, ce qui pose un problème d'inégalité entre les justiciables;

Ces dispositions sont mises en œuvre de manière très diverse d'un tribunal à l'autre et dépendent de la plus ou moins bonne volonté des greffes;

Les entretiens avec les magistrats du Tribunal de Commerce révèlent que trop souvent, un état de cessation de paiement déjà existant rend toute mesure préventive impossible. Son utilité est alors de faire prendre conscience au chef d'entreprise de la nécessité de déposer sans tarder son bilan; et

l'absence de formation des magistrats des juridictions de Commerce.

Dans l'ensemble, les résultats apparaissent décevants. La médiocrité de ce bilan n'a pas de quoi surprendre. Elle n'est pas imputée au dispositif légal, lequel apparaît globalement approprié au traitement des entreprises en difficulté, pour autant que celles-ci n'arrivent pas exsangues au jugement d'ouverture. Ceci est, malheureusement trop souvent le cas et explique la proportion très élevée de liquidation judiciaire dont la quasi totalité est clôturées pour insuffisance d'actif.

Droit de la concurrence

Le droit de la concurrence reste peu usité au Maroc. L'institution chargée de sa mise en application, et établie selon l'exigence de la législation, est inactive. Une assistance technique considérable et des formations en analyse économique pour le personnel institutionnel de réglementation, seront nécessaires pour en faire une autorité durable, oeuvrant dans la promotion de la concurrence et de la protection du consommateur. La législation marocaine relative à la concurrence a besoin d'être précisée et clarifiée. Ces améliorations ne nécessitent pas forcément une modification de la loi. Elles peuvent être faites par l'adoption de décrets d'application qui viendraient préciser certains points encore vagues.

Il ressort de l'analyse de la loi, de la pratique et des enquêtes menées que la loi est lacunaire et parfois tellement imprécise que les dérogations qu'elle prévoit tendent à devenir la règle et non l'exception. L'organe régulateur de la concurrence au Maroc bien qu'étant constitué ne joue pas son rôle, et le rôle essentiel en matière de contrôle des pratiques anti-concurrentielles est joué par les services du

Premier Ministre. Cette législation ne fait pas encore partie intégrante des comportements économiques locaux. Les magistrats des tribunaux de commerce, chargés d'appliquer cette loi n'ont reçu aucune formation en la matière. Les associations de consommateurs qui pourraient jouer un rôle moteur dans l'application de cette loi n'ont pas encore l'audience nécessaire ni la crédibilité pour le faire.

Droits de la propriété intellectuelle et industrielle

Le droit de la propriété intellectuelle et industrielle au Maroc a certainement besoin d'être précisé sur certains points. En outre des procédures de contrôle doivent être mises en place notamment avant toute délivrance de brevet.

Ceci peut se faire à travers une modification législative ou de façon plus pragmatique par l'adoption de textes d'application décrets ou arrêtés ministériels chargés de préciser les modalités d'application de la loi. Le pouvoir de contrôle des douanes comme organisme d'appui à la lutte contre le piratage et la contrefaçon doit être autonomisé et renforcé.

Toutefois le problème majeur concernant le DPI reste (1) le manque de formation des cadres travaillant dans les institutions chargées de l'application de la loi (OMPIC, Bureau des droits d'auteur) et (2) la non maîtrise par les magistrats de la norme juridique.

Ces manques doivent être palliés rapidement par des cycles de formation tant pour les autorités judiciaires, que douanières, qu'institutionnelles, pour permettre au Maroc d'avoir les capacités institutionnelles de faire appliquer la loi.

La justice commerciale

a) Les tribunaux de commerce

Les tribunaux de commerce statuent sur des litiges opposant des entreprises, concernant toute sorte de sujets, tels que les gouvernements d'entreprises, les contrats, la Bourse, le droit financier, le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle et industrielle, ainsi que d'autres disciplines. Leur mission est de juger des litiges entre des parties commerciales, que ce soit des personnes physiques ou morales.

Ils jouent un rôle fondamental dans le développement économique. Néanmoins, l'accès aux tribunaux est difficile à cause des longues distances que doivent parcourir les parties impliquées pour parvenir à la ville où se situe la juridiction, dans une région donnée.

Il existe également des questions de procédures et de fond qui exigent une attention particulière. Par exemple, il existe une ambiguïté sur la différence de compétence juridictionnelle entre les tribunaux de commerce et les tribunaux de première instance, qui devrait être éclaircie. Ce différend juridictionnel survient souvent lorsque des baux commerciaux sont impliqués.

L'absence de procédures précises prévues pour la mise en application de décisions judiciaires concernant certaines questions, présente de nombreuses difficultés à la fois pour les juges des tribunaux de commerce et pour les parties impliquées.

Les juges des tribunaux de commerce nécessitent une formation au niveau des textes du droit substantiel, dans un des nombreux domaines couverts par la législation adoptée durant la dernière décennie. Une telle formation ne doit pas seulement concerner des domaines précis du droit, mais également inclure une méthodologie de jugement des litiges.

b) L'arbitrage

L'arbitrage commercial constitue une préoccupation majeure pour les juristes, entrepreneurs et juges. La nouvelle législation proposée est inspirée du modèle européen et exigera une formation mettant en place un système efficace de procédures. Jusqu'à présent, le recours à l'arbitrage n'est pas automatique pour le règlement des litiges. Souvent, les parties impliquées soit ont recours à l'arbitrage commercial auprès d'autres juridictions, telles que la Chambre Internationale de Commerce, ou optent pour des règlements alternatifs privés des litiges, à travers les cabinets d'avocats, de façon informelle. Les tribunaux de commerce ne sont souvent pas considérés comme un forum fiable pour le règlement des litiges commerciaux.

En conséquence, Le régime juridique actuel de l'arbitrage semble ainsi, peu ouvert à l'évolution des principes et des techniques consacrés en la matière tant par les conventions internationales que par les droits des Etats partenaires avec lesquels le Maroc a conclu des accords reconnaissant les sentences arbitrales. Le décalage qui se creuse ainsi entre le régime légal de l'arbitrage et les principes communs à la plupart des législations étrangères et aux règlements des organismes permanents d'arbitrage se vérifie notamment à travers les règles de base suivantes relatives à:

- L'autonomie de la clause compromissoire,
- La règle dite de la compétence de la compétence,
- La coopération des instances arbitrales et judiciaires et,
- La non soumission de la sentence arbitrale au contrôle judiciaire.

c) Droit de la propriété

Le droit de la propriété au Maroc est inspiré de la doctrine juridique et des principes de propriété français. Ce droit est considéré comme inconditionnel et non aliénable. De façon générale, le droit de la propriété au Maroc ne présente pas de problèmes conceptuels, et ne pose pas de difficultés d'interprétation dans les tribunaux.

d) Droit du contrat

Au cours des dernières décennies, le Maroc a modifié son approche à l'égard du droit des obligations, passant d'une approche de liberté d'implication dans des rapports contractuels, à une approche où le droit public empiète sur cette autonomie. Les instruments politiques et économiques tels que les plans programmes, les nationalisations, le droit sur la « marocanisation », le contrôle des prix et revenus, le règlement des crédits, entre autres, constituent un obstacle dans le cadre d'un rapport contractuel libre.

Cette législation tend ainsi à abolir les approches traditionnelles vis-à-vis du droit des contrats, mais également certains des aspects pratiques du DOC, tels que les principes concernant la volonté libre des parties impliquées dans des rapports contractuels, dans le cadre d'entreprises.

Ainsi, il existe certaines contradictions entre le Code des Obligations et Contrats, qui adopte une approche plus traditionnelle envers la formation de contrat, et certaines législations spécialisées. Toutefois, le DOC a été conçu pour établir des conditions et des principes généraux du droit des contrats et il constitue par là, un instrument essentiel pour les juges, dans le règlement des litiges contractuels, fondé sur la notion d'équité, puisqu'il donne lieu à une interprétation dépassant les lois, imposées rigidement dans une société en mutation.

e) La Charte des investissements

La Charte des investissements est une loi-cadre qui fixe des objectifs et formule les principaux principes, mais demeure fondamentalement une « déclaration d'intention ». Les dispositions contenues dans la Charte reprennent celles incluses dans la plupart des codes d'investissement des pays en développement. Les différents articles de la Charte, rédigés de façon nébuleuse, empêchent à la fois une applicabilité directe et une lecture claire. D'autre part, les textes de mise en application qui devaient avoir été promulgués en même temps que la loi-cadre, sont entrés en vigueur uniquement de façon partielle et à la suite d'un long retard. Aujourd'hui, certains règlements ne sont toujours pas promulgués et un certain nombre de dispositions de la charte ne peuvent ainsi être applicables.

f) Le droit bancaire

Le droit bancaire concernant notamment les hypothèques et sécurités, est principalement inclus dans le Code des Obligations et Contrats ; quant à ses aspects procéduraux, ils sont contenus dans le Code de Commerce. Il existe quelques questions concernant ce domaine du droit, qui est fondé sur un certain nombre d'aspects contradictoires du droit, et leur interprétation, par les tribunaux, est parfois compliquée ou inexacte.

Ce domaine de la loi exige une mise au point, étant donné que ce sont les juges qui interprètent et proposent une jurisprudence au-delà de l'application stricte des textes.

Ce domaine est essentiellement technique et exige une révision exhaustive des textes et propositions d'amendement, à travers une approche moderne du prêt et des transactions sécurisées.

g) Les ressources humaines

À notre sens, le frein essentiel à une bonne application des lois commerciales réside dans la faiblesse des ressources humaines.

- Les syndics de faillite ne sont pas formés pour assister les juges commissaires et les chefs d'entreprises dans le traitement des difficultés d'entreprises (dans le cadre de procédures de redressement ou de liquidation judiciaires)
- Les commissaires aux comptes ne sont pas suffisamment nombreux pour contrôler et certifier les comptes de toutes les sociétés anonymes (quelques dizaines d'experts comptables inscrits sur le

tableau de l'ordre des commissaires aux comptes pour contrôler des dizaines de milliers de sociétés),

- Les experts judiciaires, souvent incompétents et indéliçables ne permettent pas aux magistrats de juger en équité et de façon objective,
- Les huissiers de justice souvent concussionnaires ne jouent pas leur rôle d'auxiliaires de justice.

C'est donc, de façon prioritaire sur l'environnement humain qu'il faut agir par :

- De la formation initiale pour doter le Maroc des ressources humaines qui lui font défaut,
- De la formation continue, pour amener les auxiliaires de justice au niveau exigé par les nouvelles lois internes et les exigences de l'ouverture du Maroc à la concurrence internationale.

Des textes d'application et des circulaires explicatives de l'intention du législateur permettraient de pallier leurs insuffisances sans qu'il soit absolument nécessaire de modifier ou de compléter la loi. Ces « commentaires de la loi » permettraient de tirer les magistrats de l'embarras dans lequel ils se trouvent parfois devant les vides juridiques, permettraient d'unifier et de clarifier la jurisprudence des tribunaux de commerce, assureraient plus de prévisibilité aux décisions judiciaires et garantiraient par là même la sécurité judiciaire des transactions.