

COURS

DROIT DU MARKETING

Par

Abdelali ABBOUR

Docteur en droit privé de l'Université de Toulon (France).

Professeur-Habilitation à la Faculté de droit de Meknès (Maroc).

Ex. enseignant à la Faculté de droit de Toulon (France).

Membre du Centre de Droit et de Politiques Comparés Jean-Claude ESCARRAS de la Faculté de droit de Toulon (France), Laboratoire de l'UMR-CNRS 7318 DICE.

MASTER RECHERCHE
MARKETING ET STRATEGIES COMMERCIALES

Semestre 8

Année universitaire 2019-2020

INTRODUCTION GENERALE

En termes de marketing juridique, la distribution à travers le contrat ou l'activité de vente vise, dans sa phase d'intermédiaire, une conception économique de la circulation entre la production et la commercialisation directe à d'autres opérateurs économiques ou au consommateur. Dans le domaine économique, la distribution joue incontestablement un rôle dans l'organisation des nouvelles modalités de la vente commerciale, notamment les circuits et les réseaux. La pratique de la distribution désigne les divers systèmes commerciaux liés à la mise sur le marché de biens ou de services. Dans le domaine juridique, la distribution désigne en revanche toutes les questions en rapport avec le commerce de biens et services. Economiquement et juridiquement, la distribution représente un élément important du commerce moderne, car elle sert d'intermédiaire entre la production et la consommation.

Au Maroc, depuis les années 90, le paysage de la distribution a connu des transformations. En effet, tiré par la classe aisée et suivi par la classe moyenne, le modèle de consommation des marocains tend à « *s'europaniser* ». Ainsi, de nouvelles formes d'achat voient le jour favorisant ainsi l'implantation des grandes surfaces et de centres commerciaux. La grande distribution a bouleversé les données du commerce au Maroc avec de nouveaux concepts de vente et le développement des nouvelles habitudes de consommation. Concept relativement récent au Maroc, la distribution s'est largement développée, et s'est révélée déterminante dans l'acheminement des produits du producteur au consommateur.

D'un point de vue juridique, pourtant, au Maroc, il n'existe pas de cadre légal spécifique en la matière. En effet, le droit positif marocain ne connaît pas de contrat de distribution en tant que tel. Il ne définit pas non plus le terme de « *distribution* ». Dans la réalité économique marocaine, la distribution relève, dans une certaine mesure, de la volonté des entreprises qui sont largement influencées et inspirées par la réalité juridique, technique étrangère et aussi par la pratique des entreprises multinationales. Cette absence de réglementation légale marocaine facilite alors des abus malgré l'existence des réglementations particulières pour certains secteurs ou produits mais elles ne concernent pas les réseaux de distribution en tant que tels.

Malgré le vide juridique, le domaine de la distribution au Maroc est organisé par des certaines dispositions applicables en la matière. Elles sont contenues dans de nombreux textes dont chacun est lié soit directement ou indirectement au domaine de la distribution. Accordant une place réelle à certains nombres d'opérations de distribution, il faut se reporter au dahir du 12 août 1913 formant Code des obligations et des contrats ou dahir des

obligations et contrats (D.O.C), pour le droit commun, et la loi 15-95 formant code de commerce pour les dispositions relatives aux contrats commerciaux.

La distribution et la consommation doivent combler les écarts de temps, de lieu, de valeur et de perception existant entre acheteur et producteur. Dans cette perspective, la distribution est susceptible d'assumer plusieurs fonctions. Elle sert tout d'abord à l'acheminement des produits et des services jusqu'aux clients finaux, c'est-à-dire les consommateurs. Elle a ensuite une fonction de stockage qui veille à ce qu'une quantité suffisante de produits soit disponible sur le marché en régulant d'une part la demande des clients et d'autre part les capacités de production de l'entreprise. De plus, elle permet de transférer la prise de risques commerciaux ainsi que le financement de la distribution (salaires des employés, loyers pour les locaux de stockage et/ou de vente, etc.) du fournisseur au distributeur. La distribution peut poursuivre d'autres buts comme le développement du marché du fournisseur, auquel le distributeur peut contribuer, ou la mise en place d'un service clientèle.

Si économiquement, l'opération de distribution constitue le cœur de l'activité commerciale, juridiquement, elle vise la commercialisation de produits ou de services auprès des consommateurs. Traditionnellement, on classe les différents opérateurs qui interviennent dans la distribution des produits en fonction de critères juridiques, en distinguant trois types de distributeurs à savoir :

- les *distributeurs subordonnés* : La participation de subordonnés à la distribution qui, soumis à l'autorité du fournisseur sont, à des degrés divers, intégrés à son entreprise ;
- les *distributeurs intermédiaires* : La participation d'intermédiaires à la distribution qui s'entremettent, en qualité de mandataires, commissionnaires ou courtiers, entre les fournisseurs et leurs clients ;
- les *distributeurs revendeurs* : La participation de revendeurs à la distribution qui achètent aux fournisseurs des marchandises en vue de les revendre.

En économie, le terme distribution désigne l'étape intermédiaire entre les activités de production et de consommation. D'ailleurs, avant de devenir objet de l'analyse juridique, la notion de « *distribution* » comme la notion « *d'entreprise* » a été un concept économique. Conçue comme une étape de l'activité économique située entre la production et la consommation, le contrat (ou l'accord) de distribution peut être défini comme un contrat entre deux parties économiquement et juridiquement indépendantes, par lequel le

fournisseur, en échange d'un prix et/ou d'une redevance, vend un produit et/ou concède l'usage d'un bien immatériel au distributeur pour lui permettre de vendre un bien et/ou une prestation de service (produit contractuel) à ses clients. L'échange porte en outre sur une ou plusieurs obligations supplémentaires. Généralement, l'accord de distribution est conclu pour une certaine durée ou, du moins, il s'inscrit dans un rapport de transactions répétées entre les parties. La distribution est donc l'ensemble des opérations par lesquelles un bien, après le stade de sa production, ou une prestation de service après le stade de sa conception, est vendu ou fourni, à l'acquéreur ou à l'utilisateur final, c'est-à-dire le consommateur.

Cette définition permet de dégager les points communs suivants aux contrats de distribution. Premièrement, les deux parties aux contrats de distribution, à savoir le fournisseur et le distributeur, sont juridiquement et économiquement indépendantes l'une de l'autre. Deuxièmement, les contrats de distribution sont des contrats de durée. Les contrats de distribution étant pour la plupart des contrats innommés, ceux-ci ne sont pas au bénéfice d'une réglementation légale spécifique en droit marocain et notamment dans le Dahir des Obligations et Contrats ou encore dans une loi spéciale. Au regard des impératifs de sécurité juridique, cette absence de règles oblige les parties à un contrat de distribution à être d'autant plus vigilantes dans la négociation et la rédaction de tels contrats. En cas d'oubli, d'imprécision ou d'incohérence, il sera plus difficile d'avoir recours à la loi supplétive pour remédier aux insuffisances du contrat. La distribution s'opère en principe, à partir de ventes et de prestations de services entre fournisseurs et distributeurs. Ces opérations sont organisées par le contrat de distribution.

CHAPITRE 2. LE « CONTRAT » INSTRUMENT JURIDIQUE PAR EXCELLENCE DE LA DISTRIBUTION

Les ventes commerciales demeurent de loin les contrats commerciaux les plus fréquents et les plus nombreux de la vie économique. Appuyant et complétant la vente, les activités de distribution deviennent aussi très nombreuses. Ces activités peuvent embrasser toute la chaîne ou le circuit de l'activité depuis la production jusqu'à la vente au consommateur final.

L'analyse juridique des circuits de distribution concerne alors les techniques contractuelles qui permettent d'assurer les différentes opérations de distribution, même si en certains cas, l'organisation de la distribution est étroitement dépendante de réglementations particulières comme par exemple dans le domaine pharmaceutique. Dans le domaine de la distribution, le contrat demeure évidemment le principal instrument juridique. Il convient d'analyser le contrat tant sur son aspect général (**Section 1**) que spécifique (**Section 2**).

Section 1. L'aspect général du contrat dans le domaine de la distribution.

De manière générale, l'économie repose sur des échanges, et les échanges sont organisés par des contrats. En matière de distribution, le contrat se présente comme l'accord de deux agents économiques sur la manière de régler certains flux entre eux. On rencontre le contrat à chaque étape, depuis l'approvisionnement en matières premières ou la conception du produit, jusqu'à l'organisation de la distribution et l'acquisition du produit (bien ou service) par le destinataire final, sans oublier toutes les opérations adjacentes de financement, de conseil, de logistique, d'assurance...

La vie économique est impensable sans le contrat et c'est là qu'il manifeste le plus évidemment son existence.

D'un point de vue pratique, le contrat offre aux personnes la sécurité, la visibilité et la possibilité de prévoir, sans lesquelles il serait extrêmement laborieux de mener un projet à bien. Dans le domaine économique et notamment la distribution par exemple, le droit des contrats est un facteur important d'efficacité. Pour la distribution, la sécurité offerte par le contrat provient du fait qu'il n'est pas simplement une promesse ou un engagement moral mais parce que la loi oblige les contractants à le respecter. C'est ainsi que l'on peut affirmer que le contrat est, avec la loi, la technique juridique la plus importante. C'est la raison pour laquelle et nous l'avons déjà souligné que le contrat demeure évidemment le principal instrument juridique de la distribution.

Au regard de la liberté contractuelle, celle-ci constitue une première justification du renouvellement des techniques juridiques qu'offre le droit de la distribution. Ainsi, par exemple, l'imagination de nouvelles modalités commerciales de distribution s'est concrétisée par l'adoption de nouvelles formules contractuelles d'organisation des relations de distribution, élargissant d'autant la gamme des contrats commerciaux et donc les contrats de distribution à la disposition du praticien, dont la plupart sont des contrats innommés. Corollaire de cette liberté des parties, le déséquilibre avéré des obligations contractées dans certaines relations de dépendance ont conduit le législateur ou, plus souvent, la jurisprudence à intervenir et condamner certaines stipulations ou comportements abusifs, au fur et à mesure de leur dénonciation. Les mesures adoptées, nécessaire contrepoids au principe de la force obligatoire du contrat prévue par l'article 230 du Dahir des Obligations et Contrats, sont autant de matériaux participant à l'élaboration et l'évolution du contenu de la réglementation édictée par le droit de la distribution.

Ensuite, la préservation du libre jeu de la concurrence constitue une deuxième source d'évolution du droit de la distribution. C'est une conséquence directe du principe fondamental de liberté du commerce et de l'industrie proclamé par l'article 7 de la loi française du 2 et 17 mars 1791, dit « *décret d'Allarde* ». Au Maroc, cette liberté du commerce est un principe constitutionnel énoncé déjà par l'article 15 de la constitution marocaine de 1996 et confirmé par l'article 35 de la constitution marocaine de 2011 qui garantit le droit de propriété et la liberté d'entreprendre tout en respectant certaines règles et des formalités particulières à chaque commerce. Il en résulte alors que la « libre concurrence » autorise, sur un marché considéré, les entreprises de produits ou services substituables à se livrer à une libre compétition en vue d'attirer vers elles et fidéliser la clientèle.

Cependant, une liberté totale est, pour autant, inconcevable. En effet, les alliances conclues entre concurrents dans le domaine de la distribution, par exemple, sur les prix de vente des produits et les pratiques mises en œuvre par certaines entreprises en situation de force sur un marché, peuvent fausser le jeu de la concurrence et aller, parfois, jusqu'à éliminer certains opérateurs économiques. Dès lors, dans l'économie marocaine, une réglementation de la concurrence était donc nécessaire et elle intervenue de manière spécifique par la loi n°06-99 du 5 juin 2000 sur la liberté des prix et de la concurrence. Son article 1^{er} dispose que : « *La présente loi s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de service* ». Cette réglementation marque clairement un net désengagement de l'État dans les relations économiques. La liberté des prix devient la règle, l'encadrement administratif devient l'exception. Le renouvellement des relations entre fournisseurs et

distributeurs, notamment à travers l'émergence de la grande distribution, a depuis imposé de nouvelles réformes destinées à corriger les excès qui l'ont accompagné notamment la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Les hommes sont avant tous au cœur de la distribution. Seuls les hommes rendent possibles les différentes opérations nécessaires à l'acheminement des produits ou services.

Notons, enfin, qu'au Maroc, les contrats de distribution les plus courants sont la concession et la franchise, suivis par l'approvisionnement exclusif et plus rarement la distribution sélective. La structure du contrat de distribution reste classique. A cet égard nous y consacreront un chapitre. Néanmoins, nous pouvons affirmer que cette structure comporte un champ d'application et sa formation. Une fois le contrat formé, l'acte fixe ses effets et les obligations réciproques entre les parties pour ensuite aborder les solutions apportées en cas d'inexécution de ces dernières.

Qu'en est-il de l'aspect spécifique du contrat dans le domaine de la distribution ?

Section 2. L'aspect spécifique du contrat dans le domaine de la distribution.

La distribution s'opère, en principe, à partir de ventes et de prestations de services entre fournisseurs et distributeurs. Elle est avant tout l'intermédiation dans le domaine des produits et services, c'est-à-dire une fonction de commercialisation de la production ou de la création d'un fournisseur vers le destinataire final qu'est le consommateur. Naturellement, les fournisseurs et les distributeurs, surtout lorsqu'ils démarrent leur activité, pensent d'abord au marché local, national voire international.

Les fournisseurs et les distributeurs développent leur activité à l'intérieur d'un espace économique fortement marqué par un ensemble de règles juridiques. Parmi ces règles juridiques, il y a le contrat qui devient pour eux un instrument de prévision, un moyen d'agir dans le temps, et une technique de gestion des risques. Vecteur d'échanges de biens ou de services, le contrat a depuis toujours incarné l'idée de liberté. Il est la concrétisation de l'engagement d'une partie envers une autre. Il est la manifestation écrite de la volonté entre une ou plusieurs parties de leurs engagements respectifs.

Ainsi, le contrat offre aux parties contractantes de « *s'approprier le futur* », et la prévision serait de l'essence du contrat. Celui-ci est constitué par deux éléments, d'une part c'est un procédé technique pour assurer les échanges économiques et, d'autre part, il correspond à un accord de la volonté des contractants, qui se manifeste à travers un principe fondamental, celui de l'autonomie de la volonté. Ce principe repose essentiellement sur deux

postulats, le libéralisme économique et un environnement philosophique individualiste et volontaire. Ce principe suppose que les échanges économiques sont réalisés par la voie de concessions réciproques, qui sont l'œuvre des volontés des cocontractants. C'est donc dans une économie libérale que la volonté peut-être appelée à jouer, dans les systèmes juridiques, tel le droit marocain, le rôle le plus important.

Mais, au-delà de sa nature juridique comme acte créateur d'obligations, le contrat se caractérise en fait par sa fonction d'échange. Pour la doctrine juridique, le droit des contrats serait défini de façon plausible comme le droit de l'échange. En matière de contrat, l'action c'est l'échange et toute l'économie repose sur des échanges, et les échanges sont organisés par des contrats. Dans le contrat de distribution, le contrat se présente comme l'accord de deux agents économiques sur la manière de régler certains flux entre eux. On rencontre le contrat à chaque étape, depuis l'approvisionnement en matières premières ou la conception du produit, jusqu'à l'organisation de la distribution et l'acquisition du produit que ce soit un bien ou un service par le destinataire final, sans oublier toutes les opérations adjacentes de financement, de conseil, de logistique, d'assurance...

A côté des contrats commerciaux, les contrats de distribution participent concrètement à l'essor du commerce, pilier de l'économie marocaine par sa création de richesse. L'entreprise ne peut vivre qu'en passant des contrats, en amont et en aval avec des fournisseurs et des clients et, entre les deux, avec des salariés. Du reste, l'entreprise est issue d'un contrat lorsqu'elle revêt la forme d'une personne morale. L'entreprise s'accomplit grâce aux contrats. Le contrat est l'axe central de toute économie dite « de marché ». Les rapports économiques se coulent dans des moules juridiques. D'une part, sans marché nombre de choses n'auraient pas de valeur. D'autre part, les contrats de distribution assurent la création d'une grande partie des biens, matériels comme immatériels, et leur commercialisation par la mise sur le marché.

De manière générale, tout contrat possède une double nature. Il est d'abord un lien entre des personnes créant des normes juridiques entre elles. Mais le contrat constitue également une opération économique, un échange de valeurs entre des patrimoines qu'il organise. Par cette double nature, le contrat présente un aspect dynamique. Cet aspect se traduit nécessairement par des obligations de faire et/ou de ne pas faire. Dans le cadre de son activité tout commerçant, qu'il soit une personne physique ou personne morale et à travers lui l'entreprise qu'il dirige, doit conclure une multitude de contrats relatifs aux biens ou relatifs aux services, qui sont d'une grande utilité professionnelle. Ces contrats répondent donc à des besoins économiques.

Dans une économie de marché, il est indispensable qu'une concurrence saine et loyale existe entre les entreprises. Ainsi, l'Etat, s'il n'est jamais loin du fait de la garantie générale qu'il doit aux sujets de droit, s'abstient naturellement d'interférer dans l'organisation d'une fonction qu'il est mal placé pour apprécier. L'une des traditions juridiques marocaine est l'abstention du juge, qui évite absolument d'interférer dans le contenu du contrat tant que l'existence même d'un échange ne peut être mise en doute. Aussi, le Dahir des obligations et Contrats, comme d'ailleurs le code civil français de 1804, reconnaît aux parties une liberté contractuelle très concrète, et qui dans la pratique permet aux parties de jouir d'une grande liberté dans l'organisation de leurs échanges. L'échange est la rencontre de besoins complémentaires, et considérer de plus près cette logique invite à deux remarques additionnelles. Tout d'abord, puisqu'il y a besoins complémentaires, il y a une communauté d'intérêts dans laquelle la structure fondamentale de l'échange doit s'épanouir. Ensuite, la fonction d'échange commande l'impératif de sécurité juridique.

Dans le domaine économique et notamment dans la distribution, le droit des contrats est un facteur important d'efficacité. Si économiquement, les contrats commerciaux sont des instruments, par excellence, des échanges, juridiquement, l'une de leur particularité essentielle, au centre de laquelle se trouve la vente, est de porter non seulement sur un bien, mais surtout sur un droit réel concernant ce bien. Ces contrats sont donc marqués par une spécificité pouvant affecter la nature contractuelle d'une institution juridique. Ce sont là de ce qu'il est convenu d'appeler dans le monde des affaires « *les contrats spéciaux* » en ce qu'il déroge au droit commun des contrats. Ce droit spécial des contrats est le fruit de la liberté contractuelle. Cette liberté contractuelle permet aux parties d'aménager les rapports contractuels selon le dessein particulier qu'elles poursuivent. Ces contrats commerciaux requièrent, au-delà de la théorie générale des contrats, des règles spécifiques.

CHAPITRE 3. LES OPERATIONS JURIDIQUE DE LA DISTRIBUTION

Les différentes manifestations de la distribution sont réalisées par des opérations juridiques organisées essentiellement par le contrat. Ces opérations sont soumises à des règles différentes selon qu'elles interviennent entre professionnels, ou entre professionnels et consommateurs. Cette dualité de régime trouve sa justification dans la finalité même de l'opération puisque l'achat en vue de la revente ne s'identifie pas, à l'évidence, à l'achat en vue de la propriété.

En matière de distribution, la technique contractuelle est à la base des relations entre professionnels. Sur cette base, de nombreux accords juridiques seront alors conclus entre le fournisseur et ses distributeurs, de vente principalement, en raison des livraisons de produits qui seront régulièrement effectuées par le fournisseur aux membres de son réseau de distribution. Dans la pratique, pour préparer la conclusion de ces contrats futurs, les parties ont recours à la technique du « *contrat-cadre* », présenté comme le contrat visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis des accords à traiter rapidement dans le futur, contrats d'application ou contrats d'exécution auxquels de simples bons de commande ou ordres de service fourniront, éventuellement, leur support. Précisées dans l'accord-cadre, la nature des obligations des parties applicables durant leur relation permettra, en outre, de qualifier l'accord de contrat de distribution.

Cependant, ce contrat n'est pas un contrat comme les autres. Son originalité nécessite en effet un encadrement juridique strict. Comme tout contrat, pour être valable, doit répondre, aux conditions de formation (**section 1**), d'exécution (**section 2**) et d'extinction (**section 3**).

Section 1. La formation du contrat de distribution

En droit civil marocain, la simple lecture du Dahir des Obligations et Contrats fait apparaître qu'il n'y a aucune disposition sur le processus qui conduit à la formation du contrat. Les dispositions, certes nombreuses, qui intéressent la formation des contrats commerciaux n'appréhendent qu'une partie de la relation précontractuelle, dans le but notamment de protéger le contractant le plus faible ou de garantir le libre jeu de la concurrence, et les exigences du Dahir des Obligations et Contrats et du Code de commerce marocain en matière de fixation du prix en sont une illustration.

Malgré ces carences du droit législatif marocain, les négociations, l'offre et l'acceptation, de même que la chose et le prix sont soumises à des règles qui traduisent un

certain recul de la liberté précontractuelle dans la formation du contrat de distribution. En matière commerciale, cette phase de négociations ou de pourparlers est inexistante ou tout au moins réduite à portion congrue, soit parce que l'un des contractants n'est pas en position de négocier, soit parce que les relations d'affaires antérieures et la confiance qui en résulte limitent l'utilité de telles négociations. De même que le législateur marocain n'est pas intervenu dans le cadre de l'information précontractuelle.

Au Maroc, la place donnée à l'obligation d'information reste médiocre, compte tenu de son importance estimée, et sa présence sporadique est assez éparse entre la loi 31-08 sur la protection du consommateur, et la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence. Cependant, lorsque le contrat de distribution constitue un enjeu important, les négociations deviennent une phase décisive pour l'économie du contrat espéré. Il y a alors une montée par étapes progressives vers l'accord contractuel. Cependant, le contrat de distribution, comme tout contrat, doit respecter les conditions générales de validité des conventions posées par l'article 2 du Dahir des Obligations et Contrats. De manière plus particulière, c'est la préoccupation d'un consentement libre et éclairé du distributeur qui impose le respect d'une obligation précontractuelle d'information dans les contrats de distribution. La durée des relations, en principe librement fixée par les parties, est parfois encadrée, limitant ainsi leur liberté dans la construction du contrat. La forme du contrat de distribution, est, de manière indirecte, suggérée par le législateur marocain.

En matière de distribution, dans la formation du contrat, il peut y avoir une obligation précontractuelle d'information (§1) sur le prix, la durée et la forme (§2).

§1. L'obligation précontractuelle d'information

Avant la formation contractuelle, la première étape à distinguer dans la formation contractuelle est l'invitation à entrer en pourparlers. Au cours de cette étape de la phase précontractuelle, la volonté n'est pas déterminée définitivement quant au futur cocontractant. Seulement, des négociations seront entamées pour trouver un éventuel terrain d'entente. La phase précontractuelle désigne la période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure. C'est au cours de cette phase que le projet de contrat va être élaboré par des accords successifs jusqu'à ce que la volonté de l'une d'elles soit déterminée d'une façon définitive.

En l'absence de législation marocaine spécifique, le contrat de distribution est régi par les règles de droit commun et notamment l'article 230 du Dahir des obligations et contrats qui dispose que « *les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux les ont faites* ». En réaction contre le manque et/ou le peu de sérieux des informations communiquées à de nombreux distributeurs lors de leur entrée dans le réseau, le législateur a, imposé au fournisseur une obligation d'information préalable à la conclusion de certains accords de distribution.

Cette obligation d'information préalable contraint toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Pour permettre au candidat de mûrir son consentement, ce document et le projet de contrat doivent être communiqués dans un délai raisonnable avant la signature du contrat.

L'obligation d'informer a pour domaine les contrats conclus dans l'intérêt commun des deux parties où l'une met à la disposition de l'autre un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité. La référence à l'intérêt commun ne vise qu'à rappeler aux contractants que leurs relations sont fondées sur une véritable collaboration économique, et non un rapport de subordination. La mise à disposition quelle qu'en soit la technique juridique d'un nom commercial, d'une marque ou une enseigne en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité d'activité intéresse, au premier plan, les contrats de concession et de franchise dans la mesure où ils mettent souvent à la charge du distributeur une obligation d'approvisionnement exclusif.

La méconnaissance ou la mauvaise exécution de l'obligation d'information est sanctionnée. Au plan civil, la nullité du contrat pourra être prononcée mais n'est pas automatique. Elle suppose que la méconnaissance de l'obligation d'informer ait vicié le consentement de son créancier lors de la formation du contrat. La jurisprudence estime qu'il appartient au distributeur de rapporter la preuve que la méconnaissance de l'obligation d'information a vicié son consentement. Sur le fondement des articles 77 et 78 du Dahir des Obligations et Contrats, une action en responsabilité civile délictuelle contre le débiteur de l'obligation d'information peut aussi être envisagée lorsque sa faute est à l'origine du vice du consentement du distributeur.

§2. Le prix, la durée et la forme du contrat de distribution

A peine de nullité, le prix de la vente devant être déterminé et désigné par les parties.

En matière de distribution, la durée du contrat de distribution, en principe, est libre. Les parties peuvent donc convenir que leur relation aura une durée déterminée, éventuellement renouvelable, ou, à l'inverse, une durée indéterminée.

Certaines règles du Dahir des Obligations et Contrats apportent cependant à cette liberté quelques restrictions. En effet, l'article 230 dispose que "*les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi*". Ainsi, l'engagement d'exclusivité exigé du distributeur dans certains accords de distribution peut faire l'objet d'une limitation de durée. Par exemple dans la pratique les parties au contrat de distribution peuvent limiter à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur.

Enfin, la forme du contrat de distribution, la plupart d'entre eux sont des contrats consensuels et se forment, donc, dès l'échange des consentements. En droit marocain, aucune forme n'est requise pour leur validité. Cependant, un contrat écrit, en pratique, est presque toujours établi entre les parties en cas de conclusion d'un accord de coopération commerciale.

Section 2. L'exécution du contrat de distribution

L'appartenance à un réseau de distribution assujettit les parties à de multiples obligations du fournisseur (§1) et du distributeur (§2) tendant à une bonne organisation de l'activité.

§1. Les obligations du fournisseur

Outre l'obligation de respecter l'exclusivité territoriale qu'il a pu accorder, le promoteur d'un réseau de distribution supporte généralement envers chacun de ses distributeurs tant une obligation de fourniture (A) que d'assistance (B) et, dans l'intérêt de tous, une obligation de contrôle du réseau (C).

A. L'obligation de fourniture

L'obligation de fourniture vise, en premier lieu, les produits ou services qui font l'objet du contrat de distribution. Elle concerne par exemple, dans les accords de franchise, la communication du savoir-faire au franchisé et la mise à disposition des signes distinctifs pour le ralliement de la clientèle, également présente dans d'autres types d'accords de distribution.

B. L'obligation d'assistance

L'assistance du fournisseur, qu'elle soit la contrepartie de l'obligation d'achat souscrite par le distributeur, une obligation inhérente à la réitération de la réussite commerciale dans les accords de franchise ou un complément convenu de manière particulière par les parties dans l'accord de distribution, est de nature diverse : prêt de matériel, de locaux ou de sommes d'argent, cautionnement d'un prêt, formation du distributeur et de son personnel à la bonne commercialisation des produits, participation à la conception ou au financement des publicités locales du distributeur, à l'aménagement de son point de vente, etc.. Les manquements du fournisseur à son obligation d'assistance l'exposeront à une action du distributeur en responsabilité.

C. L'obligation de contrôle

Le fournisseur doit veiller, dans l'intérêt du réseau donc de chacun de ses membres, à ce que les normes de commercialisation des produits ou services qui ont été fixées soient respectées par chacun des distributeurs. Les libertés qui seraient prises à cet égard par un distributeur pourraient, en effet, porter atteinte à la réputation du réseau auprès de la clientèle, donc à son image de marque.

Le fournisseur du réseau devra notamment veiller à ce que tous respectent :

- les normes nécessaires à la bonne commercialisation des produits ;
- l'image que le réseau souhaite donner de ses produits à la clientèle ;
- l'interdiction de revendre les produits à des distributeurs non sélectionnés.

Le fournisseur du réseau devra également agir contre les revendeurs non sélectionnés qui ont réussi, sur un territoire où la distribution sélective n'est pas pratiquée ou auprès d'un distributeur sélectionné à se procurer les produits, qu'ils commercialisent à des prix généralement plus attractifs.

Cette obligation de contrôle du fournisseur ne doit pas méconnaître l'indépendance de ses distributeurs. À défaut, le contrat pourrait être requalifié par le juge en contrat de travail si les modalités effectives de l'activité du distributeur révèlent l'existence d'un lien de subordination.

§2. Les obligations du distributeur

A. Les obligations relatives à l'achat des produits

Le contrat de distribution peut prévoir en amont par une clause de minima ou par une clause de quotas l'obligation pour le distributeur d'acheter chaque année au fournisseur pour une valeur ou un volume minimal de produits ou encore pour un certain pourcentage de son chiffre d'affaires.

B. Les obligations relatives à la revente des produits

Dans le contrat de distribution, la clause d'objectifs de vente ou de pénétration du marché fait obligation au revendeur de vendre une certaine quantité de produits ou de réaliser un certain pourcentage de ventes. Le distributeur doit également respecter les conditions fixées par le fournisseur nécessaires à la bonne commercialisation des produits ou des services, l'identité ou la réputation du réseau.

C. L'obligation de non-concurrence

Dans le contrat de distribution, une obligation de non-concurrence est fréquemment stipulée aux fins d'interdire au distributeur, durant l'exécution du contrat, de commercialiser, directement ou indirectement, des produits ou services équivalents de ceux du fournisseur. Sa violation est considérée comme un manquement grave.

Section 3. L'extinction du contrat de distribution

Les causes d'extinction du contrat de distribution sont celles, classiques, de tout contrat. Se sont essentiellement, la résiliation, l'arrivée du terme de la convention à durée déterminée, l'accord mutuel des parties, la caducité, etc...

L'extinction du contrat de distribution donne souvent lieu, entre les parties, à des restitutions. Elle pose également la question du sort des stocks détenus par le distributeur, du paiement d'éventuelles indemnités liées à la rupture, ainsi que celle de la validité de

l'interdiction de concurrence postcontractuelle mise à sa charge du distributeur par la convention. Quelle qu'en soit la cause, l'extinction de la relation contractuelle emporte pour le distributeur l'obligation de restituer le matériel, l'enseigne et les documents remis par le fournisseur au titre d'un contrat de dépôt ou de prêt.

CHAPITRE 4. LE CONTRAT D'AGENCE COMMERCIALE

Dans le domaine de la vie économique et de la vie des affaires au Maroc, les opérations commerciales reposent essentiellement sur des échanges mais aussi sur des intermédiaires du commerce, et tous sont aussi organisés par des contrats. Manifestation traditionnelle de la distribution, le contrat d'agence commerciale constitue l'instrument juridique de représentation du commerce de distribution. Dans cette perspective, ce contrat, particulièrement réglementé par le code de commerce marocain, se présente comme l'accord de deux agents économiques sur la manière de régler certains flux entre eux. Aujourd'hui, la vie des entreprises commerciales est impensable sans le contrat qui suppose l'existence de « *la sécurité juridique* », constituant avec la liberté, la prévisibilité et la stabilité, les piliers essentiels du droit contractuel marocain. Ces piliers constituent donc des mesures et des précautions contre l'inexécution des contrats.

D'une certaine manière, les contrats commerciaux prévus par le code de commerce marocain sont extrêmement variés parce qu'ils doivent répondre dans une certaine mesure aux différentes opérations que la vie économique ou que la créativité des entreprises rend utiles. Ces contrats traduisent sans aucun doute les activités énumérées par le code de commerce marocain. Nous savons que depuis l'aube de l'histoire de la vie économique organisée, faire des opérations commerciales au nom et pour le compte d'autrui est une activité normale. Aussi, de tout temps, au Maroc, les opérateurs économiques ont eu besoin de chargés d'affaires représentant leurs intérêts sur des marchés lointains ou auprès de clientèles spécifiques. Pour y parvenir, il leur fallait un instrument du commerce juridique par excellence : ce fût le contrat d'agence commerciale. Ce contrat permet justement le recours au service d'autrui.

En droit civil marocain, lorsque ce service d'autrui consiste à accomplir un acte juridique, il se traduit par l'existence de la technique de la représentation et, d'une façon plus précise et plus élaborée, par le contrat de mandat. Justement, en droit commercial marocain, les règles du mandat s'appliquent puisque la lecture de l'article 393 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain fait expressément apparaître, qu'au-delà du statut spécial, le contrat d'agence commerciale comme un contrat de mandat, et selon l'article 879 du Dahir des Obligations et Contrats, « *le mandat est un contrat par lequel une personne charge une autre d'accomplir un acte licite pour le compte du commettant* ». Ainsi, l'analyse juridique de l'article 393 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain permet d'affirmer que c'est un texte spécial qui fait une application des principes fondamentaux du Dahir des Obligations et des Contrats.

C'est là un droit spécifique de la profession d'agent commercial. Ce droit semble être construit dans un double souci, celui de l'efficacité de la collaboration et celui de la protection de l'agent commercial. Cette protection résulte clairement de la lecture des articles 393 à 404 du code de commerce marocain qui protègent la finalité économique du contrat d'agence commerciale. En tant que représentant du commerce, c'est donc l'efficacité de la collaboration entre agent commercial et mandant qui est recherchée. Ce n'est donc juridiquement qu'à travers la qualification de leur activité que cet instrument de représentation du commerce révèle parfaitement leur rôle, c'est-à-dire agir au nom et pour le compte d'autrui. Dès l'origine, le contrat de mandat a servi de cadre juridique à l'agence commerciale pour laquelle la jurisprudence a édifié le concept de « *mandat d'intérêt commun* » des parties. Le législateur marocain a consacré cette construction prétorienne, et l'a codifiée à l'article 395 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain selon lequel « *l'agence commerciale est conclue dans d'intérêt commun des parties* ». De manière objective, l'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donné à leurs conventions, mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée. C'est donc sous l'empire du contrat de mandat que s'est placé le droit commercial marocain.

Dans l'univers commercial, le mandat n'est pas un concept juridique évident. Bien que son utilité soit considérable, celui-ci est, en pratique, un acte par lequel une personne donne à une autre personne le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. En matière d'agence commerciale, le mandataire agit au nom du mandant et l'objet de ce contrat ne peut être, à titre principal, que l'accomplissement d'actes juridiques. Le contrat d'agence commerciale est un contrat consensuel, synallagmatique et *intuitu personæ*, par lequel un mandant confie à un mandataire, qui accepte cette charge, le pouvoir d'accomplir pour lui et en son nom un acte juridique à titre de représentant. Le contrat d'agence commerciale s'articule donc sur le concept de mandat. Toute la singularité de la profession d'agent commercial est de reposer entièrement sur un pouvoir juridique conféré par autrui.

Juridiquement, l'agent commercial ne peut exercer sa profession que parce qu'il a reçu mandat d'agir au nom et pour le compte d'autrui. Technique de représentation du commerce, la fonction et l'étude du contrat d'agence commerciale revêtent en conséquence une importance particulière (**Section II**). Mais avant de procéder à cette étude, notre réflexion commande de traiter cette importance dans une perspective utile en s'attachant d'abord sur la notion d'agence commerciale (**Section I**).

Section 1. La notion d'agence commerciale en droit commercial marocain

Le droit marocain des contrats est inspiré par l'idée d'une rencontre entre deux libertés individuelles. Selon le principe du consensualisme, le contrat est valable dès que deux volontés identiques se sont accordées sur la production d'obligations. Ici, l'essentiel tient dans la rencontre des volontés. De ce fait, la validité du contrat n'est soumise à aucune règle de forme. Cependant, dans l'univers commercial l'impératif de sécurité juridique commande des règles impératives qui sont alors intervenues de manière croissante pour organiser certains aspects du contrat permettant la rencontre de deux besoins et en particulier les contrats commerciaux.

Dans une perspective moderne plus fonctionnelle, le contrat d'agence commerciale se présente comme l'accord créant les attentes raisonnables induites par les promesses réciproques des parties. Selon les termes de l'article 393 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain il apparaît que « *le contrat d'agence commerciale est un mandat par lequel une personne, sans être liée par un contrat de travail, s'engage à négocier ou à conclure d'une façon habituelle, des achats, des ventes ou, d'une manière générale, toutes autres opérations commerciales au nom et pour le compte d'un commerçant, d'un producteur ou d'un autre agent commercial, lequel s'engage, de son côté, à la rémunérer* ». Cette définition légale nous donne les principales particularités aussi bien au regard de l'agent commercial que de son activité (§1), mais également sa mission (§2).

§2. Le particularisme du contrat d'agence commerciale

Selon l'article 393 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain, le contrat d'agence commerciale est principalement caractérisé par son objet. Pour que le contrat soit qualifié de contrat d'agence commerciale, il faut impérativement que l'accord des parties se réfère à un mandat. Celui-ci doit être exercé dans des conditions d'indépendance. Celle-ci apparaît clairement à la lecture de l'article 393 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain selon lequel l'agent commercial est un mandataire, « *sans être liée par un contrat de travail...* ». *A priori*, cette formule est une redondance car si l'intéressé est salarié, il paraît certain qu'il ne remplit pas la condition d'indépendance, et, réciproquement, s'il est indépendant, il paraît évident qu'il n'est pas salarié.

Pour exprimer cette indépendance, l'article 393 du code de commerce marocain ne recule pas devant la répétition. Elle se manifeste dans le contrat d'agence commerciale faisant de l'agent commercial un professionnel indépendant. Les alinéas 2 et 3 de l'article 393 du code de commerce marocain corroborent encore cette indépendance en admettant que «

l'agent commercial peut représenter plusieurs mandants sans qu'aucun de ceux-ci n'ait à y consentir ». Cette indépendance fait ainsi de l'agent commercial un véritable chef d'entreprise. En maîtrisant l'organisation, il choisit ainsi librement la forme juridique de son entreprise, recrute librement ses employés ou ses collaborateurs, choisit d'être seulement agent commercial ou de cumuler cette fonction avec une activité commerciale, et enfin peut céder son agence ou certains de ses mandats.

Cette liberté d'initiative de l'agent commercial connaît cependant quelques restrictions. Elles sont deux sortes. Les unes issues de l'article 393 alinéa 2 du code de commerce marocain selon lequel l'agent commercial « *ne peut toutefois représenter des entreprises concurrentes* ». Les autres issues au respect des instructions de ses mandants. Ces restrictions constituent l'une des principales caractéristiques du contrat d'agence commerciale en faisant de l'agent commercial un mandataire.

Par la technique de la représentation juridique, l'agent commercial exerce alors une profession accomplissant des mandats permanents. La permanence apparaît ici comme une autre particularité fondamentale dans la mesure où la collaboration des parties au contrat d'agence commerciale s'inscrit dans une certaine durée qui peut être « *déterminée ou indéterminée* ». Dans l'exercice de ses activités, l'agent commercial doit d'abord veiller aux intérêts du mandant et agir loyalement et remplir sa mission en bon professionnel. Il doit ensuite s'employer comme il se doit à la négociation ou à la négociation des opérations dont il est chargé. Il doit enfin communiquer au mandant toute information nécessaire dont il dispose. Naturellement, tout cela ne peut se faire que dans la durée du mandat. Cette permanence du mandat justifie la règle de l'article 399 alinéa 2 du code de commerce marocain qui dispose que lorsque l'agent commercial « *est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, il a également droit à une commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe* ». Le caractère « *d'intérêt commun des parties* » est fondé par cette permanence du mandat. Le mandat d'intérêt commun repose donc sur deux critères d'une part cette permanence, et d'autre part la finalité commune des obligations de l'agent commercial et du mandant.

Qu'en est-il alors de la mission de l'agent commercial ?

§2. La mission de l'agent commercial

L'analyse de la définition légale prévue à l'article 393 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain, fait ressortir expressément que l'agence commerciale recouvre une modalité de

représentation exercée en tant qu'activité professionnelle indépendante. En droit civil marocain, cette représentation ne peut résulter que par la technique du mandat. Par essence, l'agent commercial est un mandataire dès lors que celui-ci remplit les conditions énoncées par le texte. Ce dernier place d'ailleurs cette qualité en tête de la définition légale. Lorsque la mission de l'agent commercial consiste à conclure des contrats au nom de son partenaire, la qualification de mandataire se serait imposée sans cette précision légale. En effet, l'accomplissement d'actes juridiques au nom et pour le compte d'autrui est de l'essence même du mandat. Traditionnellement, l'agent commercial est chargé, « *de négocier ou de conclure d'une façon habituelle* », c'est-à-dire durable, non occasionnelle, « *des achats, des ventes ou, d'une manière générale, toutes autres opérations commerciales, au nom et pour le compte d'un commerçant, d'un producteurs ou d'un agent commercial* ». Cette énumération est suffisamment large pour couvrir de nombreuses activités qui peuvent indifféremment avoir une nature civile ou commerciale, principale ou accessoire.

L'agent commercial a principalement pour mission, de « *négocier ou de conclure* » des contrats. C'est la nature même des contrats proposés par l'agent commercial qui constitue une condition du statut légal. Par conséquent, dès lors que la mission de négocier ou de conclure n'est ni un achat, ni une vente, ni une location, ni une prestation de services, les articles 393 et suivants du code de commerce marocain ne peuvent trouver application. Cette exigence tenant à la nature des opérations négociées ou conclues par l'agent commercial vise à écarter de l'agence commerciale certaines professions.

Juridiquement, cette mission va, pour sa réalisation, poser le problème de savoir si l'agent commercial doit-il disposer d'un pouvoir d'engager directement son mandant en concluant des contrats ?

Nous pensons que cette question a le mérite d'être posée dans la mesure où l'article 398 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain dispose que l'agent agit « *au nom et pour le compte d'un commerçant, d'un producteur ou d'un autre agent commercial...* ». C'est donc à partir de cette formule légale, que les mots « *commerçant* » et « *agent commercial* » ont une signification juridique bien précise. En revanche, le mot « *producteur* » exprime, nous semble-t-il, une fonction plus économique que juridique. Ici, le mot lui-même « *producteur* » est particulièrement utile, d'un point de vue de l'analyse juridique, pour reconnaître la qualification d'agent commercial à ceux qui opèrent pour le monde agricole ou pour des artisans ayant une activité de production. C'est la raison pour laquelle, le code de commerce marocain exige donc que le mandant soit un professionnel. Dès lors, l'agent commercial agit professionnellement pour des professionnels.

A la question qui vient d'être précédemment posée, nous soutenons que juridiquement l'agent commercial n'a pas à être nécessairement investi d'un pouvoir véritablement autonome pour « *négozier ou (pour) conclure* » un contrat. En revanche, rien ne l'empêche d'entrer en discussion simplement dans les termes d'une négociation ou d'un contrat qu'il soumettra ensuite pour accord à son mandant. Sur cette phase précontractuelle, en cas de litige se posera éventuellement une autre question celle de connaître la nature juridique de ces pourparlers en cas d'échec de la négociation ou de la conclusion. En droit marocain des contrats, nous savons qu'entrer en négociation ou en conclusion d'un contrat relève d'une liberté fondamentale, c'est « la liberté contractuelle ».

En matière commerciale comme en matière civile, cette liberté comporte plusieurs facettes. Chacun sait en effet que la liberté contractuelle peut se décomposer « *en deux éléments, d'une part la liberté de contracter et d'autre part la liberté de déterminer le contenu du contrat* ». Cette liberté de contracter implique dans le contrat d'agence commerciale deux conséquences. D'abord la liberté de négocier ou de ne pas négocier, et d'autre part la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat dans le domaine des achats, des ventes ou, d'une manière générale toutes opérations commerciales. Cette liberté contractuelle, implique ensuite la liberté de choisir son cocontractant. Enfin, cette liberté implique la liberté de déterminer le contenu du contrat qui désigne quant à elle, la liberté accordée aux contractants « *de définir ce à quoi ils s'obligent* ».

En matière commerciale, ces deux facettes de la liberté contractuelle ne semblent pas soulever pas les mêmes problèmes. En effet, au travers de la liberté de négocier ou de contracter, c'est la question de l'existence du principe de liberté contractuelle qui se trouve posée, et la jurisprudence marocaine n'apporte pour l'heure aucune réponse. A l'inverse, au travers de la liberté de déterminer le contenu du contrat, c'est la question des éventuelles limitations de la liberté contractuelle qui semble être soulevée dans le contrat d'agence commerciale. Il peut s'agir ici par exemple d'un éventuel dépassement des pouvoirs du mandataire dans lequel le juge marocain devra donc apprécier la validité ou l'efficacité des clauses contractuelles. De plus, la notion même « *d'intérêt commun* », prévue à l'article 395 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain, impose cette limite à la liberté contractuelle de l'agent commercial. Nous savons et nous l'avons déjà souligné précédemment que le mandat d'intérêt commun est un mandat permanent qui est justement conféré en vue d'une finalité commune aux deux contractants. Il y a donc mandat d'intérêt commun dans le contrat d'agence commerciale parce que celui-ci postule une communauté durable d'intérêts, ordonnés, par une finalité commune, à la conquête ou la fidélisation d'une part de marché. En

conséquence, il n'est donc pas possible que l'un d'entre eux favorise des intérêts contraires aux intérêts de l'autre.

Dans cette perspective, une obligation de « *loyauté* » et « *d'information* » réciproque pèse, selon l'article 395 alinéa 2 du code de commerce marocain, sur chacune des parties qui se traduit normalement par une obligation de non-concurrence implicite qu'il est donc loisible aux parties d'aménager dans le cadre de leur collaboration. Par ailleurs, le mandant doit, selon l'article 395 alinéa 3 du code de commerce marocain, « *mettre l'agent commercial en mesure d'accomplir sa mission, que celui-ci doit remplir en bon professionnel* ». En pratique, le contenu de cette obligation de non-concurrence est souvent précisé par une clause de non-concurrence insérée dans le contrat d'agence commerciale lui-même, ce qui permet aux parties d'aménager la concurrence dans le cadre de leur collaboration lorsqu'il n'y a pas de transfert de clientèle.

Faisant fi de ces remarques, la négociation ou les contrats ne seront définitivement conclus et n'engageront le mandant que si celui-ci y consent. En fonction de certains éléments comme les stipulations du contrat, les instructions données à l'agent commercial et les circonstances de la nature de l'affaire à négocier ou à conclure, il faudra considérer que ces contrats sont conclus directement et personnellement par le mandant. Dans le cas contraire, si ces contrats sont conclus par un représentant du commerce, ils devront sans aucun doute rétroactivement validés par une ratification ultérieure du mandant.

Dans l'univers commercial qui lui est confié, le pouvoir de négocier ou de conclure un contrat suppose que l'agent commercial puisse discuter au moins l'un des termes du contrat, notamment le prix. C'est la nature même des contrats proposés par l'agent commercial qui constitue une condition de son statut légal. Dès lors qu'un agent commercial uniquement chargé de diffuser une information ne peut prétendre à la qualité d'agent commercial au sens de l'article 393 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain. Sur le pouvoir de négocier celui-ci suppose que des commandes soient prises à la suite de l'activité de prospection de l'agent commercial. Ainsi, le simple fait d'effectuer quelques actions commerciales, d'intervenir dans le déroulement des opérations et de recevoir, à titre occasionnel, des bons de commande qui concernaient des approvisionnements à la suite d'appel d'offres après que les négociations commerciales avaient déjà eu lieu, ne suffisent pas à caractériser l'existence de façon habituelle d'un pouvoir de négocier des contrats au nom et pour le compte du mandant. Nous savons que par essence l'agent commercial est un mandataire et il ne peut prétendre à la qualification d'agent commercial que s'il crée, lorsqu'il conclut, ou contribue à créer, lorsqu'il négocie, une relation juridique directe entre son donneur d'ordre et les clients avec lesquels

il traite. Son activité débouche sur des contrats dont les parties sont le mandant et les clients qu'il a prospectés.

Au-delà de sa nature juridique comme acte créateur d'obligations, le contrat d'agent commercial pose deux séries de questions, les unes tenant à sa formation et les autres à son exécution.

Section 2. La formation du contrat d'agence commerciale

Comme tout contrat, la formation du contrat d'agence commerciale obéit aux conditions classiques de validité (§1). Mais en raison de la singularité de la profession d'agent commercial de reposer sur un pouvoir juridique conféré par autrui, l'agent commercial ne peut exercer sa profession que parce qu'il a reçu mandat au nom et pour le compte d'autrui. Cette singularité impose alors des conditions particulières de validité, reflétant une certaine influence du droit commercial sur le contrat d'agence commerciale. À ces conditions classiques de validité succède logiquement celle de son exécution (§2).

§1. Les conditions classiques de validité du contrat d'agence commerciale

En matière commerciale, les contrats d'affaires restent dans l'ensemble des contrats innomés, donc moins règlementés que les autres. C'est donc à leur sujet que s'applique directement la théorie générale des contrats, c'est-à-dire un ensemble de règles, fixées par le législateur ou élaborées par la jurisprudence, qui valent pour les contrats en général indépendamment de leur nature particulière. Ce sont ces règles, constitutives des principes contractuels, qui soumettent donc le contrat d'agence commerciale aux conditions classiques de validité du contrat d'agence commerciale. En droit civil marocain, ces règles sont celles exprimées à l'article 2 du Dahir des obligations et contrats selon lequel on doit pouvoir relever quatre conditions essentielles de validité d'un contrat à savoir :

- ❖ *« La capacité de s'obliger ;*
- ❖ *Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ;*
- ❖ *Un objet certain pouvant former objet d'obligation ;*
- ❖ *Une cause licite de s'obliger ».*

Dans de le domaine de l'univers commercial, nous retrouvons les conditions classiques essentiellement dans les règles de consentement et de capacité. Généralement, le contrat d'agence commerciale est constitué par deux éléments dont l'importance n'est pas la même. D'une part, le contrat est un procédé technique pour assurer les échanges

économiques. D'autre part, le contrat correspond à un accord des volontés des contractants. Ainsi, selon le principe du consensualisme, le contrat est valable dès que deux volontés identiques se sont accordées sur la production d'obligations. Cet accord constitue le consentement contractuel qui n'est valable que s'il a été donné d'une façon suffisamment libre et éclairée. Sur ce point, l'article 19 du Dahir des obligations et contrats précise le domaine sur lequel doit porter le consentement en disant qu'il doit, de manière générale, embrasser toutes les clauses essentielles du contrat. Ce texte vise les conditions et les modalités qui indiquent les motifs impulsifs et déterminants qui justifient le contrat entre les parties. L'article 39 du Dahir des obligations et contrats dispose quant à lui que le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence est annulable.

Dans le contrat d'agence commercial, le consentement des parties est destiné à produire des effets de droit pour atteindre un but qu'on appelle la cause du contrat, c'est-à-dire pour satisfaire un besoin. Ce consentement est susceptible de faire naître des attentes raisonnables dans l'esprit des parties. En pratique, beaucoup de contrats commerciaux prennent la précaution de préciser dans un préambule les considérations qui poussent les cocontractants à conclure leur accord. De toute façon, la volonté contractuelle n'existe qu'à travers un mode d'expression et, s'il est vrai que le consensualisme suppose que celle-ci peut être exprimée de n'importe quelle façon, il a toujours été nécessaire, ne serait-ce que parce que le droit de la preuve l'exige, lorsque les parties au contrat ne sont pas d'accord pour reconnaître son existence. C'est pourquoi le contrat doit être écrit. L'exigence de l'écrit se retrouve dans la quasi-totalité des contrats au point d'affirmer que le droit commercial et plus précisément le droit des contrats commerciaux est consensuel car le nombre et la diversité des actes et de leur valeur économique s'opposent à la lenteur et à la complication qui caractérisent la rédaction d'un écrit dans chaque opération commerciale.

Si la majorité des contrats commerciaux sont donc des contrats consensuels qui n'exigent aucune forme particulière pour sa validité, l'article 397 du code de commerce marocain dispose en revanche que « *le contrat d'agent commercial et, le cas échéant ses avenants sont établis par écrit* ». Malgré ce texte, la rédaction de cet acte n'est toutefois pas une condition de validité du contrat d'agence commerciale, puisque ce dernier est également un contrat consensuel. Cependant, le consensualisme du contrat d'agence commerciale fait que l'agent commercial est dans le rapport contractuel la partie la plus faible. C'est la raison pour laquelle l'écrit imposé par l'article 397 du code de commerce marocain dans la conclusion du contrat semble répondre à la fois à des impératifs de sécurité juridique et d'ordre public économique. C'est cette nécessité de protéger le consentement de l'agent commercial que le

code de commerce marocain exige, pour la validité de stipulations minorant ses droits, un écrit. Cette exigence de l'écrit semble être justifiée dans deux situations juridiques, celle de la renonciation de la loi d'une part et celle clause de non-concurrence post-contractuelle d'autre part.

La première situation est prévue à l'article 394 du code de commerce marocain qui dispose que « *lorsque l'activité commerciale est exercée accessoirement à un contrat dont l'objet principal est autre, les contractants peuvent décider que les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas à la partie du contrat relatif à l'agence commerce* ». Ce texte met en œuvre la faculté de ne pas appliquer le statut des agents commerciaux à ceux qui exercent les activités d'agent commercial considérées comme accessoires. Ici le texte institue un formalisme protecteur de l'agent commercial. La seconde situation est prévue à l'article 403 du code de commerce marocain qui dispose que « *le contrat peut imposer à l'agent commercial une obligation de non-concurrence après la cessation du contrat* ». Cette clause vise à neutraliser l'agent commercial après le contrat « *pour une durée qui ne peut excéder deux ans après la cessation du contrat* ». Sa validité est conditionnée à l'établissement d'un écrit et doit concerner « *le secteur géographique ou le groupe de personne déterminé ainsi que le type de biens et de services pour lequel l'agent commercial exerce la représentation en vertu du contrat* ».

Le code de commerce marocain organise une obligation de coopération dans le contrat d'agence commerciale. Cette obligation est conforme à « *l'intérêt commun des parties* ». A cette obligation, les parties sont liées par une autre obligation, l'« *obligation réciproque de loyauté et d'information* ». Toutes ces obligations demeurent tout au long du contrat d'agence commerciale.

Qu'en est-il de l'exécution du contrat ?

§2. L'exécution du contrat d'agence commerciale

Les effets de droit produits par le contrat d'agence commerciale sont des obligations. En exécution d'un mandat permanent, ces obligations sont ordonnées par la finalité commune à laquelle l'agent commercial et le mandant doivent consacrer l'un et l'autre leurs efforts durables pour conquérir ou maintenir la part de marché. L'exécution du contrat d'agence commerciale résulte de l'article 395 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain qui dispose que « *l'agence commerciale est conclue dans l'intérêt commun des parties* ». L'alinéa 2 de ce texte ajoute des corollaires de cet intérêt commun en disposant qu' « *Elles (les parties) sont liées par une obligation réciproque de loyauté et d'information* ». Il s'agit là de devoirs réciproques

évidents. La loyauté, c'est informer l'autre afin que chacun puisse tout au long de la collaboration agir au mieux pour l'intérêt commun des parties. L'alinéa 3 de ce texte quant à lui dispose que « *le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'accomplir sa mission, que celui-ci doit remplir en bon professionnel* ». L'article 395 du code de commerce marocain pose les principes directeurs, combinés les articles 879 et suivant du Dahir des Obligations et Contrats relatifs au mandat, qui gouvernent les obligations de chaque partie dans le contrat d'agence commerciale. Contrat consensuel, le contrat d'agent commercial est aussi un contrat synallagmatique créant des obligations réciproques à la charge de l'agent commercial et du mandant qu'il convient d'analyser.

D'abord, les obligations de l'agent commercial sont celles qui pèsent sur un mandataire et ne présentent aucune originalité par rapport aux obligations que le droit commun du mandat attribue à tout mandataire. Ces obligations sont de deux sortes, d'une part l'agent commercial doit exécuter sa mission et d'autre part doit rendre compte. Ce sont là des obligations de faire, c'est-à-dire accomplir un acte juridique au profit du mandat. C'est le but poursuivi par le contrat d'agent commercial. Cette obligation de l'agent commercial d'exécuter sa mission comporte, comme dans le cas d'un mandataire ordinaire, trois aspects. Le premier aspect est que l'agent commercial doit respecter les instructions données par le mandant. Le second aspect est qu'il doit agir avec diligence. Enfin le troisième aspect il, comme le mandant, doit se comporter loyalement.

L'agent commercial « *s'engage à négocier ou à conclure...* », et dans l'exécution de cette obligation il dispose d'une liberté celle d'être un professionnel indépendant. Dans l'accomplissement de cette obligation, il doit faire preuve de diligence. Cette exigence est exprimée expressément à l'article 395 alinéa 3 du code de commerce qui indique « *doit remplir (cette obligation) en bon professionnel* ». A cela, l'agent commercial doit, comme dans tout contrat, communiquer à son mandant toute « *information* » nécessaire à l'exécution de son contrat. A ce titre, il doit dans le droit fil de son devoir « *de loyauté* » assurer également la confidentialité des informations concernant la stratégie commerciale du mandant. Il est alors tenu d'une obligation de moyens, obligation de tout mandataire ordinaire. Reste cependant à déterminer les informations que l'agent commercial doit porter à la connaissance du mandant. Sur ce point le code de commerce marocain ne dit rien. Il y a là un vide juridique. De plus, l'agent commercial est en principe tenu selon l'article 403 du code de commerce d'une obligation de non-concurrence. C'est ici une des conséquences de l'obligation de loyauté et de l'intérêt commun puisque les contractants doivent unir leurs efforts pour conquérir ou maintenir une part de marché. La violation de cette obligation

justifiera alors la rupture du contrat en ce qu'elle constitue une atteinte à la loyauté que se doivent les contractants.

Contrat synallagmatique, le mandant est tenu également à des obligations vis-à-vis de l'agent commercial. Les rapports contractuels entre le mandant et l'agent commercial sont régis à l'article 395 alinéa 2 du code de commerce marocain qui prévoit à l'égard des contractants « *une obligation réciproque de loyauté et un devoir d'information* ». Par ce texte, le mandant est tenu de collaborer à l'exécution de la mission par l'agent commercial. Il doit selon l'article 395 alinéa 3 du code commerce « *mettre l'agent commercial en mesure d'accomplir sa mission* », mais également de payer l'agent commercial la rémunération convenue. Le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat. Agissant au nom et pour le compte du mandant, l'agent commercial ne peut donc le représenter que s'il reçoit tout au long de la vie contractuelle des instructions complètes. Le mandant a l'obligation de communiquer à l'agent commercial les informations nécessaires à l'exécution du contrat. Pour y parvenir, il doit mettre à sa disposition tout document utile sur les produits ou services objets du contrat d'agence commerciale. Le mandant est tenu aussi, comme l'agent commercial, à une obligation de loyauté à son égard.

En tant que mandataire professionnel, l'agent commercial intervient à titre onéreux. C'est l'obligation du mandant de rémunérer l'agent commercial par des commissions. La commission est définie à l'article 398 alinéa 2 du code de commerce. Les parties disposent d'une totale liberté dans la détermination du montant de la rémunération, c'est-à-dire, en règle générale, du taux de la commission. Si elles n'ont pas déterminé ce montant, le contrat est néanmoins valable et l'agent commercial a selon l'article 398 alinéa 2 du code de commerce droit à une rémunération « *raisonnablement fixée par le tribunal compte de l'ensemble des éléments de l'opération* ». Pour toute opération commerciale conclue pendant la durée du contrat, l'agent commercial a droit à la commission selon l'article 399 alinéa 1^{er} du code de commerce marocain « *lorsque l'opération a été conclue grâce à son intervention* » ou « *lorsqu'elle a été conclue avec un tiers dont il a obtenu antérieurement la clientèle pour des opérations du même genre* ».

Après la cessation du contrat d'agence commerciale, l'agent commercial a droit à la commission si l'une des trois conditions prévue par l'article 400 du code de commerce marocain est remplie à savoir :

- si « *l'opération est principalement due à l'activité qu'il a déployée au cours de l'exécution du contrat d'agence et a été conclue dans un délai d'un an à compter de la cessation du*

contrats». Cette fois, le résultat de l'activité antérieure ne se produit qu'après la fin du contrat, mais dans « un délai de un an ». Il va de soi que le mandant ne doit pas payer deux fois la commission ;

- si « *l'ordre du client a été reçu par le mandant ou par l'agent commercial avant la cessation du contrat d'agence* », ce qui est bien normal puisque, si le paiement de la commission est postérieur à la cessation du travail, le résultat de l'activité de l'agent commercial est acquis auparavant ;
- si le précédent agent commercial reçoit la commission sur une affaire, le nouvel agent ne peut y prétendre « *à moins que les circonstances ne rendent équitable de partager la commission entre les deux agents commerciaux* ».

Pour déterminer le moment de l'acquisition du droit à commission, celui naît selon 401 du code commerce marocain « *dès que le mandant a exécuté l'opération* » ; « *ou devrait l'avoir exécutée en application de l'accord conclu avec le client* » ; « *ou bien encore dès que le client a pour sa part exécuté l'opération* ». C'est au moins chaque trimestre que le paiement de la commission doit être effectué et selon l'article 401 alinéa 2 du code de commerce marocain « *au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel elle a été acquise* ». Enfin, l'extinction du droit à la commission ne peut résulter que de la seule certitude de l'inexécution du contrat entre le client et le mandant, pour autant que selon l'article 401 alinéa 3 du code de commerce marocain « *l'inexécution n'est pas imputable au mandant* ».