

## **Introduction générale**

### **I. Domaine et définition**

Le droit commercial classique se définit comme étant l'ensemble des règles juridiques relatives aux commerçants, aux biens commerciaux et aux opérations commerciales.

Deux raisons principales ont présidé à l'apparition d'un droit commercial distinct du droit civil : la rapidité et le crédit.

Mais, à ce droit commercial classique, se sont ajoutés peu à peu des apports tout à fait nouveaux constitués par des éléments de droit public et notamment de droit public économique. C'est ainsi qu'est né le droit des affaires.

L'évolution du droit commercial classique vers un droit des affaires autonome, n'est pas seulement une question de terminologie. Celui-ci est apparu pour répondre aux nécessités de la pratique.

Le droit qui régit les activités industrielles et commerciales est devenu-eu égard aux multiples interventions de l'Etat dans le domaine industriel et commercial un mixte de droit privé et de droit public. Le changement de terminologie fait bien apparaître que toute question relative à l'entreprise trouve sa réponse dans des principes trouvant leur source dans des disciplines multiples relevant du domaine fiscal, pénal, comptable et social.

Il ressort de ce qui précède que le droit des affaires a un domaine plus vaste que le droit commercial, qui était entendu traditionnellement comme le droit des commerçants et des actes de commerce. Le droit des affaires englobe aussi des questions qui relèvent du droit public, du droit fiscal, ou du droit du travail.

Pour reprendre la formule de CHAMPAUD, nous dirons que « le droit des affaires opère la synthèse des approches publicistes et privatistes du droit ». Et qu'il va plus loin « parce qu'il fonde en un seul alliage les techniques de gestion qui concourent à la solution des problèmes d'organisation de la vie des affaires tels qu'ils se présentent quotidiennement à l'entreprise et dans l'entreprise ».

Face à l'absence d'une définition formalisée du droit des affaires, chaque auteur est donc réduit à un parti pris, à un choix de conception. Au-delà des divergences, le droit des affaires peut être défini comme étant l'ensemble des règles régissant l'activité commerciale en général, qu'elle soit exercée par des commerçants ou d'autres professionnels. Partant de cette définition le droit commercial peut apparaître comme un sous ensemble du droit des affaires, se résumant aux seules règles applicables aux commerçants.

## **II. Le particularisme du droit des affaires**

Le particularisme du droit des affaires s'explique d'une part parce que celui-ci cherche à répondre aux nécessités de l'entreprise (A) et d'autre part parce qu'il cherche à répondre aux besoins des commerçants (B).

## **A. Le droit des affaires et les nécessités de l'entreprise.**

Le droit des affaires s'est constitué pour répondre à certains besoins et certaines idées économiques et sociales en cours depuis le fin de la seconde guerre mondiale.

Au commerce des marchands des siècles passés, se sont substitués des formes modernes, caractérisées par un changement de dimension et de conception. Le développement de la grande industrie et du grand commerce et le développement de la force et de la puissance de la personnalité morale ont marqué la transformation du droit commercial dont le dépassement était inévitable.

En effet, le droit commercial classique avait été construit à partir des notions civilistes de propriété et de patrimoine, or :

- D'une part, des propriétés collectives se substituent aux propriétés individuelles.
- D'autre part, la production économique ne postule pas nécessairement la propriété des biens de production. Il en est ainsi avec le développement du bail commercial ou le crédit-bail portant sur les biens d'équipement ou les immeubles.
- Enfin, la notion nouvelle d'entreprise fait prévaloir les intérêts de l'entreprise sur les intérêts individuels.

Ce constat est la conséquence d'un certain nombre de facteurs notamment la dématérialisation des objets économiques, la dépersonnalisation des rapports juridiques et des concentrations économiques.

Pour faire face à ces différentes mutations il faut avoir recours à une pratique d'interdisciplinarité capable de permettre à l'entreprise d'avoir des éléments de prévision et de gestion. Le droit des affaires devenu le droit de l'entreprise commerciale est une réponse à ce besoin.

### **B. Le droit des affaires et les besoins de l'entreprise**

Pour faire face aux besoins de l'entreprise, le droit des affaires a développé un certain nombre de règles totalement différents de celles édictées en droit civil.

Certaines sont venues pour répondre au besoin de rapidité, d'autres pour répondre au besoin de crédit.

#### **La rapidité**

Le droit des affaires a tendance à supprimer un certain nombre de formalités qui auraient eu pour conséquence de retarder la conclusion ou l'exécution des opérations commerciales. Plusieurs règles peuvent illustrer ce propos :

- En droit des affaires la preuve est libre (Art 334 du C.com).

Tel n'est pas le cas en matière civile qui exige la production d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit pour des raisons de preuve (Art 443 du DOC).

- alors qu'en droit civil le délai de la prescription extinctive des obligations est de 15 ans, en droit commercial, en principe, le délai de prescription est de 5 ans, lorsque les obligations sont nées entre commerçants.

Toutefois, le besoins de rapidité en matière commerciale n'empêche pas le développement d'un formalisme nouveau en droit des affaires, ayant pour objet de faciliter les relations commerciales et de permettre aux parties de contracter en toute sécurité.

**Exemple :** le contrat de société ou le contrat de dépôt doivent faire l'objet d'un écrit.

### **Le crédit**

Le droit des affaires assure et garantit le crédit en accordant aux commerçants un certain nombre de garanties particulières :

- la protection des créanciers contre les défaillances des débiteurs.  
D'une part, le débiteur commerçant ne peut bénéficier de délai de grâce pour l'acquittement de sa dette. D'autre part, en matière commerciale, la solidarité est toujours présumée entre les débiteurs commerçants.
- Enfin, s'il est constaté que le débiteur commerçant se trouve en cessation de paiement, la procédure prend alors la forme d'un redressement ou liquidation judiciaire. Cette procédure

d'exécution collective sur tous les biens du débiteur a pour but de réaliser l'égalité entre tous les créanciers.

- Le développement et l'organisation de la publicité de certains actes juridiques a pour objectif d'assurer non seulement la sécurité juridique mais l'égalité des parties. C'est ainsi que le défaut de publicité est sanctionné avec une vigueur toute particulière.

*Exemple* : le commerçant non inscrit au registre du commerce ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant, mais reste néanmoins tenu des obligations contractées par lui en cette qualité (Art 59 du C.Com).

- Enfin l'apparence joue un rôle important en droit des affaires. C'est ainsi que dans les rapports avec les tiers, les organes des sociétés engagent celle-ci indépendamment des pouvoirs réels qu'ils détiennent. De même, lorsqu'une société est annulée après avoir fonctionné un certain temps, donc crée une apparence en concluant des contrats avec les tiers, cette annulation ne rétroagit pas afin de protéger les associés et surtout les tiers qui ont contracté avec cette société.

### **Les sources du droit des affaires :**

Nous distinguerons les sources internes (A) des sources internationales (B).

## **A. Les sources internes**

Les sources internes du droit des affaires ne cessent de se diversifier. Il s'agit notamment de la loi, les usages commerciaux, la jurisprudence, et la doctrine.

### **- La loi :**

La loi est la principale source du droit des affaires. Elle doit être entendue ici au sens très large que le droit des affaires se caractérise par une diversité de sources.

Elle comprend notamment :

### **- La constitution :**

Elle fixe d'une part, le mode de désignation des organes essentiels de l'Etat ainsi que leurs rôles respectifs et détermine d'autre part, les droits et libertés des gouvernés. Elle détermine les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés qui transcendent le principe de la liberté du commerce.

Par ailleurs, et à la différence de la plupart des législations étrangères, la constitution marocaine de juillet 2011 dans son article 6 a érigé le principe de la sécurité dans le domaine des affaires et de l'entreprise.

### **- Le code de commerce :**

Il s'agit notamment du Dahir du 1<sup>er</sup> aout 1996 qui a abrogé celui du 12 aout 1912.

Cette nouvelle refonte du code de commerce s'est opérée à notre sens à droit

constant. Il s'agit donc d'une simple présentation ordonnée des textes existants, s'accompagnant d'une numérotation de l'ensemble des dispositions.

Dans le code actuel subsistent par conséquent les dispositions définissant le commerçant et les actes de commerce, quelques dispositions consacrées à des contrats purement commerciaux, les règles relatives aux effets de commerce et celles consacrées aux entreprises en difficulté qui constituent, à nos yeux, la plus grande innovation en instaurant le régime de la prévention des difficultés occultée par l'ancien code.

Malgré cela, la nouvelle recodification a pour avantage d'avoir rendu plus lisible et plus complet notre droit commercial.

#### **- Dispositions non intégrées dans le code de commerce :**

Nombre de textes intéressant la vie des affaires restent encore en dehors du code de commerce. C'est le cas notamment de la loi 49-16 sur les baux commerciaux.

La théorie générale des contrats et obligations est consignée dans les articles du code civil, le dahir formant code des obligations et contrats (D.O.C).

Les années 90 ont vu se multiplier des lois techniques. On peut citer à ce titre le dahir du 30 août 1996 relatif à la société anonyme, le dahir du 13 février 1997 relatif aux tribunaux de commerce.

D'autres textes essentiels sont directement inspirés de la politique économique du gouvernement en place. A titre d'exemple, on peut citer le dahir du 5 juin 2000

sur la concurrence et la liberté des prix, ou celui du 5 février 1999 relatif aux groupements d'intérêt économique.

### - **Les usages commerciaux :**

Les usages sont des pratiques qu'un emploi constant transforme en une règle non écrite. Ils se développent généralement dans des domaines où la loi écrite n'a pas pu s'exprimer avec sa généralité et son abstraction.

La caractéristique essentielle des usages de fait réside en ce que ces usages sont nés généralement des accords de volonté et par conséquent leur force exécutoire est celle des conventions. Ils ont ainsi un domaine d'application plus limité. Le plus souvent ils vont concerner une région, une place, ou une bourse.

Il en résulte un certain nombre de conséquences :

- L'existence d'un usage de fait doit être établie par celui qui l'invoque (Article 476 du D.O.C).
- Les usages doivent être acceptés expressément ou tacitement par les parties. L'acceptation tacite résulte notamment de l'appartenance des parties à la profession concernée par les usages.
- Ils peuvent être écartés par une volonté contraire des parties ;
- Ils ne peuvent pas déroger à une loi impérative.

## **-Les usages de droit :**

Les usages de droit sont de véritables lois, et de ce fait ils ont un domaine et une portée plus générale. Ils ont un caractère impératif. Sauf exceptions, ils ne peuvent toutefois s'opposer à une loi impérative de droit commercial. Mais de tels usages peuvent déroger à une règle impérative du droit civil dont les dispositions ne s'appliquent qu'à défaut des règles propres au droit commercial.

Les usages de droit font partie intégrante du droit commercial. Les plus importants de ces usages ont été consacrés par la jurisprudence.

### **- La jurisprudence :**

La jurisprudence représente l'ensemble des décisions de justice. Son rôle est le même en droit des affaires qu'en droit civil : elle interprète la loi, la complète et parvient même à la faire évoluer au gré des besoins.

### **- La doctrine :**

*CAPITANT* définit la doctrine comme étant : l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent le droit.

La doctrine commerciale est généralement l'œuvre d'universitaires ou de praticiens. Son rôle consiste à critiquer, analyser, proposer. Selon la finalité de

l'auteur et du support, l'apport doctrinal peut être plus ou moins important, et peut aller jusqu'à influencer le législateur ou le juge.

En droit des affaires l'apport de la doctrine est évident. C'est elle qui a énoncé les principes dominant la discipline, qui a élaboré les théories importantes, et qui a favorisé l'émergence de matière nouvelles tels que le droit bancaire, le droit de la concurrence ou le droit de la distribution.

## **B – les sources internationales :**

La tendance du commerce vers la mondialisation a poussé les commerçants et les Etats à rechercher des mécanismes permettant de limiter les contraintes résultant de droits nationaux. Plusieurs voies sont utilisées pour faciliter le commerce juridique et sont autant de sources pour le droit des affaires. Il s'agit des traités (a) et des usages internationaux (b).

### **a – Les traités internationaux :**

Les traités internationaux sont des accords conclus entre l'Etat marocain et un ou plusieurs autres Etats. Ils ont une portée très variable mais leur régime juridique est le même.

#### **1. Les traités bilatéraux :**

Ces traités règlent un problème particulier entre deux Etats. Le Maroc est engagé par exemple avec des nombreux pays dans des traités de commerce, des

conventions douanières, des accords de change ou des conventions fiscales pour éviter les doubles impositions.

## **2. Les traités multilatéraux**

Ces traités ont pour but de soumettre à un régime juridique identique certains aspects des affaires. Cette uniformisation comporte trois degrés :

- Les traités qui imposent la loi à appliquer dans un cas donné ; entre les différentes lois possibles ils en choisissent une, on les appelle traités réglant des conflits de lois. Par exemple, la convention de la Haye du 25 juillet 1955 relative au conflit de lois en matière de vente internationale d'objets mobiliers dispose que la loi applicable à toute vente entre ressortissants des Etats signataires de cette convention est la loi du lieu du domicile du vendeur.
- Les traités qui définissent entièrement le régime juridique d'une opération donnée dans les relations internationales. C'est le cas des conventions qui fixent les règles applicables aux transports internationaux tant par chemin de fer (Convention dite C.O.T.I.F du 9 mai 1980), que par mer ; (Les diverses conventions de Bruxelles et les règles de Hambourg, 31 mars 1987), par air (Convention de Varsovie du 12 octobre 1929) ou par route (Convention de Genève du 19 mai 1956 dite C.M.R). C'est le cas également de la convention de Vienne de 1980 relative à la vente internationale ;

- Les traités qui soumettent à un même régime une opération juridique donnée, tant dans ses applications nationales qu'internationales. Cette technique a été retenue pour les moyens des paiements (Convention de Genève du 7 juin 1930 et 13 mars 1931) pour la responsabilité du fait des produits ; pour les droits de propriété industrielle.

### **3 – Les traités d'organisation de la vie économique.**

Ces traités ont pour but de faciliter les relations économiques entre Etats. Cela le conduit à édicter des règles de droit qui ne peuvent laisser indifférent le juriste des affaires. Certains d'entre eux revêtent une très grande importance :

-Les accords de Bretton Woods dans le New Hampshire aux Etats-Unis, signés en date du 22 juillet 1944 ont abouti à la création du Fonds Monétaire International et la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement BIRD. L'objectif majeur du F.M.I est de favoriser la libéralisation des échanges et des paiements internationaux en vue de l'accroissement du commerce mondial.

- L'accord général sur les tarifs et le commerce (Général Agreement on Tariffs and Trade : G.A.T.T.).

Négocié en 1947 signé par 24 pays, ce traité est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1948. Le but du G.A.T.T est de réduire ou de supprimer les droits de douane et les contingents dans le domaine des échanges de marchandises, et d'assurer

le caractère non discriminatoire des restrictions qui subsistent. Une révision de cet accord a été réalisée grâce à la convention de Marrakech du 15 avril 1994. Cette convention a créé l'Organisation Mondiale du commerce (O.M.C.). Contrairement au G.A.T.T qui ne fut qu'un simple traité international sans aucune assise structurelle, l'OMC est une organisation à part entière, dotée d'une personnalité juridique d'un secrétariat, et d'une direction générale.