

Revue franco-marocaine de droit des affaires

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne · Université Euromed de Fès – UEMF

N° 1 · Avril 2026

PARTIE I

Dossier

Le secret des affaires

PARTIE II

Articles

*K. Adyel · S. El Hajoui · S. El Mernissi · Z. Gaouane · G. Iraqi & M. Bouzoubaa
M. Kettani & A. Bennani · C. Khayat & M. Brossard · B. Koch & G. Roche
D. Mainguy · B. Chakouri · H. Alhoussari · T. Blangis · H. Cherfaoui*

PARTIE III

Jurisprudence

Assemblée plénière · Chambre civile · Chambre commerciale · Chambre sociale

Revue franco-marocaine de droit des affaires

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne · Université Euromed de Fès – UEMF

Numéro	1 (Avril 2026)
ISSN	3119-6780
Dépôt légal	2026PE0011
Éditeur	Université Euromed de Fès (UEMF) et Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Périodicité	Semestrielle
Site	https://revue.mda-euromed.com/
Contact rédaction	https://revue.mda-euromed.com/contact/

Direction scientifique et de la publication	François-Xavier LUCAS, <i>Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>
Directeur de la publication	Khadija ESSAFI, <i>Professeur à l'Université Euromed de Fès</i>
Rédacteur en chef	Hamza CHERFAOUI, <i>Doctorant contractuel à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>
Concepteur	Nathan BÉRIDOT, <i>Docteur de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne</i>
Comité de rédaction	Nathan BÉRIDOT, <i>Docteur de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne</i> Thomas BLANGIS, <i>Docteur de Nantes Université</i>

Comité scientifique

Mathias AUDIT

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pascal BEAUVAIS

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Martine BÉHAR-TOUCHAIS

Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Philippe BRIAND

Professeur à l'Université de Nantes

David CHILSTEIN

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Jean-Pierre CLAVIER

Professeur à Nantes Université

Rémi DALMAU

Professeur à l'Université de Lorraine

Philippe DUPICHOT

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Saad EL MERNISSI

Associé, Cabinet Figes Mernissi

Bertrand FAGES

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Cyril GRIMALDI

Professeur à l'Université Paris 13

Azzedine KETTANI

Professeur de droit, Founding Partner, Kettani Law Firm

Thomas LE GUEUT

Professeur à l'Université de Montpellier

Rémy LIBCHABER

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

François-Xavier LUCAS

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Daniel MAINGUY

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Etienne NSIE

Professeur à l'Université Omar Bongo de Libreville

Philippe PÉTEL

Professeur à l'Université de Montpellier

Didier PORACCHIA

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Thierry REVET

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Moulay Mohamed Lahbib RHALIB

Professeur universitaire, Vice-doyen chargé de la recherche scientifique et de la coopération à la FSJES AC Casablanca

Maryline SADOWSKY

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Déborah SAHEL

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Leila SLASSI

Founding Partner, Afrique Advisors

Philippe STOFFEL-MUNCK

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Toute reproduction, même partielle, est interdite sans l'autorisation expresse des éditeurs.

Sommaire

Une nouvelle revue pour le droit des affaires	6
<i>François-Xavier Lucas</i>	

PARTIE I	DOSSIER
<i>Le secret des affaires</i>	

Rapport introductif	11
<i>Hélène Skrzyptniak</i>	
Quelle protection au sein de l'entreprise et dans les relations commerciales ?	37
<i>Karl Lafaurie, Elias Khrouz, Cédric Dubucq, Laila Slassi, Martine Behar-Touchais</i>	
Comment concilier protection du secret des affaires et droit à la preuve ?	29
<i>Hélène Skrzyptniak, Philippe Julien, Jean-Pierre Clavier</i>	
L'articulation du secret des affaires et des autres secrets	17
<i>Valérie Malabat, Christophe Rapin, Cyril Bonan, Elias Khrouz</i>	
Propos conclusifs	49
<i>Valérie Malabat</i>	

PARTIE II	ARTICLES
------------------	-----------------

L'arbitrage en droit du sport national et international : approche comparée franco-marocaine	57
<i>Karim Adyel</i>	
Actualité juridique récente du secteur du sport à l'épreuve de la Coupe du Monde 2030	63
<i>Sanae El Hajoui</i>	
Loi n° 86-12 relative aux partenariats public-privé : entre ambition normative et réalités pratiques	69
<i>Saad El Mernissi</i>	
État des lieux de la réglementation ENR au Maroc — une ouverture encadrée à l'épreuve de l'architecture du secteur électrique	73
<i>Zineb Gaouane</i>	
La structuration contractuelle des partenariats public-privé à l'épreuve des risques et des garanties juridiques liés aux projets d'infrastructures	77
<i>Ghiyta Iraqi et Meryem Bouzoubaa</i>	
Cybersécurité au Maroc : des fondations solides à l'épreuve des nouveaux défis numériques	83
<i>Mehdi Kettani et Alya Bennani</i>	
L'examen des opérations de concentrations sous les seuils de notification au Maroc : perspectives et opportunités d'évolution	87
<i>Corinne Khayat et Maïja Brossard</i>	
La conformité réglementaire au Maroc : entre contraintes, risques et opportunités	95
<i>Bertrand Koch et Guillaume Roche</i>	
Les infractions contre les casques bleus : une perspective de droit international	101
<i>Daniel Mainguy</i>	
La due diligence en droit comparé franco-marocain : d'une pratique transactionnelle à un standard de conduite, de preuve et de gouvernance	107
<i>Belkacem Chakouri</i>	
Le manquement au devoir d'information comme motif légitime suffisant de révocation judiciaire	113
<i>Houda Alhoussari</i>	

Quelques précisions sur l'autonomie de la garantie à première demande en procédure collective	119
<i>Thomas Blangis</i>	

L'estoppel face à l'emprise de la faillite	123
<i>Hamza Cherfaoui</i>	

PARTIE III

JURISPRUDENCE

– ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Cass. M. Ass. plén., 3 octobre 2022, n° 2015/1/3/373	133
---	-----

– CHAMBRE CIVILE

Cass. M. Civ., 13 février 2024, n° 1203/1/1/2022	133
---	-----

– CHAMBRE COMMERCIALE

Cass. M. Com., 08 novembre 2023, n° 2022/1/3/1486	134
--	-----

Cass. M. Com., 22 mars 2023, n° 2021/1/3/240	134
---	-----

Cass. M. Com., 1^{er} novembre 2023, n° 2022/1/3/1488	135
--	-----

Cass. M. Com., 23 juin 2015, n° 2016/1/3/198	136
---	-----

Cass. M. Com., 04 octobre 2023, n° 2023/1/3/495	136
--	-----

Cass. M. Com., 3 mai 2023, n° 2022/3/3/812	137
---	-----

Cass. M. Com., 20 décembre 2023, n° 2021/1/3/1382	138
--	-----

Cass. M. Com., 23 juillet 2025, n° 2024/1/3/1928	139
---	-----

Cass. M. Com., 15 novembre 2023, n° 2022/1/3/1256	139
--	-----

Cass. M. Com., 30 juin 2022, n° 2021/1/3/464	140
---	-----

Cass. M. Com., 25 janvier 2023, n° 2021/1/3/1510	141
---	-----

Cass. M. Com., 29 novembre 2023, n° 2021/1/3/1341	141
--	-----

– CHAMBRE SOCIALE

Cass. M. Soc., 06 mai 2025, n° 2022/1501/3189	142
--	-----

Cass. M. Soc., 24 juin 2025, n° 2023/1/5/3987	143
--	-----

Éditorial

Une nouvelle revue pour le droit des affaires



François-Xavier LUCAS

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne et à l'Université Euromed de Fès

Parmi les grands chantiers de modernisation du Maroc, l'objectif de le doter d'un droit des affaires offrant un cadre propice à la vie des affaires et au développement économique constitue une priorité. Créer des juridictions commerciales performantes, réformer le droit des contrats pour le rendre plus lisible et adapté aux attentes des entreprises, créer le cadre propice à l'émission de valeurs mobilières permettant de financer l'activité économique, doter le pays d'un vrai droit de la restructuration des entreprises propre à redresser celles qui peuvent l'être (et ainsi oublier le cauchemar de la SAMIR...), adapter la législation aux enjeux du numérique et de l'IA sont autant de chantiers qui doivent être ouverts pour poursuivre l'impressionnant développement que connaît déjà le Royaume.

Cet objectif en appelle un autre nécessairement car, au-delà de l'amélioration de la qualité du droit, se pose la question de l'accès aux sources de ce droit qui doit être connu pour être appliqué correctement. Dans un pays dont la Haute juridiction ne publie pas de manière systématique ses décisions, c'est un défi de se procurer les décisions qu'elle rend et un vrai enjeu de prévisibilité de la règle de droit particulièrement lorsqu'elle est d'origine jurisprudentielle. Sur des questions aussi importantes de savoir ce qu'est un juste motif de révocation d'un dirigeant, un état de cessation des paiements ou un acte de concurrence déloyale, seule la jurisprudence peut venir éclairer et compléter la loi qui, en la matière comme dans beaucoup d'autres, se borne à poser des principes généraux sans entrer dans les détails de leur interprétation. C'est au juge, « législateur des cas particuliers », d'apporter les précisions requises pour la mise en œuvre des qualifications juridiques, ce qui impose que les décisions que rend ce juge puissent être connues mais aussi expliquées, commentées, voire critiquées. Un tel dialogue entre la loi, la jurisprudence et la doctrine ne peut qu'améliorer la qualité du droit positif, dans l'intérêt du justiciable. A l'inverse, le mystère qui entoure les décisions de justice vient miner l'efficacité du système juridique tout entier. Ne pas connaître la source jurisprudentielle parce que les arrêts, qui ont pu être rendus sur les questions dont il s'agit de percer les secrets, sont demeurés confidentiels crée une insécurité juridique doublée d'une rupture d'égalité dans l'accès au droit et en définitive dans l'accès au juge, puisque ce n'est rien de moins que le droit au procès équitable qui est menacé lorsque les plaideurs ne sont pas assurés de connaître la règle de droit qui va les départager.

C'est dire l'intérêt qu'il y a à susciter une production doctrinale de qualité sur les questions les plus importantes du droit des affaires, traitées sous un angle pratique dans le but d'offrir une contribution utile aux praticiens. C'est l'objet de cette nouvelle revue franco-marocaine de droit des affaires dont nous avons plaisir à introduire le premier numéro. Éditée à un rythme semestriel, cette revue poursuit une triple ambition : approfondir la connaissance du droit marocain des affaires dans toutes ses dimensions, en particulier en diffusant la jurisprudence marocaine, favoriser un dialogue enrichissant entre les systèmes juridiques français et marocain et contribuer à l'émergence d'une doctrine marocaine portée par une nouvelle génération de juristes manifestant un intérêt particulier pour la dimension pratique du droit des affaires. S'intéressant à tous les domaines du droit des affaires, elle accordera une importance particulière à la jurisprudence de la Cour de cassation marocaine, dont elle ambitionne de diffuser les arrêts auprès d'un public francophone, en les traduisant et en les commentant. Des contributions portant sur des sujets pratiques et d'actualité compléteront ce travail d'arrêtiste. Pour livrer cette doctrine féconde, il sera fait appel aux meilleures plumes marocaines et françaises, qu'il s'agisse de praticiens du droit ou d'universitaires. Ce premier numéro illustre les ambitions de la revue. Il est l'occasion de publier les actes d'un important colloque qui s'est tenu à l'université Euromed de Fès le 10 octobre 2025 sur le thème d'une grande actualité en France du « Secret des affaires », dont il a été possible de mesurer les implications au Maroc. Il accueille aussi la traduction de nombreux arrêts de la Haute juridiction marocaine, enrichis pour certains d'un commentaire, et de toute une série de contributions sur des thèmes variés du droit du sport, de l'arbitrage, de la faillite, des sûretés ou des sociétés ou encore du droit public des affaires.

Nous ne pouvons achever la présentation de cette nouvelle source doctrinale marocaine sans dire ce qu'elle doit au talent, à l'abnégation et à la ténacité de son rédacteur en chef, Hamza Cherfaoui, qui s'étant passionné pour cette entreprise éditoriale, a su faire partager son enthousiasme et surmonter toutes les difficultés qui auraient pu compliquer la mise en œuvre d'un tel projet. Qu'il soit remercié, de même que tous les auteurs qui ont accepté de contribuer à ce premier numéro et de livrer ces belles contributions que nous avons la grande satisfaction de publier.

DOSSIER

Le secret des affaires

Association Henri Capitant · Fès, Maroc

Rapport introductif	p. 11
<i>Hélène Skrzypniak</i>	
Quelle protection au sein de l'entreprise et dans les relations commerciales ?	p. 37
<i>Karl Lafaurie, Elias Khrouz, Cédric Dubucq, Laila Slassi, Martine Behar-Touchais</i>	
Comment concilier protection du secret des affaires et droit à la preuve ?	p. 29
<i>Hélène Skrzypniak, Philippe Julien, Jean-Pierre Clavier</i>	
L'articulation du secret des affaires et des autres secrets	p. 17
<i>Valérie Malabat, Christophe Rapin, Cyril Bonan, Elias Khrouz</i>	
Propos conclusifs	p. 49
<i>Valérie Malabat</i>	

Rapport introductif

Hélène SKRZYPNIAK

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux, co-auteur du rapport Capitant

1. - Le rapport Capitant sur le secret des affaires¹ s'inscrit dans une réflexion collective menée autour d'un thème dont l'actualité juridique, économique et politique ne se dément pas. Son objectif est de proposer une analyse approfondie du droit français de la protection du secret des affaires ainsi que des enjeux que cette législation soulève pour la pratique et la doctrine². L'élaboration de ce rapport a été conduite sous la direction scientifique de Valérie Malabat et d'Hélène Skrzypniak, avec la participation de nombreux contributeurs issus du monde académique et professionnel. Cette démarche collective a permis de croiser les approches théoriques et pratiques, dans un domaine où le droit cherche encore son équilibre entre la nécessaire protection des intérêts économiques et le respect des principes fondamentaux de transparence et de liberté d'expression. Avant d'en présenter les principaux enseignements, il importe de revenir sur les raisons qui ont motivé sa rédaction et sur le contexte dans lequel il s'inscrit.

2. - **Le contexte.** La raison première repose sur un constat : celui de l'importance que revêt aujourd'hui l'information devenue l'un des premiers biens stratégiques des entreprises. Elle est au cœur de la compétitivité économique, mais aussi, parfois, de véritables logiques de guerre économique. Aussi, et très logiquement, la question de sa protection – et plus particulièrement celle du secret des affaires – a attiré, depuis plusieurs années déjà, l'attention des praticiens, des législateurs, et, bien sûr, celle de la doctrine. C'est dans le prolongement de ces réflexions que l'Union européenne a adopté la directive du 8 juin 2016 re-

lative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées³. Pourquoi cette directive ? Parce que l'Union européenne a constaté, au début des années 2010, une insécurité juridique croissante en matière de protection des informations économiques stratégiques. Les entreprises européennes dénonçaient une vulnérabilité accrue face à l'espionnage industriel, aux cyberattaques et aux appropriations illicites de savoir-faire. Cet accroissement des pratiques d'espionnage industriel s'est fait dans un contexte dans lequel chaque État membre de l'Union avait ses propres règles, plus ou moins protectrices, ce qui créait une fragmentation juridique et un risque de forum shopping. L'Europe, qui ne disposait pas d'un cadre clair, se trouvait alors en retrait par rapport à d'autres États, comme les États-Unis, où le Defend Trade Secrets Act de 2016⁴, avait considérablement renforcé la protection des secrets des affaires. La directive de 2016 s'est donc donnée un double objectif. Celui, d'abord, d'harmoniser la protection en Europe, afin d'assurer un niveau commun de sécurité juridique aux entreprises. Celui, ensuite, de renforcer la compétitivité et l'innovation, en donnant aux acteurs économiques la garantie que leurs informations stratégiques pourraient être protégées efficacement contre toute appropriation illicite.

3. - Cette directive a été transposée en France par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires⁵. Or, très vite, cette loi a suscité de vives discussions. On lui a, notamment, reproché une définition incertaine du secret d'affaires, une difficulté d'articulation avec d'autres secrets protégés, une efficacité

1. *La protection du secret des affaires*, dir. V. Malabat et H. Skrzypniak, Les grands rapports de l'Association Capitant, vol. 1, Lextenso, 2025.

2. Le style oral de l'intervention a été conservé.

3. Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

4. Defend Trade Secrets Act of 2016, Public Law 114-153, 11 mai 2016.

5. Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires (1)

limitée ; ainsi qu'un manque de lisibilité des sanctions en cas d'atteinte. Ces critiques ont également mis en lumière une tension de fond : celle entre, d'un côté, la valorisation du secret comme actif patrimonial et outil de compétitivité, et, de l'autre, les exigences croissantes de transparence et de liberté d'expression dans une société fondée sur la circulation de l'information. C'est dans ce contexte qu'a été engagée une réflexion approfondie sur la portée, les limites et les perspectives d'évolution de ce dispositif.

4. - Les objectifs. De cette réflexion est né le rapport Capitant sur le secret des affaires, qui avait pour ambition, d'une part, de dresser un état des lieux de la mise en œuvre du droit du secret des affaires, cinq ans après son adoption, et, d'autre part, de proposer des pistes d'amélioration.

5. - La méthode. Pour parvenir à ces résultats, la méthode retenue repose sur trois piliers. D'abord, une analyse approfondie du droit positif français et de la mise en œuvre concrète de la loi de 2018. Cette analyse a été réalisée par une équipe pluridisciplinaire qui s'est réunie régulièrement durant 3 ans pour échanger sur la problématique de la protection du secret des affaires et son appréhension dans leur domaine respectif de spécialité : droit international, pénal, droit de la responsabilité civile, droit du travail, droit des entreprises en difficulté, droit économique et financier, notamment. Elle est retranscrite dans la première partie de notre rapport⁶. Ensuite, le rapport s'appuie sur une large ouverture comparative : grâce au réseau international de l'Association Henri Capitant, des données issues de nombreux pays ont pu être recueillies et ont nourri la réflexion. Ces éléments figurent dans la deuxième partie du rapport⁷. Enfin, le rapport s'inscrit dans une démarche de concertation : il a bénéficié de contributions d'universitaires et de praticiens, et a été discuté lors d'un colloque organisé à l'Université de Bordeaux. Le rapport s'inscrit dans une démarche de concertation⁸, ce qui a permis de confronter les analyses et d'enrichir les propositions. La retranscription de ces échanges se trouve dans la troisième partie du rapport⁹.

6. - Présentation. Afin de rendre compte de la démarche et des conclusions du rapport Capitant sur

le secret des affaires, seront présentés, les principaux constats dressés par le rapport (I) ainsi que les propositions d'évolution qu'il formule en vue de renforcer l'efficacité du dispositif actuel (II).

I. Les constats

7. - Au titre des constats, le rapport met en lumière les avancées issues de la loi du 30 juillet 2018 (A), tout en soulignant les limites du dispositif mis en place (B).

A. Des avancées

8. - Un cadre juridique général et unifié. Le mérite essentiel de la loi du 30 juillet 2018 est la création d'un cadre juridique général et unifié du secret des affaires, là où n'existaient auparavant que des dispositifs épars fondés sur la responsabilité civile, la concurrence déloyale ou certaines incriminations pénales. Il s'agit d'un progrès notable : le législateur français a cherché à instaurer une cohérence globale, d'abord, en définissant ce qu'est un secret des affaires, ensuite, en précisant les modalités de sa protection.

9. - La définition du secret des affaires. Une première avancée a ainsi été l'introduction en droit positif d'une définition légale du secret des affaires, aujourd'hui inscrit à l'article L151-1 du Code de commerce. Selon la loi, et conformément à la définition contenue dans la directive de 2016, une information constitue un secret des affaires si elle n'est pas « *généralement connue ou aisément accessible* », possède « *une valeur commerciale* » et a fait l'objet « *de mesures de protection raisonnables* » pour en préserver le caractère confidentiel.

10. - Des outils de protection. Le rapport souligne ensuite un deuxième progrès majeur : la mise en place de véritables outils de protection. La loi de 2018 donne en effet au juge la possibilité d'agir concrètement pour prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires. Ainsi, à titre provisoire, le juge peut suspendre l'utilisation ou la divulgation du secret, ou encore ordonner la saisie ou le placement sous séquestre des documents ou produits concernés. Et, de manière définitive, il peut interdire toute utilisation du secret, ordonner la destruction des documents litigieux, ou le

6. La protection du secret des affaires, *op.cit.*, pp.17-185.

7. *Op. cit.*, pp. 198-325.

8. « La protection du secret des affaires », (dir.) Pr. V. Malabat et H. Skrzypniak, colloque organisé le 18 octobre 2024 à Bordeaux.

9. *Op. cit.*, pp. 412-450.

retrait des produits fabriqués grâce à la violation d'un secret des affaires. La loi de 2018 innove également sur le terrain de la responsabilité civile. Le rapport présente ainsi le cadre spécifique mis en place par la loi afin de permettre à toute personne victime d'une atteinte au secret des affaires d'en demander réparation. Et, en ce domaine, la loi introduit une réelle avancée : à l'image du régime de la contrefaçon, elle autorise le juge à prendre en compte, dans le calcul des dommages et intérêts, non seulement le préjudice de la victime, mais aussi les profits réalisés par l'auteur de l'atteinte. Cette approche introduit ainsi une nouvelle exception au principe de la réparation intégrale, et ouvre la voie à une forme d'indemnisation plus dissuasive et adaptée aux enjeux économiques liés au secret des affaires.

11. - Des avancées procédurales. En parallèle, la loi renforce la protection procédurale des informations confidentielles. Elle permet désormais au juge de restreindre la publicité des débats, de limiter la communication de certaines pièces ou encore d'expurger des décisions les passages contenant des éléments relevant d'un secret des affaires. C'est un progrès significatif : il s'agit d'éviter que le procès lui-même ne devienne une nouvelle source de divulgation, aggravant le préjudice de la victime. Ainsi, la loi ne se contente pas d'assurer une protection théorique du secret des affaires : elle en garantit également la préservation tout au long du processus judiciaire.

12. - Mais si le rapport souligne ces différentes avancées dans la protection des secrets des affaires, il en relève également les limites.

B. Des limites

13. - Une analyse comparative. Le rapport Capitant met en évidence plusieurs fragilités du dispositif instauré par la loi de 2018. Ces imperfections sont mises en perspective par une comparaison avec les autres instruments juridiques existants - qu'il s'agisse du contrat, de la responsabilité civile, du droit pénal ou encore du droit de la propriété intellectuelle. Il en ressort deux limites majeures tenant, d'abord, à la délimitation de son domaine et, ensuite, aux modalités de sa protection.

14. - La définition du secret des affaires. S'agissant du domaine du dispositif mis en place par la loi de 2018,

une première difficulté tient à la définition même du secret des affaires, qui demeure source d'incertitudes. La loi reprend la définition européenne : est protégée toute information qui n'est pas généralement connue et accessible, qui présente une valeur commerciale, et qui fait l'objet de mesures raisonnables de protection. Or, en pratique, chacun de ces critères soulève des interrogations. Prenons le premier critère : celui du caractère secret de l'information. À cet égard, puisque la loi indique que l'information secrète est celle qui n'est pas « *généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* »¹⁰, il faut donc en déduire que le secret n'a pas à être absolu. Une information peut être protégée même si elle est partagée au sein d'un « cercle de confidentialité », c'est-à-dire un groupe restreint de personnes tenues à une obligation de discrétion comme les employés ou les partenaires contractuels. Toute la difficulté réside alors dans la définition de ce cercle de confidentialité. Le texte ne précise ni son étendue ni les conditions concrètes permettant de maîtriser le secret, si bien que l'appréciation est relative, et reste contextuelle, ce qui est source d'insécurité. Les mêmes incertitudes concernent le deuxième critère qui évoque l'existence d'« une valeur commerciale » : que doit-on entendre par « valeur commerciale » ? Est-ce que la valeur doit être actuelle ? Peut-elle être potentielle ? Est-ce qu'une information dite négative, c'est-à-dire une information qui ne présente pas de valeur économique en elle-même, mais dont la révélation est susceptible de porter préjudice à la société (telle que la révélation de ses difficultés financières), peut être considérée comme une information ayant une valeur commerciale ? Quant au troisième critère, celui des « mesures raisonnables », que faut-il y entendre ? Ce critère fait-il faire référence à des clauses de confidentialité ? Faut-il aller plus loin dans les mesures ? Là encore, aucune précision. Le rapport souligne alors que, faute de définition précise du secret des affaires, il reste difficile de distinguer cette notion d'autres secrets protégés par le droit français : secret professionnel, secret bancaire, information privilégiée, secret de la défense nationale... Les frontières ne sont pas toujours claires, et les juges doivent parfois arbitrer entre des logiques concurrentes.

15. - L'identification du détenteur légitime. Une autre zone d'incertitude concerne la notion de « détenteur légitime » d'un secret des affaires. La loi indique sim-

¹⁰. Art. L. 151-1 Code de commerce

plement qu'il s'agit de la personne qui a le « contrôle licite » du secret, sans préciser la nature ni l'étendue de ce contrôle. Est-il matériel, juridique ? S'agit-il d'un secret exclusif ou peut-il être partagé ? De ces questionnements découlent de nombreuses incertitudes quant à l'identification du détenteur légitime. La question se pose notamment dans les relations de travail : l'employeur détient-il toujours le secret, même lorsque celui-ci a été développé par un salarié ? Elle se pose aussi dans les réseaux d'affaires ou les partenariats : qui du franchiseur ou du franchisé, du donneur d'ordre ou du sous-traitant, peut se prévaloir du secret ? Enfin, qui peut agir en justice et demander réparation en cas d'atteinte ? La loi reste silencieuse sur ces points.

16. - Les modalités de protection. Le rapport relève aussi les limites des mesures de protection et de réparation. Il souligne ainsi le domaine limité de la protection procédurale, qui ne s'applique qu'aux juridictions civiles, commerciales et administratives, laissant de côté les juridictions pénales. S'agissant de la réparation, l'évaluation du préjudice reste complexe : les victimes peinent à démontrer la réalité de leurs pertes, les bénéfices tirés par l'auteur de la violation sont difficiles à chiffrer, si bien que, souvent, le montant des dommages et intérêts dévolus est en deçà du préjudice réellement subi par la victime. En outre, l'absence de sanction pénale réduit la portée dissuasive du dispositif. Enfin, le rapport souligne que la protection des secrets des affaires est nécessairement limitée par la conciliation avec d'autres intérêts en présence, d'autres droits et notamment la liberté d'expression, le droit de la preuve, les obligations de transparence, de communication, de déclaration... Cette articulation délicate limite, par nature, l'efficacité absolue du dispositif.

17. - À partir de ces constats, le rapport Capitant formule alors plusieurs propositions d'évolution destinées à rendre la protection du secret des affaires plus cohérente, plus efficace et mieux articulée avec les autres branches du droit.

II. Les propositions

18. - Les propositions peuvent être synthétisées autour de deux objectifs : d'une part, clarifier le cadre juridique actuel (A), d'autre part, renforcer son efficacité (B).

A. Clarifier le cadre juridique

19. - Deux points de clarification. Selon le rapport, un effort de clarification mériterait d'être porté non seulement sur les critères permettant de définir le secret des affaires, mais aussi sur ceux permettant d'identifier le détenteur légitime d'un tel secret.

20. - Les critères de définition du secret des affaires. S'agissant, d'abord, des critères de définition du secret des affaires, c'est en premier lieu le critère du caractère secret de l'information qui pourrait être affinée. À cet égard, le rapport suggère que certaines informations – par exemple les procédés techniques, les données économiques ou les stratégies commerciales – puissent bénéficier d'une présomption de secret, tout en laissant une marge de manœuvre au juge qui pourrait ainsi adapter la protection à chaque cas. Autre point important : le rapport recommande de mieux encadrer la notion de « cercle de confidentialité », notamment dans les relations de travail et les relations d'affaires, pour savoir jusqu'où le secret peut être partagé sans perdre sa protection. En second lieu, le rapport propose de préciser le deuxième critère relatif à la valeur commerciale du secret. De façon plus précise, le rapport invite à considérer comme secret « toute information non connue du secteur, précise, et de nature à affecter la performance de l'entreprise à court ou moyen terme ». Autrement dit, le secret des affaires pourrait aussi inclure des informations à valeur négative, c'est-à-dire dont la révélation aurait des effets préjudiciables sur l'activité de l'entreprise. Enfin, concernant le troisième critère tenant aux mesures de protection raisonnables, le rapport recommande de retenir des standards minimaux, comme la présence de clauses de confidentialité dans les contrats et la mise en place de dispositifs techniques de sécurité proportionnés à la valeur du secret.

21. - L'identification du détenteur légitime. S'agissant, ensuite, de la notion de détenteur légitime, le rapport propose plusieurs clarifications afin de donner à cette notion une portée plus concrète et plus sécurisante, pour que les acteurs économiques sachent précisément qui détient quoi, et qui peut se prévaloir du secret. À ce titre, il est notamment suggéré de préciser les droits respectifs de l'employeur et du salarié lorsqu'un secret est créé ou développé dans le cadre du travail, afin d'éviter les litiges internes. Une autre proposition vise à affiner la notion de « contrôle licite » : il s'agirait de définir plus clairement s'il s'agit d'un contrôle matériel, juridique, exclusif ou partagé

clairement s'il s'agit d'un contrôle matériel, juridique, exclusif ou partagé ce qui permettrait d'identifier plus clairement qui peut agir en justice en cas d'atteinte.

22. - Au-delà des définitions, le rapport insiste sur la nécessité de rendre la protection plus opérationnelle et plus dissuasive.

B. Renforcer l'efficacité du dispositif

23. - Les propositions du rapport sont d'ordre procédural et substantielle.

24. - **Sur le plan procédural**, d'abord, plusieurs propositions sont formulées, telles que la création d'un mécanisme inspiré de la saisie-contrefaçon, qui permettrait de faciliter la preuve des atteintes au secret, tout en garantissant la confidentialité des éléments saisis grâce au séquestre provisoire ; ou bien encore, l'élargissement de la protection procédurale (comme la possibilité de restreindre la publicité des débats ou de protéger certaines pièces) aux procédures pénales, qui en sont aujourd'hui exclues.

25. - **Sur le plan substantiel**, ensuite, le rapport envisage plusieurs pistes. Il est ainsi suggéré d'introduire une amende civile dissuasive, pouvant aller jusqu'à dix fois le montant du profit réalisé grâce à l'atteinte au secret. Cette amende serait indépendante de la réparation du préjudice. Elle ne vise pas à compenser une perte, mais à dissuader la violation en rendant l'atteinte économiquement non rentable. L'objectif est de neutraliser tout avantage économique tiré de l'atteinte au secret et de rétablir un équilibre entre le coût du

risque juridique et le gain potentiel résultant de la violation du secret. En revanche, le rapport écarte la création d'une incrimination pénale spécifique, estimant que la définition du secret est trop imprécise pour respecter le principe de légalité. Il envisage une autre piste pour accroître le caractère dissuasif du dispositif : renforcer les obligations de confidentialité en renvoyant explicitement à l'article 226-13 du Code pénal sur la violation du secret professionnel. Ce renvoi permettrait d'ancrer la protection du secret des affaires dans une logique de secret professionnel, déjà pénalement sanctionnée, tout en renforçant la crédibilité et l'efficacité du dispositif civil existant. Le rapport appelle aussi à renforcer la loi de blocage, pour mieux protéger les entreprises françaises soumises à des procédures de *Discovery* étrangères, notamment américaines. Enfin, il insiste sur la nécessité d'une meilleure articulation avec les autres secrets protégés, comme le secret professionnel, le secret bancaire, ou encore les informations privilégiées relevant du droit financier, afin d'éviter les chevauchements et les incertitudes d'interprétation.

26. - En définitive, le rapport Capitant dresse un bilan nuancé de la loi de 2018 : il salue la création d'un cadre général et novateur de protection du secret des affaires, tout en soulignant ses limites d'application, ses incertitudes conceptuelles et ses fragilités procédurales. Ses propositions — qu'il s'agisse d'affiner la définition du secret, de clarifier la notion de détenteur légitime ou de renforcer les outils procéduraux et les sanctions — visent toutes un même objectif : rendre la protection du secret des affaires plus prévisible, plus efficace et mieux articulée avec les autres branches du droit.

DOSSIER

Quelle protection au sein de l'entreprise et dans les relations commerciales ?

Karl LAFaurIE

Professeur à l'Université de Bordeaux, co-auteur du rapport Capitant

Elias KHROUZ

Avocat associé, cabinet Lawal (Casablanca)

Cédric DUBUCQ

Avocat associé, cabinet Bruzzo Dubucq

Laila SLASSI

Managing Partner, Afrique Advisors (Casablanca)

Martine BEHAR-TOUCHAIS

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), ancien membre du Conseil de la concurrence

1. - **Karl Lafaurie**¹. Avant de lancer le débat, il me revient d'introduire en quelques minutes le sujet afin d'en comprendre l'intérêt et les enjeux. Si une table ronde est consacrée à un thème qui pourrait paraître général — la protection du secret des affaires au sein de l'entreprise et dans les relations commerciales — c'est précisément parce que l'objet de la protection, à savoir le secret des affaires, n'est pas aussi aisé à appréhender qu'un bien au sens classique.

2. - Lorsqu'un bien est approprié, son propriétaire peut, grâce à son titre ou à la possession, opposer à quiconque son droit. Pour les biens incorporels, cette possibilité est plus complexe ; c'est d'ailleurs pour cela que des législations spéciales ont été adoptées afin de protéger leurs titulaires.

3. - Il n'est pas nécessaire que le législateur intervienne pour reconnaître aux personnes la faculté de s'approprier certaines valeurs, mais lorsque l'appropriabilité d'un élément est sujette à caution, la démonstration d'un droit ou, à tout le moins, d'un intérêt juridiquement protégé, devient plus délicate.

4. - La loi du 30 juillet 2018 a eu le mérite de clarifier

l'appropriation du secret des affaires en soumettant sa protection à des critères précis permettant d'en identifier l'objet.

5. - L'article L.151-1 du Code de commerce énonce ainsi un triple critère :

- L'information n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exact de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations dans leur secteur d'activité ;
- Elle revêt une valeur commerciale effective ou potentielle du fait de son caractère secret ;
- Elle fait l'objet, de la part de son détenteur légitime, de mesures de protection raisonnables compte tenu des circonstances pour en conserver le caractère secret.

6. - Ces critères montrent que le législateur n'a pas voulu réduire le secret des affaires à un bien stricto sensu. Certes, il a selon le texte une valeur commerciale, mais, comme l'a relevé Hélène Skrypniak, ce critère ne doit pas être appréhendé de manière trop étroite :

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

il convient aussi de protéger les informations dont la valeur — effective ou potentielle — tient à leur capacité à affecter la performance d'une entreprise. Cela explique aussi que le législateur ait préféré à la notion de propriétaire celle de détenteur légitime.

7. - L'article L.151-2 du Code de commerce définit ce dernier comme « celui qui en a le contrôle de façon licite ». En matière de secret des affaires, on évoque couramment l'entreprise comme détenteur légitime, mais il faut être plus précis : c'est la personne juridique — physique ou morale — qui pourra agir en justice pour obtenir la cessation des atteintes et la réparation du préjudice subi. La spécificité du secret des affaires tient à ce qu'il doit circuler un minimum pour avoir une utilité et être exploité. Contrairement à d'autres secrets, comme ceux de la vie privée, il a besoin d'être communiqué.

8. - Un premier facteur de communication du secret repose sur la pluralité des personnes qui peuvent être considérées comme membres de l'entreprise, sans être confondues avec la personne morale détentrice du secret. Dans l'exercice de leurs fonctions, les salariés, associés ou dirigeants peuvent avoir accès à des informations relevant du secret des affaires; ils doivent alors s'abstenir de toute utilisation ou divulgation non autorisée par le détenteur légitime, c'est-à-dire la société.

9. - Un second facteur de communication repose sur les liens entre entreprises distinctes. Les informations peuvent circuler plus librement que des œuvres protégées ou des inventions brevetées. Même si la loi offre aujourd'hui une protection automatique aux informations à caractère confidentiel, il reste important d'identifier ces informations et d'en préciser, par contrat, le contenu et les conditions de protection, surtout lorsqu'elles sont partagées entre entreprises ou avec des partenaires.

10. - Cela conduit à la dernière question qui sera plus précisément l'objet de nos discussions : comment protège-t-on une information susceptible d'être couverte par le secret des affaires? Le cadre de la protection découle naturellement du dispositif légal issu de la loi du 30 juillet 2018 et inscrit aux articles L.151-1 et suivants du Code de commerce. Il conviendra d'en préciser les contours pour comprendre comment cette protection légale s'articule avec les autres moyens de protection — qu'il s'agisse de la propriété industrielle ou des techniques contractuelles, lesquelles ont sou-

vent précédé la loi.

11. - Une fois le cadre de la protection ainsi exposé dans le premier temps de cette table ronde, il sera possible de s'intéresser à sa mise en œuvre plus concrète, pour laquelle le contexte a une incidence déterminante. On pourra alors se demander s'il existe une pluralité de membres au sein de l'entreprise, une circulation du secret en son sein, et surtout si cette entreprise entretient des relations avec des partenaires avec lesquels elle partage ce secret.

12. - Après le cadre de la protection viendra donc le temps d'envisager le contexte de sa mise en œuvre. Mais, pour commencer avec le cadre de la protection, deux questions mériteront d'être abordées.

13. - La première sera celle de la comparaison entre la protection du secret des affaires et celle offerte par le droit de la propriété industrielle. Sur ce sujet, j'aimerais entendre Maître Elias Khrouz, dont l'exposé nous nourrira sans nul doute de cette articulation essentielle.

14. - **Elias Khrouz.** Vous avez déjà évoqué une première problématique, celle de la catégorisation du secret des affaires : s'agit-il d'un bien, ou bien d'une autre forme d'actif informationnel? Cette question est essentielle, et son prolongement conduit directement à interroger la place du secret des affaires par rapport au droit de la propriété intellectuelle.

15. - Cette interrogation a été présente dès l'origine, aussi bien lors de la rédaction de la directive européenne que lors de la rédaction des dispositions de l'Accord ADPIC relatives à la protection des informations non divulguées, lesquelles avaient alors été rattachées à la notion de concurrence déloyale. Elle se retrouve également dans les travaux des législateurs chargés de transposer ces textes.

16. - C'est une question complexe. Pour simplifier, une grande partie de la doctrine considère que le secret des affaires ne relève pas, stricto sensu, de la propriété intellectuelle. Je partage plutôt cette analyse. Mais une autre partie de la doctrine estime que la protection du secret des affaires emprunte suffisamment de caractéristiques à la propriété intellectuelle pour en constituer une sorte de « frère jumeau ».

17. - En réalité, la qualification n'est pas seulement théorique : elle entraîne des réflexes juridiques dif-

férents. Si je me place en conseil juridique d'entreprise, la lecture de la directive ou de la loi française n'entraîne pas de difficulté particulière. En revanche, lorsque je me place en spécialiste du droit de la propriété intellectuelle, l'inconfort est réel. La propriété intellectuelle repose sur des critères clairs, sur des régimes éprouvés depuis plus de deux siècles, sur des exceptions précises et sur une jurisprudence abondante. On sait précisément ce qui est protégé, dans quelles limites et selon quelles modalités.

18. - À l'inverse, le secret des affaires suscite aujourd'hui plus de questions qu'il n'apporte de réponses. Son périmètre est encore en cours de consolidation, et c'est sans doute dans les années à venir, par l'effet combiné de la doctrine, du contentieux et éventuellement du législateur, que les contours de la protection se préciseront.

19. - Cette comparaison théorique a par ailleurs des implications très pratiques. Lorsqu'une entreprise innove, une question se pose immédiatement : faut-il protéger l'innovation par un droit de propriété intellectuelle — en particulier un brevet — ou bien recourir au secret des affaires ? Il est devenu classique de présenter aux entreprises les avantages et les inconvénients de chacune de ces voies.

20. - Le brevet présente l'avantage d'une opposabilité claire aux tiers, d'un périmètre de protection défini par les revendications, et de moyens d'action particulièrement efficaces, comme les mesures de saisie-contrefaçon, qui permettent d'obtenir la preuve d'une atteinte en forçant l'accès aux locaux d'une entreprise. À l'inverse, la protection par le secret des affaires n'est pas limitée dans le temps et, surtout, n'implique aucune obligation de divulgation.

21. - Or, la divulgation est un élément central du brevet : le monopole est accordé en contrepartie d'un enrichissement de l'état de la technique. Une invention brevetée doit être décrite de manière suffisamment précise pour qu'un spécialiste du domaine puisse la reproduire à l'expiration du brevet. Ce principe n'existe pas pour le secret des affaires, ce qui explique que certaines entreprises préfèrent le secret à la divulgation.

22. - Il faut toutefois souligner que le choix n'est pas binaire : il peut s'agir d'utiliser le secret des affaires en amont du dépôt d'un brevet, ou en complément d'un titre de propriété intellectuelle. C'est souvent ainsi que se construisent les stratégies efficaces.

23. - Reste une difficulté majeure : la délimitation du périmètre du secret d'un tiers. En propriété intellectuelle, le périmètre est fixé par le titre. En matière de secret des affaires, par définition, on ne sait pas ce qui est protégé. Or la loi impose de prêter attention au secret des autres. J'ai le sentiment qu'à ce stade, il est difficile, techniquement, de déterminer ce qui relève du secret d'un concurrent. Cela crée un risque d'atteinte non intentionnelle, voire de bonne foi.

24. - Enfin, se pose la question de l'équilibre des intérêts en présence. En propriété intellectuelle, cet équilibre est assuré par les exceptions, par la limitation de durée, et par la définition des critères de protection. Pour le secret des affaires, la question reste ouverte : comment garantir que la protection du secret ne portera pas atteinte à la liberté de la concurrence, à la liberté d'innovation ou encore à l'accès à l'information ?

25. - Ce sont ces problématiques qui, selon moi, structurent la comparaison entre propriété intellectuelle et secret des affaires.

26. - Cédric Dubucq. Il existe, en amont, une attente très forte des dirigeants lorsqu'il s'agit de protéger le secret des affaires. Lorsqu'un secret est violé, l'auteur de la violation se comporte comme un parasite, au sens biologique du terme : il se nourrit d'un organisme sain. Le dirigeant attend donc une réponse juridique et indemnitaires particulièrement ferme.

27. - Avant la réforme, pour reprendre la question soulevée, nous disposions essentiellement de deux voies. La propriété intellectuelle, d'une part, permettait parfois de pallier certaines atteintes. Mais dès lors qu'un brevet est publié, le secret disparaît nécessairement. D'autre part, s'agissant des informations confidentielles non couvertes par un titre de propriété intellectuelle, aucun véritable régime juridique cohérent n'existait.

28. - On recourait alors à la technique contractuelle, en imposant des engagements de confidentialité, les fameux NDA. Mais, en réalité, ces engagements étaient souvent inefficaces. Pour le dire simplement, ils étaient signés par usage plus que par conviction. Et lorsque les clients demandaient ce qu'ils assuraient réellement, il était difficile de répondre, car le régime indemnitaires ne suivait pas.

29. - La victime se heurtait à une véritable *probatio diabolica* lorsqu'il s'agissait de démontrer son préjudice.

Selon la conjoncture économique, on pouvait toujours expliquer la situation autrement que par la violation du secret. Ainsi, le système demeurait largement inopérant. Et cela, alors même que l'espionnage industriel et les pratiques offensives se multipliaient dans un contexte de guerre économique.

30. - Aujourd'hui, avec l'instauration du droit du secret des affaires, nous disposons d'un régime qui s'applique de plein droit. Il reste nécessaire de démontrer les trois conditions prévues par la loi, ce qui suppose de la rigueur, mais la protection est enfin structurée.

31. - Deux observations à ce sujet.

32. - Première observation : que faire lorsque les trois conditions ne peuvent pas être pleinement réunies, mais que l'on souhaite néanmoins bénéficier de la protection du régime ? Il est possible d'ajouter aux engagements de confidentialité une clause par laquelle les parties conviennent expressément de soumettre l'information au régime du secret des affaires. C'est aujourd'hui une pratique courante. Elle a un effet dissuasif réel : en cas de violation, la responsabilité de l'auteur pourra être engagée et l'on pourra solliciter une indemnisation fondée sur la faute lucrative, ce qui ouvre des perspectives intéressantes pour la victime.

33. - Deuxième observation : le régime issu du droit du secret des affaires bouscule nos catégories classiques de responsabilité. Une jurisprudence de la cour d'appel de Paris, du 4 juin 2019, l'illustre bien. Dans cette affaire, après la fin d'un contrat de licence, l'auteur du manquement a été condamné sur le fondement de la contrefaçon, permettant ainsi de confisquer le profit illicitement obtenu. On applique donc, dans un même mouvement, des éléments relevant à la fois de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Le régime devient hybride, ce qui permet une action plus efficace pour démontrer et réparer le préjudice.

34. - Je m'arrête là pour l'instant.

35. - **Karl Lafaurie**. Comme cela vient d'être souligné, la réforme permet désormais de préférer la loi au contrat lorsque la protection porte sur des éléments relevant du secret des affaires. Le contrat n'est plus l'unique instrument d'anticipation, et la clause pénale, souvent difficile à calibrer, n'est plus nécessairement centrale. La simple référence aux articles L.151-1 et suivants du Code de commerce suffit à renforcer l'engagement de confidentialité.

36. - Dès lors, le cadre étant posé, il convient de s'attacher aux instruments concrets de protection du secret au sein de l'entreprise. En effet, pour bénéficier de la protection légale, l'article L.151-1 exige que le détenteur du secret ait mis en place des mesures raisonnables de préservation du secret, compte tenu des circonstances.

37. - Nous allons donc examiner successivement :

- la protection du secret à l'intérieur de l'entreprise ;
- puis sa protection dans les relations commerciales externes.

38. - Je cède la parole à Maître Slassi pour nous éclairer à ce sujet.

39. - **Laila Slassi**. La présentation de l'état du droit français avant la réforme permet de comprendre assez précisément les difficultés auxquelles nous sommes confrontés en pratique au Maroc. Nous n'avons pas, au Maroc, une reconnaissance explicite du secret des affaires comme en France. Lorsque le Professeur Lucas m'a sollicitée pour intervenir, je lui ai d'ailleurs répondu très franchement que je n'étais pas certaine de ce que nous pouvions dire sur le sujet en droit marocain. Mais, en approfondissant la question, il apparaît que notre droit, sans consacrer un régime autonome du secret des affaires, reconnaît et protège le secret sous plusieurs formes. Autrement dit, même de manière implicite, la valeur économique de la discrétion est bien admise.

40. - Cette protection est éparpillée dans différents textes. Par exemple, la loi 31-13 sur le droit d'accès à l'information exclut l'accès lorsqu'il porterait atteinte aux secrets industriels, commerciaux, financiers ou à la propriété intellectuelle. Le Code pénal sanctionne la captation, l'enregistrement ou la transmission, sans consentement, de paroles ou d'informations confidentielles, et vise également les salariés ou mandataires qui divulguent, même après la fin de leurs fonctions, des informations obtenues dans le cadre de leur emploi.

41. - Le Code du travail impose un devoir de loyauté au salarié, qui inclut l'obligation de ne pas divulguer les secrets professionnels de l'entreprise. De même, le Code des obligations et des contrats érige un principe de bonne foi dans l'exécution du contrat et permet d'engager la responsabilité civile en cas d'abus de droit ou de concurrence déloyale fondée sur l'usage fautif

d'une information confidentielle.

42. - Cependant, si nous pouvons identifier la faute, la question de la réparation reste problématique. Les victimes attendent une réponse forte, mais, en pratique, les décisions rendues ne répondent pas à ces attentes. C'est pourquoi, en l'absence d'un cadre juridique unifié et réellement efficace, les entreprises que j'accompagne mettent en place des outils organisationnels internes pour prévenir les risques.

43. - Ces outils sont variés. On trouve de plus en plus de chartes internes de confidentialité, annexées aux contrats de travail ou aux contrats fournisseurs, précisant précisément les règles de manipulation de l'information. Les entreprises organisent également des formations de sensibilisation : la confidentialité est une culture, qui doit être portée par la gouvernance et intégrée aux pratiques quotidiennes.

44. - Par ailleurs, les organisations mettent en place des politiques de gestion des habilitations, pour déterminer qui a accès à quelles informations, selon quelles modalités et à partir de quel moment. Cela conduit à la création de nouveaux rôles internes chargés de contrôler et tracer ces accès.

45. - Dans les partenariats commerciaux (joint-ventures, contrats de coopération, etc.), les clauses de confidentialité et, parfois, les clauses pénales sont renforcées. Toutefois, comme l'a rappelé Maître Dubuc, ces clauses pénales peuvent être révisées – voire ignorées – par le juge.

46. - En définitive, notamment dans les PME marocaines, il est nécessaire d'évoluer d'une logique de confiance personnelle dans la circulation de l'information vers une logique de traçabilité organisée. L'objectif est de disposer, en amont, de mécanismes de prévention et de preuve, afin d'éviter de se retrouver devant un juge qui n'aurait ni les moyens d'évaluer pleinement le préjudice, ni la sensibilité nécessaire pour en saisir l'étendue, puisque ce préjudice peut être difficile à démontrer et, parfois, supérieur à ce que l'on peut formuler au moment de la demande.

47. - **Karl Lafaurie.** C'est particulièrement intéressant d'observer une pratique qui s'est construite sans l'appui d'un régime légal structuré, parce que cela nous permet, en retour, de mieux comprendre quelles sont les mesures de protection raisonnables qu'il faut mettre en place pour prétendre au bénéfice du secret

des affaires. Il y a donc, de ce point de vue, une véritable complémentarité.

48. - Nous avons vu jusqu'ici des outils adoptés dans un contexte où l'information circule, où elle est partagée au sein ou entre des organisations, mais dans un cadre plus ou moins maîtrisé. Il existe également des dispositifs conçus non pas pour organiser la communication, mais pour éviter qu'elle ne se produise. Ils sont indispensables en pratique, mais aussi d'un point de vue juridique, puisqu'ils permettent d'établir que tout a été fait pour préserver effectivement le caractère secret de l'information.

49. - Ce sont précisément ces outils techniques – ceux qui relèvent à la fois de l'organisation interne et de la maîtrise des systèmes d'information – sur lesquels j'aimerais que nous vous entendions maintenant. Maître Dubucq, peut-être pouvez-vous commenter, puis Maître Slassi.

50. - **Cédric Dubucq.** Je vais commencer par une observation générale. Le juriste, sur ces questions, adopte souvent une attitude défensive : il cherche à protéger l'information, mais il ne réfléchit pas toujours à la manière dont celle-ci peut être acquise par celui qui la convoite. Or, c'est un point essentiel.

51. - D'abord, il faut rappeler que « cela n'arrive pas qu'aux autres ». Dans les entreprises, il existe encore cette idée que l'espionnage industriel toucherait toujours les concurrents, jamais soi-même. Pourtant, aujourd'hui, l'espionnage industriel est constant.

52. - Ensuite, les sources de vulnérabilité sont de deux ordres : les personnes et les données.

53. - Pour ce qui concerne les personnes, certaines entreprises font désormais appel conjointement à des cabinets d'avocats et à des cabinets d'intelligence économique pour organiser ce que l'on appelle des Red Teams. L'idée est d'identifier, en amont, les actifs informationnels sensibles, puis de déterminer comment ils pourraient être obtenus : par les humains ou par les données.

54. - Sur le volet humain, la réalité est assez simple : on obtient des informations en faisant parler les personnes. Et il est souvent beaucoup plus aisé de faire parler un stagiaire qu'un associé. De même, l'on soutire plus facilement des informations à un sous-traitant qu'à l'entreprise principale. Cela montre que

la faille humaine demeure l'un des points d'entrée les plus courants.

55. - L'autre versant, ce sont les données. Il existe, au sein des organisations, une culture plus ou moins solide de la protection de l'information. Les vulnérabilités tiennent parfois à des éléments très basiques : un serveur « ouvert », un mot de passe faible, une architecture numérique non maîtrisée. Aujourd'hui, grâce à ce qu'on appelle l'open source intelligence, on peut, simplement à partir de données accessibles en ligne ou issues de fuites du web ou du dark web, reconstituer le profil de nombreuses personnes : adresses e-mail, comptes compromis, historique de connexions, etc. Les possibilités de collecte sont considérables.

56. - Tout cela existe, et c'est relativement facile à mettre en œuvre. La véritable difficulté est donc d'en prendre conscience : identifier les menaces, comprendre qu'elles peuvent venir de multiples acteurs – concurrents directs, partenaires, prestataires – et mettre en place les mesures de protection en amont, avant que le secret ne soit compromis. Une fois l'information divulguée, le dommage est souvent irréversible.

57. - **Karl Lafaurie.** Les menaces étant désormais clairement identifiées, une question demeure : peut-on se rassurer grâce aux outils techniques ? On a tout de même le sentiment que des progrès importants ont été accomplis dans ce domaine.

58. - **Laila Slassi.** S'agissant des outils techniques, il faut reconnaître que nous n'en avons pas une quantité considérable à disposition. Toutefois, certains dispositifs méritent d'être rappelés. Aujourd'hui, la protection du secret des affaires se joue autant sur les serveurs que dans les contrats. La sécurisation de l'accès aux systèmes d'information est aussi déterminante que la rédaction juridique destinée à prévenir les divulgations.

59. - Dans la pratique, on voit se développer des clauses de cyber sécurité dans les contrats liant l'entreprise à ses partenaires ou fournisseurs. Ces clauses leur imposent une obligation de moyens renforcée pour assurer la protection des informations sensibles qui leur sont communiquées. Il s'agit donc de renforcer leur vigilance, précisément parce que la nature des informations partagées l'exige.

60. - Mais, en droit marocain, lorsque ces obligations

ne sont pas respectées, les solutions restent limitées : nous nous retrouvons souvent démunis. D'où l'importance de renforcer ces obligations en amont, et non de compter sur les sanctions a posteriori.

61. - Il existe toutefois certains secteurs dans lesquels la protection est encadrée plus strictement par la loi, notamment les secteurs bancaire et financier. Les établissements agréés y sont soumis à des règles de sécurisation des systèmes beaucoup plus exigeantes que les entreprises ordinaires.

62. - Pour le reste, peu d'outils juridiques existent en dehors de cette logique d'obligation de moyens renforcée. Ce qui renvoie, encore une fois, à la maîtrise de l'outil technique en amont.

63. - Nous avons d'ailleurs connu, au Maroc, un épisode récent qui a placé la question de la cyber sécurité au cœur du débat national : le piratage des données de la Caisse nationale de sécurité sociale. Les salaires de centaines d'entreprises, avec noms et identités des salariés, ont été rendus publics et diffusés, notamment via des serveurs Discord. Pendant plusieurs semaines, chacun allait vérifier le salaire de chacun. Ce fut un véritable choc pour les entreprises, qui ne s'attendaient pas à voir des informations aussi sensibles exposées aussi brutalement.

64. - Cet événement a conduit à une multiplication des audits internes, mobilisant experts en cyber sécurité et avocats, afin de vérifier l'état des contrats et la solidité des relations avec les partenaires. Car, une fois encore, les outils juridiques pour réparer après coup sont limités, d'où la nécessité d'une vigilance accrue en amont, aussi bien sur le plan technique qu'organisationnel.

65. - **Karl Lafaurie.** Maître Dubucq, pouvez-vous donner des exemples concrets d'outils techniques ?

66. - **Cédric Dubucq.** Pour cette question, tout dépend du secteur. Dites-moi dans quel secteur vous opérez et je vous dirai, entre guillemets, comment on pourrait techniquement protéger le secret et en faire un actif. Je commencerai peut-être par le secteur pharmaceutique / biotech, où l'espionnage industriel est constant.

67. - Dans ce secteur coexistent le brevet et le savoir-faire. La protection du savoir-faire s'intègre alors dans la protection du secret des affaires et constitue, en quelque sorte, une seconde peau du droit de la propriété industrielle. Techniquement, on protège cela

d'abord en cloisonnant les laboratoires, ce qui limite les fuites d'informations sensibles, puis en chiffrant intégralement les données. C'est une pratique désormais courante que les juristes doivent connaître. Autre levier pratique : la publication différée des recherches avant le dépôt du brevet.

68. - Ce sont là trois mesures essentielles dans ce secteur — il y en a d'autres, bien sûr, mais celles-ci reviennent souvent chez les clients que nous accompagnons.

69. - Deuxième cas : l'aéronautique et la défense. Là, le secret des affaires relève davantage d'un véritable protocole de sécurité : si un plan d'avion ou un algorithme de guidage fuit, la conséquence peut être une faille stratégique nationale. On protège ces informations en compartimentant strictement les accès (un ingénieur n'a pas l'ensemble des plans), et en hébergeant les données sur des serveurs souverains audités, afin de s'assurer qu'aucun État ou acteur étranger n'y ait accès. C'est essentiel.

70. - **Karl Lafaurie.** On voit souvent apparaître la question de la *dataroom*. Concrètement, comment cela fonctionne-t-il ?

71. - **Cédric Dubucq.** La *dataroom*, terme anglais désormais incontournable, remplace les vieilles pratiques où des collaborateurs étaient enfermés la nuit avec des dossiers imprimés. Aujourd'hui, la *dataroom* est un coffre-fort numérique centralisant l'ensemble des documents accessibles sous conditions : l'accès est subordonné à un engagement de confidentialité, et les données sont consultées dans un environnement contrôlé par les juristes et les experts. Cela simplifie l'analyse et renforce la traçabilité.

72. - Il faut aussi signaler la cohabitation entre régimes : le secret de la défense peut, selon les cas, venir doubler la protection commerciale — le rapport l'a bien mis en lumière — et permettre une protection plus large que celle offerte par le droit commercial seul.

73. - Enfin, un dernier exemple : le luxe et la mode. Pour beaucoup d'étudiants attirés par ce secteur, sachez que la protection du secret des affaires y joue un rôle anti-contrefaçon. On cherche à préserver la rareté et le mystère des créations. Concrètement, cela passe par des engagements de confidentialité systématiques, l'interdiction des téléphones dans les ateliers, et des systèmes technologiques comme la RFID ou la block-

chain pour horodater et enregistrer la création — des preuves qui facilitent ensuite l'action contre la *fast fashion*. Certaines applications permettent aujourd'hui d'effectuer des captures horodatées et enregistrées sur un registre distribué à coût réduit, ce qui rend l'action en contrefaçon plus accessible.

74. - En résumé : la protection technique varie selon le secteur — cloisonnement et chiffrage en pharma, compartimentation et serveurs souverains en aéronautique/défense, *datarooms* pour les cessions et *due diligences*, et RFID/blockchain dans le luxe — mais l'idée commune est d'agir en amont, par des mesures organisationnelles et techniques adaptées, pour transformer l'information en un actif effectivement protégeable.

75. - **Karl Lafaurie.** Parfait, merci beaucoup. C'était une question "bonus", la réponse n'était pas obligatoire — nous sommes donc gâtés. Et, en plus, vous avez ouvert la perspective du secteur du luxe. Ce qui nous amène à rappeler que la protection du secret des affaires ne se limite pas à l'interne de l'entreprise. Elle s'exerce également dans les relations commerciales. Beaucoup d'entreprises sont interdépendantes en raison des liens contractuels qu'elles nouent, notamment dans le secteur de la distribution. Et la concurrence elle-même crée une forme d'interdépendance.

76. - Nous allons maintenant aborder deux points. Le premier portera sur la protection du secret des affaires dans les relations avec les partenaires commerciaux, notamment dans le cadre de la distribution. Ce sera l'objet de l'intervention du Professeur Béhar-Touchais. Et nous envisagerons ensuite quelques aspects de concurrence avec Maître Dubucq.

77. - **Martine Behar-Touchais.** Le secret des affaires dans la franchise soulève deux questions : d'une part, l'identification du détenteur légitime du secret ; d'autre part, la détermination de la personne pouvant agir en cas d'atteinte et des fondements mobilisables.

78. - Avant cela, il est nécessaire de préciser qu'il existe bien un secret des affaires dans la franchise. Le savoir-faire transmis au franchisé constitue un élément essentiel du réseau. La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées mentionne à son considérant 14 le savoir-faire, sans le limiter au seul savoir-faire brevetable. Elle vise également le savoir-faire commercial, c'est-à-dire les méthodes permettant l'organisation et l'exploitation d'un point de vente.

79. - Le considérant 14 précise toutefois que sont exclues de la protection les informations généralement connues ou aisément accessibles aux professionnels du secteur. Cette formulation conduit à s'interroger lorsque plusieurs réseaux de franchise, dans un même domaine, fonctionnent selon des méthodes proches. Il existe des secteurs, comme celui des franchises de boulangerie, où plusieurs réseaux appliquent des procédés comparables. Une décision de la Cour de cassation relative à des réseaux de boulangerie a néanmoins admis qu'un savoir-faire peut être protégé même s'il est partagé entre les membres du réseau, dès lors qu'il n'est pas accessible aux tiers, notamment aux candidats à la franchise². Ce qui importe est donc que l'information ne soit pas connue de ceux qui ne font pas encore partie du réseau.

80. - Le savoir-faire en franchise n'a pas à être original. Il doit être substantiel, c'est-à-dire permettre au franchisé d'exploiter immédiatement l'activité. Le candidat qui rejoint le réseau se trouve à la tête d'un point de vente fonctionnel, ce qu'il n'aurait pas pu réaliser seul, faute de disposer du savoir-faire structuré par le franchiseur. Ce savoir-faire peut ne pas être entièrement secret entre les professionnels déjà intégrés au réseau, mais il demeure protégé tant qu'il n'est pas accessible aux personnes extérieures cherchant à entrer dans le secteur.

81. - Ce savoir-faire devrait entrer dans la protection du secret des affaires. La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs que le savoir-faire de la franchise est couvert par cette protection. Dans un arrêt de la chambre commerciale du 5 juin 2024 concernant l'enseigne Domino's Pizza, une partie poursuivie pour concurrence déloyale avait produit un document correspondant au manuel opératoire de la franchise³. La question était de savoir si ce document était secret, Domino's Pizza invoquant le secret des affaires pour s'opposer à sa production.

82. - La Cour de cassation a admis que ce document constituait un support de transmission du savoir-faire distinctif du franchiseur. Elle a relevé que le document contenait des conseils pour exploiter et gérer le point de vente et qu'il était présenté comme strictement confidentiel sur chacune de ses pages. Il s'agissait donc d'un manuel opératoire couvert par le secret des affaires.

2. Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-14.291.

3. Cass. com., 5 juin 2024, n° 23-10.954.

83. - Cependant, la Cour a ensuite procédé à une mise en balance des intérêts. D'un côté se trouvait la protection du secret des affaires; de l'autre, le droit à la preuve. Elle a considéré que si la production du document était indispensable à l'exercice du droit à la preuve, ce droit primait sur la protection du secret des affaires. Elle a reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la production du manuel était ou non nécessaire à l'établissement de la preuve. Ainsi, même en présence d'une protection légale spécifique, si une pièce couverte par le secret est indispensable à une partie pour établir ses prétentions, le droit à la preuve peut l'emporter.

84. - Le savoir-faire commercial de la franchise relève donc bien du secret des affaires. Reste à déterminer qui en est le détenteur légitime : le franchiseur ou le franchisé. La notion déterminante est celle du contrôle. L'article 4, paragraphe 3, de la directive (UE) 2016/943 mentionne la violation du secret lorsqu'une personne agit sans le consentement du détenteur, notamment en violation d'un accord de confidentialité. Dans la franchise, c'est le franchisé qui signe un engagement de confidentialité. Cela indique que le détenteur du secret est le franchiseur, tandis que le franchisé s'engage à ne pas divulguer les informations reçues. Le franchisé ne contrôle pas le savoir-faire; il l'utilise dans les conditions fixées par le franchiseur.

85. - On peut toutefois distinguer deux situations. Dans la première, très répandue, le franchiseur est juridiquement la même personne que celle ayant exploité l'unité pilote. C'est cette exploitation initiale qui a permis de construire et de tester le savoir-faire avant de le transmettre aux franchisés.

86. - Dans la première hypothèse, le franchiseur détient un savoir-faire qu'il a mis au point en exploitant une unité pilote. Il fournit à cette unité les éléments permettant de tester et d'affiner ce savoir-faire. C'est le franchiseur qui en conserve la maîtrise, notamment parce qu'il peut en faire évoluer les composantes : modification de la liste des produits, adaptation des services, évolution des méthodes d'exploitation.

87. - Un arrêt de la cour d'appel de Rouen concernant la vente de thé et de café illustre cette situation. Le contrat de franchise prévoyait initialement la vente de produits conditionnés. Le franchiseur a ensuite décidé

de passer à la vente en vrac, afin de s'adapter à l'évolution de la demande des consommateurs. Un franchisé s'est opposé à cette évolution, soutenant que le franchiseur ne pouvait pas l'imposer. La cour d'appel a toutefois jugé que cette modification relevait de l'évolution du savoir-faire et qu'il appartenait au franchiseur d'en décider, dès lors qu'il en était le détenteur et qu'il en assurait le contrôle.

88. - Un autre exemple est fourni par un arrêt de la cour d'appel de Paris de 2021⁴. Dans le réseau Planetsushi, un franchisé soutenait que l'accès à une application permettant aux clients de commander directement leurs produits devait être inclus gratuitement dans le savoir-faire transmis, puisque la redevance de franchise rémunérait déjà ce savoir-faire. La cour a cependant considéré que cette application ne constituait pas une évolution du savoir-faire. Le franchiseur avait en effet décidé que l'adhésion à l'application était facultative. Or, un élément du savoir-faire est obligatoire pour les franchisés. En rendant cet usage optionnel, le franchiseur montrait que l'application ne faisait pas partie du savoir-faire. Elle n'avait donc pas à être mise gratuitement à disposition : ceux qui souhaitaient l'utiliser devaient en supporter le coût. Ces décisions confirment que le franchiseur détermine le contenu du savoir-faire, ses évolutions et ses extensions, et qu'il en demeure le détenteur légitime.

89. - La seconde hypothèse concerne les situations dans lesquelles le franchiseur est juridiquement distinct de l'exploitant de l'unité pilote. Cela se rencontre lorsque le franchiseur crée une filiale ou confie à une société tierce la mission de tester le savoir-faire. Certains auteurs soutiennent alors que l'unité pilote serait le détenteur légitime du savoir-faire. Il convient toutefois de distinguer deux cas.

90. - Si la société franchiseur existe avant la société exploitant l'unité pilote, le détenteur légitime reste le franchiseur. Il autorise l'unité pilote à tester le savoir-faire, tout en en conservant le contrôle. Dans l'autre cas, l'unité pilote peut exister avant la société franchiseur. L'activité est testée ; si elle s'avère viable, une société franchiseur est ensuite constituée afin de développer le réseau. Dans ce cas, l'unité pilote est effectivement, au départ, le détenteur du savoir-faire secret qu'elle a élaboré. Mais dès lors qu'elle transfère ce savoir-faire à la société franchiseur, c'est cette der-

nière qui en assure le contrôle et devient le détenteur légitime.

91. - La deuxième question est de savoir qui peut agir lorsque le secret des affaires a été violé. Il ne s'agit pas ici de revenir sur les mesures de protection, mais de déterminer si le franchisé peut agir, si le franchiseur peut agir et sur quels fondements.

92. - Imaginons qu'un franchisé subisse une baisse de chiffre d'affaires parce qu'un réseau concurrent commence à utiliser le même savoir-faire à la suite d'une fuite. Le franchisé est bien victime de la violation du secret des affaires. Cependant, il ne semble pas qu'il puisse agir sur le fondement du droit spécial. L'article L.152-2 du Code de commerce précise que la prescription court à compter du jour où le détenteur légitime du secret a connu ou aurait dû connaître la violation. La référence explicite au détenteur légitime du secret indique que c'est ce détenteur qui a qualité pour agir sur le fondement du régime spécial. Le franchisé n'étant pas le détenteur du secret, il ne peut, en principe, pas agir sur ce fondement. Son préjudice est un préjudice par ricochet.

93. - En revanche, le franchisé peut agir sur le fondement du droit commun de la responsabilité, à savoir l'article 1240 du Code civil. La situation est comparable à celle rencontrée en matière de rupture brutale de relations commerciales établies : le tiers ne peut agir sur le fondement du texte spécial, mais il peut agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

94. - Cette possibilité trouve un appui dans la jurisprudence dite « Bootshop » (Assemblée plénière, 6 octobre 2006 ; je ne suis pas en mesure de fournir ici la référence exacte du Bulletin), selon laquelle un tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. Cette solution a été nuancée par un arrêt de la chambre commerciale de 2024 (référence exacte non vérifiable ici), indiquant que le tiers devait supporter les conditions et limites applicables entre les contractants.

95. - Dans cet esprit, on peut considérer que toute violation du secret des affaires, au sens de la loi spéciale, constitue une faute délictuelle à l'égard des tiers dès lors qu'elle leur cause un préjudice. Cela permettrait au franchisé d'agir plus aisément sur le fondement du

4. CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 24 nov. 2021, n° 18/14501.

droit commun.

96. - Reste donc la seconde interrogation. Le franchisé est légitimement fondé à solliciter une indemnisation en cas de violation du secret des affaires, puisqu'il s'agit précisément de l'objectif du dispositif légal. La question est de savoir s'il doit nécessairement agir sur le fondement du droit spécial ou s'il lui est possible de choisir entre le droit spécial et le droit commun.

97. - La jurisprudence disponible en matière de franchise montre que, malgré l'existence du régime spécial, les franchiseurs continuent majoritairement d'agir sur le terrain du droit commun, et parfois en combinant les deux fondements. Cela laisse apparaître un conflit latent entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.

98. - Le « Grand Rapport » se réfère à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne de 2019, dans lequel il est affirmé que la directive en matière de droits d'auteur prévoit un régime de responsabilité minimal, qui ne peut être cumulé avec la responsabilité contractuelle lorsque celle-ci offre une protection moindre. La Cour de cassation a appliqué ce raisonnement le 5 octobre 2022⁵, en écartant la responsabilité contractuelle au profit du régime de la contrefaçon. Il existe donc un risque que cette approche soit transposée au secret des affaires, puisque la directive applicable en la matière instaure également une protection minimale.

99. - Ce raisonnement serait regrettable. Dans le cas d'un franchisé soumis à une obligation contractuelle de confidentialité, qui violerait cette obligation en divulguant le savoir-faire et en créant éventuellement un réseau concurrent, il importe de maintenir la possibilité d'agir sur le terrain contractuel. La clause pénale présente en particulier un intérêt majeur, puisqu'elle permet au franchiseur de ne pas avoir à établir son préjudice. Si la clause est contestée comme excessive, il est toujours possible d'argumenter que l'indemnisation obtenue sur le fondement du régime spécial aurait été inférieure, ce qui renverse la charge de la preuve. La clause pénale demeure donc un instrument efficace de protection du savoir-faire commercial.

100. - Par ailleurs, le contrat contient souvent des modes alternatifs de résolution des litiges, comme la médiation, auxquels il serait dommage de renoncer. La

suppression du fondement contractuel reviendrait également à écarter la possibilité de résolution du contrat aux torts du franchisé, lorsqu'il est à l'origine de la divulgation du secret. Une telle évolution constituerait un effet pervers de la loi : vouloir protéger le franchiseur tout en l'empêchant de mobiliser les moyens contractuels les plus efficaces.

101. - En outre, l'article L.152-8 du Code de commerce prévoit une amende civile pouvant atteindre 20 % du montant des dommages et intérêts demandés si l'action fondée sur le secret des affaires est exercée de manière dilatoire ou abusive. Cette sanction peut également viser le détenteur légitime du secret, ce qui relativise le caractère protecteur du régime spécial.

102. - Enfin, lorsque la violation du secret provient d'un tiers au contrat, la question se pose du choix entre la responsabilité délictuelle de droit commun et le régime spécial. L'arrêt Cristal de Paris du 12 février 2020⁶ avait admis que l'indemnisation puisse correspondre aux économies réalisées par l'auteur de la concurrence déloyale. Toutefois, un arrêt plus récent rendu dans l'affaire Uber⁷ est venu limiter cette solution : lorsque l'auteur rapporte la preuve que la victime n'a subi ni perte ni gain manqué, seul un préjudice moral, présumé mais limité, peut être alloué. Dans une telle hypothèse, le droit commun offre une protection moindre, ce qui justifie de privilégier le régime spécial.

103. - **Karl Lafaurie.** Maître Slassi, peut-être quelques compléments pratiques au sujet des clauses que l'on rencontre dans les rapports de distribution ?

104. - **Laila Slassi.** Au Maroc, il n'existe pas de loi spécifique régissant la franchise. On travaille donc avec le cadre juridique général. Les clauses contractuelles doivent être maniées avec prudence, car elles doivent demeurer proportionnées et juridiquement encadrées.

105. - La jurisprudence marocaine a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur les clauses de non-concurrence, qui constituent l'un des instruments permettant de protéger l'utilisation d'un savoir-faire acquis dans le cadre d'un partenariat préalable. Elle impose que ces clauses soient proportionnées : limitées dans le temps, limitées dans l'espace, et assorties d'une contrepartie. Cela rejoint, sur ce point, les exigences posées en droit français.

5. Cass. 1^{er} civ., 5 octobre 2022, n° 21-15.386

6. Cass. com., 12 février 2020, n°17-31.536

7. Cass. com., 18 janvier 2023, n° 21-15.809

106. - La pratique contractuelle prévoit également l'insertion d'obligations pesant sur le détenteur du savoir-faire à l'issue de la relation contractuelle, notamment des obligations de restitution et de destruction des outils, supports ou documents mis à sa disposition pendant l'exécution du contrat. Ces stipulations visent à prévenir toute utilisation postérieure non autorisée du savoir-faire transmis.

107. - **Martine Behar-Touchais.** En droit français également, on rencontre ces clauses dites de « neutralisation », qui imposent par exemple au franchisé de détruire le manuel opératoire à la fin du contrat de franchise. Mais il est évident que la destruction du manuel papier ne garantit pas qu'aucune copie n'ait été réalisée auparavant.

108. - On trouve également les clauses de non-concurrence, dont l'objet ne se limite pas à la protection du savoir-faire. C'est pourquoi elles sont presque systématiquement accompagnées d'une clause de confidentialité et de non-usage du savoir-faire. Dans la pratique, le cumul de ces clauses vise souvent à entraver la sortie du franchisé du réseau. L'Autorité de la concurrence a d'ailleurs relevé que la mobilité des franchisés était insuffisante, précisément en raison de ce type de mécanismes dissuasifs : une fois sorti du réseau, le franchisé est plus susceptible de divulguer certaines informations qu'il n'aurait jamais révélées tant qu'il en faisait partie.

109. - Il convient donc de trouver un équilibre. Actuellement, la jurisprudence française adopte une position de plus en plus restrictive à l'égard des clauses de non-concurrence post-contractuelles. La loi Macron a introduit l'article L. 341-2 du Code de commerce, qui encadre davantage ces clauses : leur durée ne peut excéder un an ; elles ne s'appliquent que dans le local dans lequel était exercée l'activité ; il suffit donc de changer de local pour ne plus être concerné ; elles doivent avoir pour objet la protection du savoir-faire.

110. - Pour autant, certains juges estiment que le savoir-faire suffisant pour justifier la conclusion d'un contrat de franchise ne suffit pas nécessairement à justifier la stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle. On observe ainsi un mouvement jurisprudentiel plutôt défavorable à ces clauses, même si elles continuent d'être insérées dans les contrats et génèrent un contentieux très important.

111. - **Laila Slassi.** Une dernière remarque concernant

la protection offerte par le droit commun. Lorsque vous avez évoqué cet aspect, cela m'a rappelé un dossier dans lequel nous avons mobilisé une disposition du Code de commerce marocain prévoyant qu'un associé ne peut, sans l'accord des autres associés, réaliser pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers des opérations concurrentes ou s'immiscer dans des activités analogues à celles de la société. Il s'agit d'une véritable clause légale de non-concurrence.

112. - Ce mécanisme est particulièrement intéressant, car lorsqu'une telle concurrence est de nature à porter atteinte aux intérêts sociaux, les autres associés disposent de deux options : soit reprendre à leur compte les opérations engagées par l'associé fautif ; soit obtenir la restitution des bénéfices qu'il a réalisés en violation de cette interdiction.

113. - Ce fondement demeure cependant peu mobilisé en pratique devant les juridictions, alors même qu'il permet de sanctionner la situation dans laquelle un associé s'approprierait le savoir-faire développé au sein de la société pour créer une activité concurrente.

114. - **Martine Behar-Touchais.** En droit français, nous disposons d'outils similaires dans le cadre de la contrefaçon. L'arrêt Cristal de Paris avait notamment ouvert la voie à une indemnisation fondée sur l'économie de coûts réalisée par l'auteur de l'atteinte. Toutefois, il faut mesurer les difficultés probatoires : établir précisément les bénéfices illicites tirés par l'auteur de la violation, ou les coûts dont il a été dispensé, demeure très complexe.

115. - C'est pourquoi, lorsqu'une action peut être engagée sur le terrain contractuel, la clause pénale constitue souvent une voie plus efficace. Elle permet de fixer forfaitairement l'indemnité, sans avoir à rapporter la preuve détaillée du préjudice. Reste alors au débiteur à démontrer le caractère manifestement excessif du montant sollicité.

116. - **Cédric Dubucq.** Je souhaiterais revenir sur la question des dommages-intérêts à caractère restitutif, car il s'agit selon moi d'une avancée majeure dans le régime de protection du secret des affaires. Pour illustrer ce mécanisme, on peut rappeler l'exemple issu de la jurisprudence anglaise *George Blake*. Cet ancien agent des services britanniques, devenu agent double, avait publié un ouvrage depuis la Russie, ouvrage dont le succès lui avait procuré des gains importants. La justice britannique avait alors reconnu la possibilité de

confisquer les profits tirés de cette violation.

117. - Ce principe se retrouve aujourd'hui dans notre droit à travers l'article L.151-6 du Code de commerce, issu notamment des travaux du rapport Capitant. Dans la pratique, les entreprises ne mesurent pas toujours l'intérêt de cette action : certaines estiment ne pas avoir subi de préjudice économique manifeste ou encore souhaitent éviter de rendre public un acte d'espionnage économique.

118. - Pour évaluer le gain illicite, nous disposons de lignes directrices élaborées par la Cour d'appel de Paris, qui proposent une méthodologie d'analyse dite contrefactuelle. Il s'agit de comparer la situation économique telle qu'elle s'est déroulée — sur la base d'un modèle jugé illicite — à un modèle alternatif conforme au droit. Ce travail se réalise en collaboration avec des experts financiers.

119. - On retrouve cette approche dans des affaires récentes, notamment dans les litiges opposant des entreprises du secteur du transport, où l'on compare un modèle économique fondé sur la non-qualification des chauffeurs en salariés à un scénario où ceux-ci auraient dû être intégrés dans les coûts de l'entreprise.

La même méthode est également mobilisée dans des dossiers de concurrence déloyale impliquant des entreprises étrangères s'implantant sur le marché en éludant droits de douane, TVA ou coûts de production licites. Cette analyse permet d'évaluer la marge indûment réalisée.

120. - **Martine Behar-Touchais.** Je souscris pleinement à cette analyse. Il est effectivement possible de chiffrer le profit illicite, mais cela suppose de recourir à une expertise financière, dont le coût peut être élevé. Dans les dossiers d'envergure, l'investissement est pertinent ; dans des litiges plus modestes, le rapport coût-avantage peut être moins favorable.

121. - C'est pourquoi il est essentiel de maintenir la possibilité, pour le franchiseur, de choisir entre le recours au droit spécial fondé sur le secret des affaires et l'action contractuelle avec clause pénale. La clause pénale permet d'obtenir une indemnisation sans avoir à démontrer précisément l'ampleur du préjudice, ce qui peut constituer une option plus simple et plus efficace selon les cas. Il ne faudrait donc pas que l'application du régime spécial prive le franchiseur de cette voie d'action.

DOSSIER

Comment concilier protection du secret des affaires et droit à la preuve ?

Hélène SKRZYPNIAK

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux, co-auteur du rapport Capitant

Philippe JULIEN

Avocat associé, cabinet PDGB Avocats

Jean-Pierre CLAVIER

Professeur à Nantes Université

1. - **Hélène Skrzypniak**¹. Cette table ronde est consacrée à un dispositif central instauré par la loi du 30 juillet 2018 : la protection du secret des affaires au cours des procédures. Cette loi a été adoptée dans un contexte de fortes attentes, notamment du monde économique, qui soulignait la vulnérabilité des entreprises lorsqu'elles étaient contraintes de divulguer des informations sensibles au cours d'un litige.

2. - Le constat de départ était simple : un procès, censé réparer un préjudice, peut lui-même devenir une source supplémentaire de dommages si des informations stratégiques, technologiques, financières ou commerciales sont exposées aux yeux des concurrents, des partenaires ou du public. Le législateur a donc voulu éviter que la justice ne devienne un vecteur d'aggravation du préjudice initial.

3. - Dans cette optique, la loi de 2018 a introduit de nouveaux outils procéduraux visant à renforcer la protection du secret des affaires pendant le procès. Ces mécanismes permettent, par exemple, de restreindre la communication de certaines pièces, de limiter l'accès de tiers à des documents confidentiels, ou encore de contrôler la publicité des débats lorsque le secret des affaires est en jeu.

4. - La loi a ainsi instauré un véritable régime de protection du secret devant le juge, afin que l'entreprise puisse défendre ses droits sans se mettre elle-même en

danger. Le rapport Capitant offre une analyse détaillée de ces innovations, tout en soulignant une difficulté majeure : l'absence de protection équivalente dans les procédures étrangères.

5. - Les dispositifs instaurés par la loi de 2018 demeurent cantonnés aux contentieux internes. Or, dans d'autres systèmes juridiques, notamment ceux de common law, s'applique la procédure dite de discovery – particulièrement développée et intrusive aux États-Unis – qui impose la divulgation d'un volume considérable d'informations, sans réelle possibilité de préserver la confidentialité de données stratégiques.

6. - Cette carence appelle à réfléchir à des mécanismes de protection complémentaires pour les entreprises exposées à des litiges transfrontaliers, et notamment à la discovery américaine.

7. - La loi de 2018 a introduit plusieurs innovations procédurales destinées à protéger le secret des affaires au cours du litige, et l'on peut ici se concentrer sur un mécanisme en particulier : le séquestre provisoire. Cette procédure permet, lorsqu'un document contient des informations potentiellement couvertes par le secret des affaires, de ne pas le communiquer immédiatement à la partie adverse. La pièce est alors placée sous séquestre, le temps que le juge statue sur les conditions et modalités de sa communication, totale ou partielle, afin de concilier le droit de la preuve et la protection

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

du secret.

8. - Ce mécanisme offre une garantie fondamentale : éviter la divulgation irréversible d'informations stratégiques avant tout contrôle judiciaire. Avant 2018, le juge pouvait ponctuellement ordonner un séquestre provisoire sur le fondement de ses pouvoirs généraux, mais ces pratiques restaient rares et non codifiées.

9. - La loi de 2018 a donc eu le mérite de consacrer expressément cette possibilité et d'en préciser le cadre et les modalités. Elle incarne la volonté du législateur de concilier droit à la preuve et protection des intérêts économiques. Le rapport Capitant qualifie d'ailleurs ce séquestre de « dispositif essentiel », garantissant un équilibre entre la transparence nécessaire à la justice et la sauvegarde du secret des affaires.

10. - La question reste cependant de savoir si ce mécanisme fonctionne réellement en pratique : le séquestre provisoire est-il efficace ? Quelles difficultés suscite sa mise en œuvre ? Nos intervenants vont désormais partager leur expérience et leur analyse sur ce point.

11. - **Philippe Julien.** Pour entrer dans le vif du sujet, je voudrais partager quelques constats pratiques concernant l'article 145 du Code de procédure civile et son articulation avec la loi de 2018 sur la protection du secret des affaires.

12. - Je pratique régulièrement ces mesures d'instruction *in futurum*, qui ont longtemps constitué un outil d'une grande efficacité en matière de contentieux des affaires. Pourtant, depuis l'introduction de la loi de 2018, elles tendent à perdre en efficacité. La jurisprudence récente y contribue également : la Cour de cassation, notamment dans un arrêt de 2024², rappelle que le recours à une procédure non contradictoire doit désormais être spécialement justifié. Autrement dit, il ne suffit plus d'invoquer un « effet de surprise » ou un risque de disparition de preuves : le juge doit constater concrètement pourquoi une procédure contradictoire ne serait pas adaptée.

13. - Pendant des années, cette exigence était largement théorique. En pratique, les requêtes comportaient des formules toutes faites – « effet de surprise », « risque de volatilité des preuves » – que les juges validaient sans réel contrôle. Aujourd'hui, cette période est révolue : la jurisprudence impose une motivation précise et individualisée, faute de quoi la mesure peut

être annulée. Cela crée une véritable insécurité pour les praticiens, car une ordonnance mal motivée peut être invalidée *a posteriori*, entraînant la nullité de l'ensemble de la procédure.

14. - Cette évolution s'ajoute aux contraintes issues du dispositif de protection du secret des affaires. Dans les contentieux de concurrence déloyale, par exemple, la mise en place d'un séquestre provisoire est devenue quasi systématique. À Paris, les praticiens anticipent cette exigence en intégrant directement dans leurs projets d'ordonnance la clause prévoyant le séquestre, afin d'éviter que le juge ait à la rajouter manuellement. Cette pratique s'est progressivement diffusée en province – à Lyon, Bordeaux ou Marseille – entraînant une forme d'harmonisation. L'objectif reste toujours le même : assurer l'efficacité de la mesure, sans risquer de porter atteinte au secret des affaires.

15. - Cependant, les difficultés demeurent, notamment lors de la définition des mots-clés utilisés pour les recherches. Ces mots-clés sont indispensables pour permettre aux commissaires de justice d'identifier les documents pertinents, mais ils peuvent s'avérer trop larges. Dans un dossier récent de concurrence déloyale, le mot-clé principal correspondait au nom d'un client central. Le problème est que ce client figurait dans des centaines de contrats et de correspondances : impossible d'être plus précis sans risquer de passer à côté d'éléments essentiels. La recherche par mots-clés reste donc un outil imparfait, mécanique, qui gagnerait à être affiné – peut-être, à terme, grâce à des outils d'intelligence artificielle capables de contextualiser les requêtes plutôt que de se limiter à des occurrences de mots.

16. - Enfin, un point essentiel concerne le rôle des commissaires de justice (anciens huissiers). Leur mission ne se limite pas à exécuter l'ordonnance : ils effectuent un pré-tri des documents saisis, parfois sans en informer immédiatement les avocats. Il leur appartient de veiller à ce que seules les pièces visées dans l'ordonnance soient appréhendées. Cette responsabilité est lourde, car une saisie excessive ou mal ciblée peut donner lieu à un contentieux autonome, distinct de celui du secret des affaires : le contentieux de l'exécution de l'ordonnance. Cette étape, souvent méconnue, souligne combien l'équilibre entre efficacité de la preuve et respect de la confidentialité reste fragile dans

2. Cass. 2^e civ., 4 juillet 2024, n°22-16.292

la pratique.

17. - Prenons un exemple concret : lorsque le commissaire de justice se trompe de mot-clé. Dans ce cas, on ne se trouve pas dans une problématique de secret des affaires, mais dans un tout autre type de difficulté. J'ai eu récemment le cas d'un commissaire de justice qui, après avoir copié l'intégralité d'une clé USB, a indiqué dans son procès-verbal qu'« un tri sera effectué ultérieurement sur cette clé en vue d'éliminer les éléments non concernés par la requête, notamment ceux couverts par le secret des affaires ».

18. - C'est précisément ce qui pose problème. Le commissaire de justice n'a pas à se faire juge du secret des affaires. Cette notion repose sur des critères juridiques précis, définis par les articles R.153-1 et suivants du Code de commerce, et susceptibles d'être débattus contradictoirement devant le juge. Or, certains commissaires, par excès de prudence, éliminent de leur propre initiative des fichiers qu'ils estiment sensibles – les fichiers clients, par exemple – considérant qu'ils seraient « nécessairement » couverts par le secret des affaires. Ce type de filtrage unilatéral, sans contrôle du juge, fausse la mesure et vide partiellement la procédure de son efficacité.

19. - **Hélène Skrzypniak.** Merci beaucoup. On constate bien, en l'absence de précisions légales, que les avocats, pour sécuriser leurs clients, ont tendance à revendiquer le caractère confidentiel de la quasi-totalité des informations recueillies. Cela traduit à quel point les données en cause sont perçues comme stratégiques par les entreprises, qui redoutent qu'elles puissent être transmises à leurs concurrents à l'occasion d'une levée de séquestre. C'est d'ailleurs tout l'enjeu : dès que le séquestre est levé, partiellement ou totalement, ces documents deviennent accessibles à la partie adverse.

20. - **Philippe Julien.** Oui, tout à fait. Malgré les difficultés pratiques et la complexité presque kafkaïenne de cette procédure, elle conserve tout de même une utilité réelle. Elle permet de placer, non pas directement entre les mains du concurrent, mais entre celles de son commissaire de justice, un ensemble important d'éléments dont certains peuvent être sensibles ou embarrassants. Cette situation crée souvent les conditions d'une négociation.

21. - Dans la pratique, nous essayons désormais, autant que possible, d'éviter de passer par la voie judiciaire. Ce n'est pas une question de défiance envers les

magistrats, mais simplement une conséquence des délais actuels : les contentieux de concurrence déloyale peuvent s'étirer sur plusieurs années, entre l'instruction, le jugement et l'appel. Dans ce contexte, la mesure 145 – même imparfaite – conserve une vertu stratégique : elle permet souvent de débloquer une situation ou de favoriser un accord transactionnel avant d'entrer dans un cycle contentieux long et coûteux. En pratique, un grand nombre de dossiers englués dans les questions de levée de séquestre finissent par se résoudre par voie transactionnelle, même si l'accord trouvé n'est pas toujours très avantageux pour le demandeur en concurrence déloyale. L'un de mes clients m'a dit récemment, avec humour : « C'est pour le principe, cher Philippe ». Il a obtenu 100 000 euros alors qu'il estimait son préjudice à près de 10 millions, mais parfois, ce principe suffit. Il y a, entre concurrents, une volonté de « marquer son territoire ». La procédure conserve donc une utilité stratégique : elle permet d'affirmer une position ferme dans la négociation.

22. - S'agissant du respect du contradictoire, le point est plus délicat. Ce qui me dérange, c'est que ce principe fondamental se trouve, dans cette procédure, laissé à la discrétion du juge. En tant qu'avocats, nous y sommes très attachés, au point parfois de le défendre au bénéfice de nos confrères. Il arrive que nous refusions de plaider seuls lorsqu'un confrère est absent, au nom même du contradictoire. Or, dans le cadre de l'article R.153 du Code de commerce, c'est le juge qui décide s'il entend ou non les parties, ou leurs représentants habilités. Autrement dit, il peut trancher seul pour dire qu'un document relève du secret des affaires, alors même qu'il s'agit d'une qualification juridique fondée sur des critères précis : le caractère confidentiel de la pièce, les mesures prises pour assurer cette confidentialité et sa valeur économique. Ce sont des éléments de droit, qui devraient nécessairement faire l'objet d'un débat contradictoire.

23. - D'ailleurs, puisqu'un recours est possible contre la décision, celle-ci doit être motivée. Dès lors, on comprend mal comment elle pourrait être rendue sans débat préalable. À minima, le juge devrait systématiquement entendre les avocats des parties, auxiliaires de justice soumis au secret professionnel, parfaitement capables d'échanger sur ces éléments sans risque de divulgation.

24. - Pour illustrer cette nécessité, une décision récente

de la cour d'appel de Paris³ est intéressante. Dans cette affaire, un cabinet représentant le requis avait déposé un mémoire pour démontrer que les éléments saisis relevaient du secret des affaires. L'avocat adverse y a répondu par un mémoire en réplique, ce que le texte ne prévoit pas explicitement. La partie requérante a alors soutenu que ce mémoire devait être rejeté, au motif qu'il contrevenait au principe de non-contradiction inscrit dans le dispositif. Heureusement, la cour d'appel a tranché avec bon sens : elle a jugé que ce mémoire était parfaitement recevable, estimant qu'un débat, même limité, devait toujours être possible. Cette décision rappelle combien le respect du contradictoire reste un pilier fondamental, même dans un dispositif aussi particulier que celui de la protection du secret des affaires.

25. - **Hélène Skrzypniak.** Ce que je retiens de vos échanges, finalement, c'est qu'ils mettent bien en lumière le décalage qui peut exister entre la volonté du législateur et la mise en œuvre concrète des textes, telle qu'elle se déploie dans la pratique judiciaire. Le dispositif issu de la loi de 2018 montre, à travers vos expériences, toutes ses subtilités mais aussi ses limites. Nous aurions encore beaucoup à dire sur ce premier volet, mais je vous propose à présent d'aborder notre second thème, consacré aux limites du dispositif français face aux procédures internationales, et plus particulièrement aux risques liés à la *discovery*.

26. - Ce point est essentiel, car plusieurs rapports officiels récents ont souligné les faiblesses du droit français lorsqu'il s'agit de protéger le secret des affaires face à des pratiques venues du monde anglo-saxon, parfois qualifiées de *fishing expeditions*, c'est-à-dire de véritables pêches aux informations dans les dossiers des entreprises concurrentes. Pour éclairer ce sujet et proposer une analyse experte des solutions envisageables, je laisse maintenant la parole au Professeur Jean-Pierre Clavier.

27. - **Jean-Pierre Clavier.** La *discovery* constitue une étape de la procédure civile dans les systèmes de *common law*, en particulier aux États-Unis. Elle oblige chaque partie à communiquer à l'adversaire toutes les pièces qu'elle détient, y compris celles qui lui seraient défavorables, afin de faciliter l'émergence de la vérité et de permettre un accès immédiat aux documents.

28. - Parmi ces pièces figurent notamment les consul-

tations et avis juridiques internes des juristes d'entreprise. Le risque majeur est que des informations stratégiques, à forte valeur concurrentielle, soient transmises à un concurrent, ce qui a conduit à des détournements documentés. Ce risque est amplifié par deux facteurs. Le premier est la pratique des *fishing expeditions*, qui consiste à demander un grand nombre de pièces, parfois sans lien direct avec l'affaire, la non-production de ces documents pouvant entraîner des sanctions, allant de l'astreinte à la perte du procès. Le second facteur est l'extraterritorialité de certains droits substantiels, notamment du droit américain, qui renforce le pouvoir du juge américain dans l'application de la *discovery*. La protection du secret des affaires n'y est pas opposable. Le juge américain privilégie l'accès aux informations pour la manifestation de la vérité, ce qui peut contraindre une entreprise française à transmettre un volume important de documents, y compris des e-mails stratégiques, à la partie adverse sur le sol américain.

29. - Plusieurs tentatives ont été engagées en France pour renforcer la protection du secret des affaires face aux procédures étrangères. La plus récente prenait la forme d'une proposition de loi. Celle-ci n'a pas encore abouti, le contexte politique ayant conduit à la dissolution de l'Assemblée nationale. Son analyse demeure néanmoins instructive, car elle portait spécifiquement sur la question des consultations des juristes d'entreprise et visait à modifier la loi du 31 décembre 1971 relative à la réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Elle visait pourtant à améliorer la situation et à renforcer la protection des entreprises, dans un contexte marqué par le constat d'échec de la première loi dite « de blocage », adoptée en 1968. Le législateur a, depuis longtemps, pleinement conscience de cette difficulté. Cette loi de 1968, modifiée à plusieurs reprises et complétée par un décret en 2022, a pour objet d'endiguer les effets des procédures de *discovery* étrangères. Elle interdit à toute entreprise de demander, rechercher ou communiquer des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique susceptibles de servir à la constitution de preuves dans une procédure étrangère — une interdiction qui dépasse, en réalité, le seul champ du secret des affaires.

30. - Plusieurs tentatives ont été engagées en France pour améliorer la protection du secret des affaires face

3. Paris, 11 janvier 2024, n°23/00532

à la discovery. La dernière initiative notable était une proposition de loi qui n'a pas encore abouti en raison de la dissolution de l'Assemblée nationale. Cette proposition ciblait notamment les consultations des juristes d'entreprise et devait modifier la loi du 31 décembre 1971 sur certaines professions judiciaires et juridiques.

31. - L'objectif était de renforcer la protection des entreprises françaises, dans un contexte marqué par l'insuffisance des dispositifs existants, notamment la loi dite de blocage de 1968. Cette loi, complétée par un décret en 2022, interdisait aux entreprises françaises de communiquer des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dans le cadre d'une procédure étrangère, sous réserve des traités internationaux, notamment la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile et commerciale.

32. - Il faut ajouter à cela l'article 743 du code de procédure civile qui permet au juge français de refuser ou d'annuler une commission rogatoire s'il estime qu'elle porte atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État. Ces dispositions visaient à filtrer les demandes excessives, comme les fishing expeditions, et à offrir une protection juridique aux entreprises françaises. En pratique, cependant, ces mesures ont rarement été appliquées efficacement. Le risque de sanctions aux États-Unis, en cas de refus de communication, incitait souvent les entreprises françaises à transmettre les documents malgré les interdictions nationales.

33. - La proposition de 2024 visait à créer un *legal privilege* pour les consultations et avis juridiques des juristes d'entreprise, considérés comme particulièrement sensibles. Le texte définissait la consultation juridique, ses conditions de protection et son archivage distinct pour garantir son identification et son opposabilité. Cependant, plusieurs difficultés pratiques subsistaient. Les définitions strictes pouvaient pousser le juriste à qualifier certains documents comme consultations juridiques sous pression interne, exposant ainsi le responsable juridique à des sanctions pénales. Il faut noter que ce secret n'est pas de même nature que la confidentialité des avocats : il s'agit d'un secret in rem, attaché au document et non à la personne. L'entreprise employant le juriste pouvait lever cette confidentialité, ce qui exposait les documents à une éventuelle communication sous pression, par exemple dans

une procédure américaine. De plus, ce dispositif n'aurait pas couvert les enquêtes relevant d'une procédure pénale ou fiscale. Enfin, l'Autorité de la concurrence s'était opposée à certaines dispositions, craignant des obstacles à ses enquêtes sur les pratiques anticoncurrentielles.

34. - Cette proposition de loi n'a donc pas été adoptée, mais elle illustre les enjeux de protection des entreprises françaises face aux procédures internationales et la complexité d'articuler secret des affaires et obligations procédurales.

35. - Il est vrai que ces mécanismes se sont révélés peu efficaces en pratique. Comme cela a été relevé, les sanctions prévues par la loi en cas de violation de l'interdiction de communiquer des informations économiques, commerciales ou techniques ont été très rarement appliquées par les juridictions françaises.

36. - Dès lors, les entreprises se sont retrouvées dans une situation de choix difficile : d'un côté, risquer une condamnation en France pour avoir transmis des documents interdits ; de l'autre, s'exposer à des sanctions judiciaires ou économiques aux États-Unis en refusant de coopérer dans le cadre des procédures de discovery. Or, le risque américain — à la fois financier et réputationnel — apparaissait souvent bien plus lourd que celui encouru en France.

37. - Ce déséquilibre des risques a conduit, dans les faits, de nombreuses sociétés françaises à livrer les informations demandées par les juridictions étrangères, malgré l'interdiction nationale. C'est ce constat d'échec qui a motivé la rédaction de plusieurs rapports, notamment parlementaires et du Conseil national des barreaux (CNB), afin de réfléchir à de nouveaux instruments juridiques capables de protéger plus efficacement les entreprises françaises contre ces demandes intrusives.

38. - Une piste envisagée, sans prétendre résoudre l'ensemble des difficultés évoquées, a consisté à créer un "*legal privilege*" à la française, destiné à protéger les consultations juridiques des juristes d'entreprise. Aujourd'hui, ces consultations sont considérées comme de simples documents internes, soumis au régime commun de la communication de pièces, sauf à pouvoir être qualifiés de secrets d'affaires — qualification souvent insuffisante pour empêcher leur transmission dans le cadre d'une discovery américaine. L'enjeu est pourtant considérable : ces avis internes

peuvent contenir des analyses juridiques sensibles, par exemple lorsqu'un service juridique avertit la direction du risque qu'un produit enfreigne un brevet aux États-Unis. Si ce document venait à être communiqué dans une procédure en contrefaçon, il fragiliserait la défense de l'entreprise en révélant qu'elle avait connaissance du risque avant même le contentieux. D'où la volonté du législateur de placer ces consultations sous le sceau du secret afin de les rendre insaisissables.

39. - La proposition de loi de 2024, dans la continuité de plusieurs tentatives antérieures, visait donc à modifier la loi du 31 décembre 1971 relative aux professions judiciaires et juridiques. Ce texte projetait d'y insérer un nouvel article définissant précisément :

- ce qu'est un juriste d'entreprise,
- ce qu'est une consultation juridique,
- le formalisme nécessaire pour bénéficier de la protection.

40. - Le dispositif envisagé reposait sur un article particulièrement détaillé, dont chacun des volets soulevait d'emblée des difficultés pratiques et juridiques. La proposition s'efforçait de délimiter précisément ce qu'est une consultation juridique et les conditions de sa protection, mais ce faisant, elle excluait de nombreux documents pourtant proches dans leur nature ou leur finalité.

41. - Ainsi, n'entraient pas dans le champ de la confidentialité les rapports internes, les analyses techniques ou encore les avis émis par le délégué à la protection des données (DPO). De même, les échanges de courriels entre juristes et opérationnels, souvent porteurs d'éléments d'analyse juridique, n'étaient pas couverts, faute d'être formellement identifiés comme des consultations juridiques. Pour bénéficier de la protection, la proposition exigeait deux conditions cumulatives :

- que le document comporte une mention explicite — « Consultation juridique – Juriste d'entreprise » — signalant son caractère confidentiel ;
- qu'il soit archivé de manière distincte, afin d'en assurer la traçabilité et d'éviter toute confusion avec d'autres documents de gestion.

42. - Ce formalisme traduit une volonté d'anticipation organisationnelle : l'entreprise devait mettre en place

des procédures internes pour classer, sécuriser et isoler ces consultations. Mais cette rigueur soulevait aussi des risques de dérive. Plusieurs observateurs ont relevé qu'un juriste d'entreprise pourrait subir des pressions hiérarchiques pour étendre artificiellement le bénéfice du secret à des documents non éligibles, exposant alors le juriste à des sanctions pénales en cas de fausse qualification.

43. - Cette question met en lumière un malaise structurel : la protection des consultations juridiques suppose que le juriste d'entreprise dispose d'une indépendance réelle à l'égard de sa hiérarchie, ce qui, dans les faits, n'est pas toujours garanti. Or, sans cette autonomie, la frontière entre conseil objectif et stratégie interne devient fragile.

44. - Au total, la proposition de loi — qui ne verra finalement pas le jour — soulevait plus de questions pratiques et conceptuelles qu'elle n'en résolvait. Même adoptée, elle n'aurait sans doute pas permis de régler pleinement les difficultés posées par la *discovery* ou la protection du secret des affaires à l'étranger.

45. - Le texte instaurait en effet une confidentialité d'une nature particulière, différente du secret professionnel de l'avocat. Il ne s'agissait pas d'un secret *in personam* attaché à la personne du juriste, mais d'un secret *in rem*, limité à la consultation elle-même. En d'autres termes, le juriste d'entreprise ne bénéficiait pas d'une immunité générale sur l'ensemble de son activité : seule la consultation qualifiée et identifiée comme telle pouvait être protégée.

46. - Cette distinction emportait une faiblesse majeure. L'article 58 du projet prévoyait expressément que l'entreprise employeuse pouvait lever la confidentialité. Dès lors, dans le contexte d'une procédure américaine, il n'était pas exclu qu'une société, soumise à de fortes pressions judiciaires ou économiques, choisisse de renoncer à la protection pour coopérer avec la partie adverse ou les autorités étrangères. Cette faculté allait à l'encontre de l'esprit même d'un privilège juridique, qui repose sur une confidentialité opposable à tous — ce qui explique pourquoi, pour les avocats, une telle levée est impossible.

47. - Ainsi, le dispositif, bien qu'ambitieux dans son intention de mieux protéger les entreprises françaises, apparaissait à la fois incomplet et fragile. Il traduisait une tension persistante entre deux logiques : celle de la transparence procédurale internationale, et celle de la

protection du secret juridique et économique national.

48. - Hélène Skrzypniak. Alors ça nous permet quand même d'avoir une vision un peu plus précise de cette

procédure de *discovery* ainsi que la manière dont le législateur français réfléchit pour améliorer les choses, même si encore une fois, on sait que compte tenu du contexte actuel, cela ne sera sans doute pas sa priorité.

DOSSIER

L'articulation du secret des affaires et des autres secrets

Valérie MALABAT

Professeur à l'Université de Bordeaux, Vice-présidente de l'Association Capitant, co-auteur du rapport Capitant

Christophe RAPIN

Avocat associé, cabinet Kellerhals Carrard

Cyril BONAN

Avocat associé, cabinet Darrois

Elias KHROUZ

Avocat associé, cabinet Lawal (Casablanca)

1. - **Valérie Malabat**¹. Cette table ronde est consacrée à l'articulation du secret des affaires avec d'autres types de secrets protégés par la loi, ainsi qu'aux questions de sanctions et de réparation des atteintes au secret des affaires. Jusqu'à présent, nous avons surtout examiné les moyens de protéger le secret, mais peu la question de savoir ce qui se passe lorsque cette protection échoue : peut-on sanctionner une atteinte ? Peut-on la réparer ? Les deux thématiques de cette table ronde seront donc abordées successivement. La première concerne l'articulation entre le secret des affaires et d'autres secrets protégés.

2. - La loi reconnaît en effet de nombreux régimes de confidentialité, quelle qu'en soit la source. Au-delà de la définition du secret des affaires et de sa délimitation par rapport à d'autres secrets — secret professionnel, secret bancaire, secret des consultations juridiques —, la question se pose de la coexistence de ces différents régimes. Cette superposition conduit à s'interroger sur la pertinence du recours au dispositif instauré par la loi de 2018, désormais intégré au Code de commerce, ou sur l'opportunité, dans certains cas, d'invoquer un autre fondement : la violation du secret professionnel, du secret bancaire ou d'un autre secret protégé. Certains chevauchements ont déjà été évoqués, notamment entre la protection du secret des affaires

et la propriété industrielle, mais aussi entre le secret professionnel et le secret des affaires.

3. - Le secret professionnel constitue un fondement intéressant, bien que très différent du secret des affaires. Comme l'a rappelé Jean-Pierre Clavier, le secret professionnel repose sur un principe éthique : il est attaché à la fonction et à la profession de celui qui le détient, alors que le secret des affaires répond à un objectif économique. Il vise à garantir la loyauté de la concurrence et la protection des intérêts commerciaux.

4. - Le secret des affaires a donc un objet plus restreint : il ne couvre que les informations confidentielles présentant une valeur commerciale, notion qui soulève de réelles difficultés d'interprétation. À l'inverse, le secret professionnel peut porter sur toute information confidentielle, quelle que soit sa nature, dès lors qu'elle est reçue dans l'exercice d'une profession soumise à ce devoir. Toutefois, il ne s'applique qu'à certaines catégories de personnes, celles qui reçoivent le secret par leur fonction.

5. - Le fondement du secret professionnel est différent. Il repose sur un devoir éthique et répond à un intérêt général, ce qui explique l'intervention du droit pénal

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

dans sa protection. En théorie, la distinction entre secret professionnel et secret des affaires paraît claire : l'un repose sur la fonction, l'autre sur la nature économique de l'information. En pratique, cette distinction est souvent artificielle. Dans le cadre des relations d'affaires, ceux qui détiennent des informations confidentielles le font précisément en raison de leur profession ou de leur fonction, ce qui les soumet à la fois au secret des affaires, par l'objet de l'information, et au secret professionnel, par leur statut. Ces deux régimes ne reposent pas sur les mêmes fondements ni sur les mêmes conditions de mise en œuvre, mais ils peuvent largement se recouper.

6. - D'où la question de savoir s'il n'est pas plus opportun, lorsqu'on invoque une violation du secret, de se fonder sur la violation du secret professionnel plutôt que sur celle du secret des affaires, selon ce qui paraît le plus pertinent ou le plus efficace. Cet exemple du secret professionnel illustre que la coexistence de plusieurs secrets protégés par la loi soulève des interrogations quant à leur nature, leur fonction, leurs éventuels chevauchements, et les stratégies procédurales qu'offre cette pluralité de fondements juridiques.

7. - Cette coexistence peut également être source d'inspiration. Les dispositifs de protection attachés à d'autres secrets, souvent plus anciens et mieux maîtrisés par les praticiens, peuvent éclairer l'interprétation du régime du secret des affaires. Le juge, lorsqu'il se trouve confronté à une question nouvelle ou mal définie dans ce domaine, n'hésite pas à puiser des éléments de solution dans d'autres régimes juridiques plus éprouvés.

8. - Le secret bancaire, au sein de cette pluralité de secrets protégés par la loi, apparaît particulièrement intéressant. Il touche directement à la sphère économique tout en présentant des spécificités propres. Il offre ainsi un point de comparaison utile pour enrichir la réflexion sur la protection du secret des affaires. C'est dans cette perspective que Christophe Rapin est invité à exposer les éléments essentiels relatifs à la protection du secret bancaire, afin d'en dégager les enseignements susceptibles d'éclairer la matière du secret des affaires.

9. - **Christophe Rapin.** Pour situer le propos, il me semble nécessaire d'expliquer brièvement comment s'articulent en droit suisse le secret d'affaires et le secret professionnel, afin de pouvoir positionner le se-

cret bancaire, qui se situe en quelque sorte à la croisée de ces deux régimes.

10. - En droit suisse, plusieurs dispositions pénales protègent le secret d'affaires. Leur objectif est double : dissuader toute divulgation non autorisée et offrir aux entreprises un outil de défense efficace, notamment face à des demandes émanant d'autorités étrangères. Lorsqu'une entreprise suisse est sollicitée pour transmettre des informations sensibles à une autorité étrangère, elle peut invoquer la protection du secret d'affaires et exiger que la demande transite par les canaux diplomatiques officiels, ce qui, dans la pratique, conduit souvent à retarder ou neutraliser la transmission.

11. - Ce volet pénal vise ainsi à protéger la personnalité de la personne morale, la Suisse reconnaissant à celle-ci un droit à la protection de la personnalité, y compris dans sa dimension économique.

12. - Le second fondement du secret d'affaires réside dans la loi sur la concurrence déloyale, codifiée en Suisse à la différence du droit français. L'objectif n'est pas ici de protéger la personnalité de l'entreprise, mais le bon fonctionnement du marché. Le bien juridique protégé est la concurrence elle-même : il s'agit d'éviter que certains exploitent indûment le travail ou les informations d'autrui et de garantir un marché libéral régi par les principes de la bonne foi et de l'équité.

13. - Les dispositions relatives à la concurrence déloyale visent à garantir l'égalité entre les acteurs économiques, à instaurer ce que l'on appelle un *level playing field*. C'est le versant propre au secret d'affaires.

14. - Le secret professionnel, quant à lui, relève du Code pénal. Le bien juridique protégé n'est pas l'activité économique, mais la relation de confiance : celle du client avec son avocat, du patient avec son médecin ou du fidèle avec le ministre de son culte. L'objectif est de permettre à ces relations d'exister dans un climat de sécurité et de sincérité.

15. - C'est sur ces deux régimes que vient se greffer le secret bancaire. Il constitue une spécificité helvétique, même si la Suisse n'est pas la seule à l'avoir reconnu : la Belgique, l'Autriche et le Luxembourg disposent également d'un secret bancaire. Le Royaume-Uni, de son côté, a contourné la question en localisant dans les îles anglo-normandes les activités nécessitant la confidentialité.

16. - En Suisse, le secret bancaire repose sur l'article 47 de la loi fédérale sur les banques. Ce texte régit l'organisation et le fonctionnement des établissements bancaires : il s'agit donc avant tout d'une norme d'ordre structurel et organisationnel. Historiquement, cette disposition a été introduite à la demande des banques elles-mêmes dans les années 1930.

17. - À l'époque, l'activité bancaire relevait du droit cantonal. La Suisse étant un État fédéral, chaque canton disposait de ses propres règles en la matière. À la suite de plusieurs faillites retentissantes, il a été décidé d'unifier la réglementation au niveau fédéral. C'est lors de cette refonte que les établissements bancaires ont obtenu l'inscription du secret bancaire dans la loi, afin d'assurer la protection de leurs affaires et de leurs clients.

18. - L'adoption du secret bancaire dans les années 1930 s'inscrit dans un contexte économique mondial particulièrement troublé. La période est marquée par la crise et par la volonté de certains détenteurs de capitaux de préserver leurs avoirs face aux politiques de redressement budgétaire mises en œuvre dans plusieurs États. Ce contexte contribue à expliquer la genèse du secret bancaire : il s'agit d'abord de protéger et de pérenniser une industrie, celle de la banque, plus que de défendre un intérêt strictement individuel ou institutionnel.

19. - En réalité, le secret bancaire vise à protéger les clients, non la banque elle-même. La confidentialité ne tient pas tant à la situation de l'établissement — dont les bilans sont publics — qu'à celle de ses déposants. À ce titre, il importe de distinguer clairement le secret bancaire de la fraude fiscale : le premier n'implique pas nécessairement la seconde. La protection du secret répond aussi à des considérations de sécurité des personnes, dans des sociétés où l'exposition de la richesse peut comporter des risques réels.

20. - Le dispositif suisse est d'une rigueur exceptionnelle. L'article 47 de la loi fédérale sur les banques érige la violation du secret bancaire en infraction pénale, punie de trois ans d'emprisonnement, voire de cinq ans en cas de dessein d'enrichissement illégitime. La sévérité de ces sanctions est remarquable : dans la pratique, la peine maximale est souvent prononcée, ce qui témoigne de l'importance symbolique et économique du secret bancaire en Suisse.

21. - Le texte réprime non seulement la divulgation

d'un secret, mais également l'incitation à sa violation et l'exploitation d'informations ainsi obtenues. Cette dernière hypothèse vise notamment la presse, dont la liberté se trouve ainsi fortement restreinte : publier une information issue d'une violation du secret bancaire constitue en soi une infraction. À titre d'illustration, la seule révélation de la qualité de client d'un établissement bancaire — même anodine — tombe sous le coup de cette interdiction.

22. - Cette rigueur législative a contribué à conférer au secret bancaire suisse son caractère emblématique. Toutefois, il ne saurait être assimilé à une incitation à la fraude fiscale. La distinction entre les deux notions est essentielle : la protection de la confidentialité n'équivaut pas à la dissimulation fiscale.

23. - La pratique helvétique illustre la possibilité d'une conciliation entre secret bancaire et fiscalisation effective. Les établissements bancaires prélèvent un impôt anticipé de 35 % sur les revenus versés. Le contribuable peut ensuite choisir de déclarer ses avoirs, auquel cas il obtient le remboursement de cet impôt, ou de ne pas les déclarer, l'impôt étant alors considéré comme acquitté de manière anonyme. Ce système, bien que perfectible, démontre qu'il est possible d'articuler confidentialité et respect des obligations fiscales.

24. - **Valérie Malabat.** Je trouve cela évidemment très intéressant, et notamment le passage sur la fonction respectable du secret bancaire. C'est vrai que, depuis la France, on a toujours l'impression que le secret bancaire a été conçu pour empêcher la lutte contre le blanchiment ou contre la fraude fiscale. Je trouve particulièrement intéressante cette solution qui permet en réalité de payer ses impôts presque anonymement, en acceptant un prélèvement d'office par les banques, ce qui évite d'avoir à révéler l'intégralité de ses revenus. C'est une solution assez originale.

25. - En revanche, concernant les liens avec le secret professionnel, j'entends parfaitement l'idée qu'ils reposent sur des fondements différents. Le secret professionnel vise avant tout à protéger la relation de confiance entre deux personnes et à éviter l'usurpation d'un savoir-faire ou la divulgation d'informations sensibles. Le secret des affaires, quant à lui, dépasse selon moi largement la question du savoir-faire — on l'a d'ailleurs vu ce matin. Je défends une conception assez large du secret des affaires.

26. - Je perçois bien les différences de fondement et

d'objet entre les deux notions, mais j'ai tout de même l'impression qu'elles se recoupent fréquemment. En pratique, lorsque l'on invoque le secret des affaires, on peut très souvent invoquer également le secret professionnel, puisque ce secret des affaires est partagé par des personnes dans le cadre de leur emploi, de leur mission ou de leur profession. Pour le secret bancaire, c'est sans doute moins vrai, mais une entreprise qui détient des comptes auprès d'une banque lui confie nécessairement un certain nombre d'informations confidentielles. Si l'on retient une conception assez large du critère de la valeur commerciale, il y a là encore un chevauchement possible.

27. - La question que je me posais est la suivante : existe-t-il une dimension stratégique dans le choix du fondement juridique ? Autrement dit, y a-t-il des sanctions pénales en Suisse en cas de violation du secret des affaires ? En droit français, si l'on veut véritablement obtenir une sanction pénale, il faut se fonder sur la violation du secret professionnel, car la loi de 2018 n'a pas prévu de sanctions pénales spécifiques en matière de secret des affaires. Nous disposons bien d'infractions de droit commun, mais elles ne visent pas expressément cette hypothèse.

28. - **Christophe Rapin.** Absolument. En droit suisse, il existe bien certaines dispositions pénales générales qui protègent le secret des affaires, comme je le mentionnais tout à l'heure. Mais surtout, toutes les dispositions de la loi sur la concurrence déloyale qui concernent spécifiquement la protection du secret des affaires sont assorties de sanctions pénales.

29. - Peut-être juste un mot sur la question du blanchiment. Là, je fais un peu le « voyageur de commerce », mais c'est un point qui me tient à cœur : on oublie souvent que la directive européenne relative à la lutte contre le blanchiment d'argent s'inspire directement du droit suisse. Ce dispositif avait été mis en place bien avant dans notre pays, justement à cause du secret bancaire. Nous savions qu'avec un secret bancaire aussi fort, il fallait aussi que nous soyons irréprochables sur le plan du contrôle.

30. - **Valérie Malabat.** Une deuxième observation me vient à l'esprit concernant la force de la protection du secret bancaire. On peut comprendre cette force à la fois pour des raisons historiques et pour sa valeur intrinsèque. C'est aussi un instrument de crédibilité. Là où le secret des affaires représente un élément de com-

pétitivité, pour les banques, c'est un gage de crédibilité, et c'est cet argument qui justifie leur compétitivité. Je comprends parfaitement cette logique.

31. - Je me demande si cette force de protection du secret bancaire est transposable au secret des affaires. Il existe une ambiguïté dans notre époque entre l'exigence de transparence, qui se développe sans cesse à travers les obligations de déclaration et les règles de compliance, et le secret, valorisé comme un actif ou une richesse. Il semble qu'un certain équilibre doive s'établir entre ces deux exigences.

32. - Je me demande si cette logique, qui s'applique au secret bancaire, pourrait s'appliquer telle quelle au secret des affaires, ou si l'intérêt général est moins présent dans ce dernier cas, ce qui ne justifierait pas une protection aussi large.

33. - **Christophe Rapin.** Je répondrais en deux temps. Concernant le secret des affaires, il s'agit d'une problématique relative, non absolue, qui ne répond pas à un intérêt public ou général. La question centrale est de savoir si l'on considère que mon concurrent est en train de s'approprier mes idées pour me nuire. Si je m'en plains, je le fais ; si je ne m'en plains pas, je ne le fais pas. Les exemples cités ce matin sur les mesures de protection illustrent bien cette relativité.

34. - En revanche, le secret bancaire en Suisse a été conçu comme relevant d'un intérêt général prépondérant. Les banques ont en quelque sorte raté le virage du secret bancaire en l'érigant en forteresse, ce qu'elles n'auraient pas dû faire. Il aurait été préférable de reconnaître que c'est un intérêt important, certes, mais à mettre en balance avec d'autres intérêts légitimes, comme l'intérêt fiscal.

35. - Aujourd'hui, la problématique n'est pas juridique mais politique. En ayant transformé le secret bancaire en forteresse, les banques ont ouvert la voie à son démantèlement. Une approche plus raisonnable aurait consisté à reconnaître son importance tout en la corrélant avec d'autres intérêts publics, sans le rendre systématiquement prédominant.

36. - **Valérie Malabat.** Il existe des méthodes qui ne sont pas très éloignées de celles que l'on connaît en matière de secret des affaires, où l'on met en balance la protection du secret avec d'autres intérêts.

37. - La deuxième thématique de cette table ronde

porte sur ce qui se passe une fois que la protection du secret des affaires a échoué. Lorsqu'une atteinte est portée à un secret, il faut se demander si cette atteinte peut être sanctionnée et comment elle peut l'être. Il s'agit également de déterminer si l'on peut réparer cette atteinte, notamment en accordant à la victime des dommages-intérêts, puisque restaurer la confidentialité perdue semble difficile.

38. - Concernant la sanction, il faut rappeler que la loi de 2018, qui a intégré la directive européenne de 2016 en droit français, n'a pas créé de nouvelles infractions pénales spécifiques à la violation d'un secret des affaires. On peut considérer que les infractions existantes, comme le vol ou la violation de la confiance, permettent déjà de sanctionner une atteinte au secret. On peut également regretter ce choix.

39. - La loi prévoit toutefois des mesures permettant de prévenir ou de faire cesser les atteintes, et de réparer les violations du secret des affaires. Il n'existe donc pas de dimension punitive spécifique, mais des mesures de réparation, incluant la cessation de l'atteinte.

40. - Je me suis interrogée sur l'application possible de la loi DDADUE, adoptée en avril 2025, qui a instauré une sanction civile de la faute lucrative, codifiée à l'article 1254 du Code civil. Cette disposition pourrait offrir une sanction civile spécifique pour violation du secret des affaires, non pénale, versée à l'État pour alimenter un fonds, plutôt que des dommages-intérêts punitifs pour la victime.

41. - L'application de cet article pose certaines questions. Il faut remplir les conditions du texte, qui impose l'existence d'une faute lucrative. Dans le cadre du secret des affaires, l'atteinte est généralement anti-concurrentielle, car elle permet au concurrent de s'enrichir ou de nuire au détenteur du secret. Cette condition semble donc remplie.

42. - Une difficulté supplémentaire réside dans l'exigence que la faute lucrative ait causé un ou plusieurs dommages à plusieurs personnes physiques ou morales placées dans une situation similaire. Il semble envisageable d'appliquer cette hypothèse, par exemple en matière de franchise. La violation d'un secret partagé au sein d'un contrat de franchise peut affecter plusieurs franchisés, ce qui correspondrait à cette condition.

43. - Une autre question concerne l'articulation de

l'article 1254 avec le régime général du secret des affaires. Cet article, intégré dans le Code civil, relève du droit commun et est applicable tant à la responsabilité contractuelle qu'extra-contractuelle. La question se pose de savoir si l'on peut l'appliquer en complément du dispositif de la loi de 2018 et ainsi hybrider les régimes. Pour éclairer ce point, Cyril Bonan intervient.

44. - **Cyril Bonan.** La première fois que j'ai entendu parler du secret des affaires remonte à mes débuts professionnels, lors d'une audience de référé fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile. Mon maître de stage m'avait confié un dossier, mais en arrivant au tribunal, je n'ai trouvé aucune trace de l'affaire. Après avoir vainement cherché, j'ai appelé mon maître de stage depuis une cabine téléphonique – c'était avant les portables – pour lui expliquer la situation. Il m'a alors répondu : « Dis le secret des affaires ».

45. - C'est ainsi que j'ai découvert cette notion, qui à l'époque n'était pas véritablement définie : elle servait avant tout de refuge procédural commode. Elle permettait, en pratique, d'écarter certaines pièces dont la communication paraissait inopportune.

46. - Cette première expérience contraste fortement avec la situation actuelle. Comme cela a été rappelé ce matin, la pratique des référés fondés sur l'article 145 est aujourd'hui devenue excessivement complexe. Le régime du secret des affaires, dans sa forme contemporaine, a profondément transformé – et, à bien des égards, désorganisé – la logique de ces mesures d'ins-truction préventives.

47. - En tant que praticien, j'observe que le législateur, européen d'abord puis français, a multiplié les définitions et les procédures dans une volonté sans doute louable de protection. Mais le résultat est un dispositif d'une complexité extrême. Pour le dire simplement, du point de vue de la défense, le secret des affaires est devenu un instrument procédural très efficace : il permet de ralentir et de rendre plus incertain le déroulement des instances.

48. - De ce point de vue, le dispositif actuel représente un réel progrès. En revanche, lorsqu'il s'agit d'invoquer le secret des affaires, la prudence reste de mise.

49. - J'en viens donc à la question du volet pénal, que vous m'avez demandé d'aborder. Le choix opéré par la directive européenne, comme vous l'avez rappelé, a été de privilégier un régime de responsabilité civile

tout en laissant la possibilité aux États membres d'instaurer des sanctions pénales. La France, estimant que la violation du secret des affaires ne justifiait pas une répression d'une telle gravité, a choisi de ne pas retenir cette option.

50. - Tel n'est pas le cas d'autres pays. La Suisse, la Pologne, l'Autriche, l'Allemagne ou encore le Canada ont, pour leur part, prévu des incriminations pénales spécifiques en la matière. En France, plusieurs projets avaient pourtant envisagé d'introduire un tel dispositif. Les débats parlementaires et doctrinaux, comme l'a souligné le rapport capitaine, ont toutefois mis en évidence la difficulté d'aboutir à des définitions claires, à des notions suffisamment précises et à des procédures cohérentes.

51. - Ces incertitudes conceptuelles et procédurales rendaient périlleuse toute incrimination. L'un des projets de loi avait pourtant envisagé de sanctionner la violation du secret des affaires par une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Une telle perspective apparaissait manifestement disproportionnée au regard de la nature de l'intérêt protégé et du champ d'application du texte.

52. - Finalement, cette orientation n'a pas été retenue. Le législateur français a choisi de demeurer sur le terrain civil, en confiant exclusivement à la responsabilité civile la répression des atteintes au secret des affaires.

53. - Il demeure que certains cas présentent une gravité telle que la simple réparation civile ne saurait suffire. Dans la pratique, il existe des hypothèses où la violation d'un secret des affaires revêt un caractère particulièrement grave : détournement d'informations stratégiques, appropriation de fichiers de clientèle ou encore divulgation d'éléments essentiels à la compétitivité d'une entreprise.

54. - Ces situations concernent fréquemment d'anciens salariés ou dirigeants ayant exploité des données confidentielles à des fins personnelles ou concurrentielles. Dans d'autres cas, le détournement d'informations peut toucher des organismes privés chargés d'une mission de service public, ce qui accroît encore la gravité des faits.

55. - Dans ces hypothèses, il est clair que le régime de la responsabilité civile ne suffit pas à rétablir l'équilibre ni à prévenir efficacement les atteintes. Le droit pénal commun offre alors les outils nécessaires. Cer-

taines infractions préexistantes – telles que l'abus de confiance – s'avèrent parfaitement adaptées à la répression des détournements de secrets d'affaires.

56. - La jurisprudence récente en atteste : plusieurs décisions ont sanctionné de tels comportements sur le fondement du droit pénal commun, sans qu'il soit besoin de recourir au dispositif spécifique du secret des affaires. Dans les cas les plus caractérisés, la voie pénale – qu'il s'agisse d'une plainte avec constitution de partie civile ou d'une citation directe – se révèle d'une efficacité redoutable. Les peines prononcées sont souvent sévères et exercent un effet dissuasif réel. Autrement dit, il n'est nul besoin de créer de nouvelles incriminations : le droit commun pénal suffit amplement à sanctionner les violations les plus graves du secret des affaires.

57. - La chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment confirmé l'efficacité du droit pénal commun dans la répression des atteintes au secret des affaires. Dans un arrêt du 22 mars 2017, elle a retenu la qualification d'abus de confiance à l'encontre d'un salarié ayant détourné des informations relatives à la clientèle de son entreprise.

58. - En pratique, les secrets d'affaires concernent fréquemment des fichiers clients, parfois des techniques, procédés ou savoir-faire, mais la plupart des contentieux portent sur des cas de concurrence déloyale impliquant le détournement de bases de données commerciales ou de données financières sensibles relatives au chiffre d'affaires. La Cour a jugé que le fait, pour un salarié, d'utiliser de telles informations par des procédés déloyaux dans le but d'attirer la clientèle de son ancien employeur, caractérise un abus de confiance. Les condamnations prononcées à ce titre s'accompagnent d'amendes substantielles.

59. - Le vol constitue également une incrimination efficace. Le vol de fichiers, qu'il soit commis par intrusion dans un système informatique ou par appropriation directe de données, est sanctionné aussi bien pour l'auteur de la soustraction que pour le recel des informations dérobées. Plusieurs décisions – notamment celles du 20 mai 2015 et du 5 décembre 2018 – illustrent cette application. La caractérisation de l'intention frauduleuse ne pose guère de difficulté lorsque l'auteur a, par exemple, contourné une protection informatique ou profité d'une défaillance du système pour copier des données. Ainsi, le droit pénal commun offre un cadre

clair et opérationnel pour réprimer les atteintes les plus graves au secret des affaires. Il demeure, dans la stratégie contentieuse, un outil particulièrement utile et dissuasif. Il n'existe certes aucune incrimination spécifique en la matière, mais ce n'est pas une lacune : la complexité du régime civil justifie amplement que l'on s'en tienne aux qualifications pénales existantes. De plus, certaines affaires combinent ces infractions de droit commun – vol, détournement, abus de confiance – avec des violations du secret professionnel, du secret des correspondances ou encore des faits d'espionnage économique.

60. - Nous disposons finalement d'un arsenal de droit commun qui répond déjà aux besoins. S'il est parfois mal utilisé, ce n'est pas en raison d'une insuffisance des textes, mais plutôt d'un réflexe consistant à vouloir créer des mécanismes nouveaux, supposés parfaits, qui aboutissent surtout à une inflation normative. On construit des dispositifs très aboutis sur le papier, mais dont l'utilisation pratique devient presque illisible.

61. - L'illustration la plus parlante est sans doute la définition légale du secret des affaires. Beaucoup s'en félicitent : « enfin une définition ! ». Mais fallait-il réellement définir ce qu'est un « secret des affaires » ? Chacun comprend intuitivement ce qu'est un secret ; fallait-il encore préciser qu'il devait présenter une nature commerciale, ou qu'il devait être protégé en tant que tel ? Cette sophistication excessive conduit à un dispositif aussi ambitieux qu'inopérant.

62. - À cet égard, le contraste est frappant avec des systèmes juridiques qui ne connaissent pas de régime spécifique du secret des affaires. Je me permets de le dire : au Maroc, l'absence d'un tel dispositif n'est peut-être pas un manque. Il serait peut-être plus judicieux d'adapter marginalement les mécanismes de droit commun, souvent plus efficaces en pratique, plutôt que d'introduire un système complexe dont l'usage pourrait s'avérer décevant.

63. - S'agissant maintenant de la réparation, la question porte notamment sur la nécessité d'une incrimination spécifique. De mon point de vue, en droit français, elle n'apparaît pas du tout indispensable. Le droit commun permet déjà de sanctionner de manière satisfaisante les atteintes les plus graves.

64. - Reste la question de l'article 1254 du Code civil, introduisant la notion de faute lucrative. Tu m'avais indi-

qué être réservée sur la possibilité de l'appliquer dans l'hypothèse de dommages sériels, en particulier en matière d'atteinte au secret des affaires. C'est effectivement une interrogation essentielle : dans ce type de contentieux, peut-on véritablement mobiliser ce mécanisme pour récupérer l'intégralité du gain réalisé par l'auteur de l'atteinte, alors même que ce gain peut résulter d'une pluralité d'actes et de préjudices difficiles à individualiser ?

65. - Je me demandais si cette voie représentait réellement une piste pertinente. Peut-être est-ce lié à ma formation, mais je reste attaché à l'idée classique d'une réparation intégrale fondée sur le préjudice. Or, à travers les mécanismes introduits par la directive puis par la loi de 2018, on s'éloigne de cette logique.

66. - Le premier glissement tient aux modalités de réparation prévues en cas d'atteinte au secret des affaires : l'indemnité forfaitaire ou, plus encore, la prise en compte du profit réalisé par l'auteur de la violation. L'idée n'est pas inintéressante, mais demeure très théorique. Comment, en pratique, établir la preuve du bénéfice effectivement tiré de l'atteinte ? Comment déterminer la part du profit imputable à la seule violation du secret ? En théorie, on trouvera toujours des experts prêts à se prononcer. Dans les faits, la démonstration apparaît incertaine.

67. - Le Conseil d'État avait été interrogé sur la compatibilité de ces mécanismes avec le principe de réparation intégrale. Il avait écarté la difficulté en considérant que la prise en compte du gain réalisé pouvait parfaitement s'inscrire dans la logique indemnitaire. Mais ce raisonnement ouvre une brèche : on quitte la stricte réparation du dommage pour se rapprocher d'un système qui tend, par étapes successives, vers une forme de sanction civile.

68. - La loi DDADUE accentue ce mouvement, en introduisant une sanction liée à la faute lucrative. On se rapproche ainsi des dommages-intérêts punitifs. Sur le plan conceptuel, pour un juriste formé au droit civil, la rupture est profonde. Ces notions relèvent de traditions juridiques anglo-saxonnes, développées dans un environnement judiciaire où les montants alloués peuvent être considérables, où les jurés disposent d'un pouvoir d'appréciation large, et où la logique transactionnelle domine. Aucun de ces éléments ne correspond à notre système.

69. - La culture judiciaire française reste marquée par

une grande retenue dans l'évaluation des montants. L'idée que des sanctions civiles très lourdes puissent être prononcées pour des atteintes de cette nature suppose une transformation profonde de la formation et de la pratique des magistrats. Notre justice n'est pas pensée pour infliger ce type de mesures, ni pour fonctionner dans un cadre où la menace d'une condamnation financière massive sert d'instrument de négociation.

70. - Conceptuellement, ce dispositif ne me semble pas adapté. Il est déjà difficile, en pratique, d'identifier des situations où un produit serait directement et exclusivement issu de la violation d'un secret des affaires. Si l'on met de côté les hypothèses classiques de concurrence déloyale, de contrefaçon de brevets ou de marques, bref tout ce qui relève de la propriété intellectuelle, les cas dans lesquels un concurrent fabriquerait un produit reposant uniquement sur l'appropriation illicite d'un secret me paraissent largement théoriques.

71. - Dans ces conditions, envisager en plus un dommage sériel paraît encore plus irréaliste. Le dommage sériel est l'apanage des produits défectueux, des scandales pharmaceutiques, des grandes affaires de fraude. Imaginer qu'une violation de secret des affaires puisse produire des dommages de masse répondant aux conditions de l'article 1254 me semble très éloigné de la pratique. Théoriquement, tout est possible ; en réalité, l'articulation de ces trois éléments est improbable.

72. - On constate ainsi une superposition de régimes sans véritable cohérence : responsabilité contractuelle, délictuelle, responsabilité spéciale du secret des affaires, normes pénales et, à côté de cela, un juge pénal susceptible d'allouer des dommages et intérêts civils. L'ensemble devient difficilement lisible et conduit à un système où se juxtaposent des mécanismes autonomes sans vision d'ensemble. Plutôt que de créer toujours plus de dispositifs spécifiques, il serait sans doute opportun de repenser globalement le régime de responsabilité civile.

73. - Les questions de prescription illustrent bien cette absence d'harmonie. La directive permettait une durée de six ans ; le législateur français a retenu cinq ans, alors que la prescription pénale est, elle, fixée à six ans. Cette simple divergence est source de difficultés. Que devra faire un juge pénal amené à statuer sur l'action civile dans un dossier impliquant une violation du se-

cret des affaires ? Quel délai appliquer ? À ce stade, je ne sais pas répondre.

74. - **Valérie Malabat.** La répression pénale spécifique du secret des affaires a été écartée. L'idée d'une sanction civile autonome fondée sur l'article 1254 doit également être abandonnée, car elle ajouterait une couche de complexité inutile. Je ne suis pas en désaccord sur ce point, même si la discussion reste ouverte. L'application de ce mécanisme demeurerait, en tout état de cause, cantonnée à des hypothèses très particulières, sans lien avec la majorité des situations de violation du secret des affaires.

75. - Reste donc la réparation. La loi de 2018 institue un système relativement complet, en particulier au regard des conditions de mise en œuvre : toute atteinte illicite peut donner lieu à réparation. La simple obtention du secret, avant même toute utilisation, tout profit ou tout préjudice concurrentiel effectif, constitue en elle-même une faute génératrice de responsabilité. L'obtention, l'utilisation ou l'exploitation illicites sont sanctionnées, qu'elles aient été intentionnelles ou commises par négligence. Le dispositif est ainsi particulièrement large, et la caractérisation du manquement devrait, dans la pratique, être assez aisée.

76. - L'intérêt principal du mécanisme réside dans les modalités de réparation retenues. Elles s'écartent de celles du droit commun, notamment s'agissant de l'évaluation du préjudice. Ces dispositions figurent à l'article L.152-6 du Code de commerce, qui transpose fidèlement la directive. Le dispositif ne retient pas de dommages-intérêts punitifs — le terme n'apparaît nulle part — mais il instaure une méthode d'évaluation du préjudice qui demeure singulière. Le texte précise que les dommages-intérêts sont fixés « en réparation du préjudice effectivement subi ». C'est un point important : le juge dispose d'une certaine latitude pour déterminer le montant, mais il demeure tenu par le principe du préjudice réellement éprouvé. En principe, on reste donc dans le cadre de la réparation intégrale.

77. - La juridiction doit prendre en considération, distinctement, ce qui n'est pas sans interroger, trois catégories d'éléments. En premier lieu, les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret : manque à gagner, perte subie, perte de chance. En deuxième lieu, le préjudice moral. En troisième lieu, et c'est l'élément véritablement original du dispositif, les bénéfices tirés par l'auteur de l'atteinte, y compris

les économies réalisées en évitant des investissements intellectuels, matériels ou promotionnels. Le juge évalue donc séparément chacun de ces postes, avant de déterminer un montant global de dommages-intérêts.

78. - À cela s'ajoute la possibilité, ouverte à la juridiction sur demande de la victime, d'opter — de manière alternative — pour l'allocation d'une somme forfaitaire. Il s'agit d'un véritable choix stratégique pour la partie lésée : plutôt que d'entrer dans une évaluation détaillée et poste par poste du préjudice, elle peut solliciter une indemnité forfaitaire calculée notamment en fonction des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait sollicité une autorisation d'usage du secret. Cette somme peut en outre se cumuler avec la réparation du préjudice moral. L'ensemble contribue à un mécanisme particulièrement complexe.

79. - Plusieurs difficultés apparaissent.

80. - La première tient à la prise en compte des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte, qui semble difficile à concilier avec le principe classique de réparation intégrale, même si le texte prétend ne pas s'en écarter. Comment déterminer ces bénéfices ? Comment mesurer, de manière rigoureuse, les économies d'investissement ou les gains retirés de l'exploitation du secret ?

81. - Deuxième difficulté : l'exigence, inscrite dans le texte, d'une évaluation distincte de chaque chef de préjudice. Cela impose, en pratique, une démonstration probatoire particulièrement fine pour le manque à gagner, la perte subie, le préjudice moral, ainsi que pour les avantages tirés de la violation. La charge de la preuve risque d'être lourde, voire, dans certains cas, délicate à satisfaire.

82. - Troisième difficulté : le choix entre une évaluation détaillée et la somme forfaitaire. Cette dernière paraît, elle aussi, d'une grande incertitude, tant les critères de fixation demeurent peu précis. Elle ouvre donc un espace de variabilité important dans le montant final alloué.

83. - S'ajoute enfin une interrogation d'ensemble sur l'efficacité réelle du mécanisme de réparation. Sur le plan intrinsèque, permet-il réellement de compenser les conséquences de l'atteinte au secret ? Est-il suffisamment dissuasif, alors même qu'aucune sanction civile ou pénale spécifique n'est attachée au dispositif du Code de commerce ? Sur le plan extrinsèque, comment se situe-t-il par rapport à d'autres instruments — par

exemple la violation d'un accord de confidentialité assorti d'une clause pénale — qui peuvent parfois offrir des voies plus directes et prévisibles ?

84. - C'est dans cette perspective comparative qu'intervient utilement l'éclairage de Me Cruz : le droit marocain, dépourvu de texte spécifique sur le secret des affaires, offre une approche radicalement différente. On pourrait, selon la logique développée ce matin, y voir un système plus souple ou plus protecteur. Mais il suscite lui aussi des difficultés d'évaluation du dommage en cas d'atteinte au secret. C'est précisément sur ce point que son analyse sera particulièrement éclairante.

85. - **Elias Khrouz.** Merci pour l'honneur d'intervenir une seconde fois aujourd'hui. Je vais saisir la remarque formulée tout à l'heure sur l'absence d'intégration du secret des affaires en droit marocain, mais j'y reviendrai dans un second temps. Si vous le permettez, je commencerai par un cas pratique que nous traitons actuellement au cabinet, car il permet d'illustrer très concrètement les problématiques que nous évoquons.

86. - L'affaire concerne principalement le Maroc, tout en produisant des effets juridictionnels en France : une manière, finalement, d'observer la France depuis le Maroc. Pour résumer simplement, une société A de droit marocain a constitué une joint-venture avec une société B de droit français. Les deux pouvaient être considérées, si l'on raisonnait en termes de secret des affaires, comme co-détentrices d'informations protégées. La société B avait détaché auprès de la société A un salarié qui, au fil du temps, avait accumulé une quantité considérable d'informations confidentielles : listings, méthodes, savoir-faire, organisation interne.

87. - Quatre jours après sa démission, ce salarié crée une société concurrente. Dès son premier exercice, cette nouvelle entité réalise un chiffre d'affaires très élevé pour une première année, équivalent à celui que notre client n'avait atteint qu'au bout de dix ou onze ans d'activité. La qualification d'agissement parasitaire s'est immédiatement imposée.

88. - Un élément important : toutes les informations avaient été transmises volontairement au salarié dans le cadre de ses fonctions. Il n'y avait donc pas eu d'intrusion, ni d'accès non autorisé au système d'information. Nous devons donc identifier les fondements juridiques mobilisables à la fois au Maroc et en France, le défendeur exerçant des activités dans les deux pays, et les demandeurs potentiels étant eux-mêmes répartis

entre les deux territoires.

89. - Au Maroc, plusieurs fondements juridiques étaient envisageables. D'abord, sur le terrain pénal, l'abus de confiance et le vol. On sous-estime souvent la plasticité de ces qualifications et leur capacité à s'appliquer à des éléments immatériels : elles ne concernent pas uniquement des biens matériels. L'infraction d'atteinte au système d'information a été exclue immédiatement, faute d'éléments permettant de démontrer une intrusion.

90. - Nous avons également examiné les outils de la propriété intellectuelle, tant civils que pénaux. Une particularité méritait d'être soulignée : la question des bases de données. Le droit marocain ne reconnaît pas de droit *sui generis* sur les bases de données. Il fallait donc rapporter la preuve de l'originalité du contenant, c'est-à-dire de la structuration même de la base. Restait enfin le terrain de la concurrence déloyale et celui de la responsabilité délictuelle. J'y reviendrai, car la quantification du préjudice en droit marocain constitue une difficulté majeure, bien plus qu'un simple « caillou dans la chaussure ».

91. - En France, deux fondements principaux pouvaient être mobilisés. Le droit social a été écarté très rapidement : devant les juridictions prud'homales, les chances de succès étaient inexistantes. Demeuraient donc le secret des affaires et le parasitisme. Concernant le secret des affaires, la faiblesse essentielle du dossier résidait dans la négligence manifeste des deux partenaires. La question des mesures raisonnables de protection était déterminante et la société française avait, sur ce point, fait preuve d'une légèreté difficilement justifiable.

92. - Du côté de notre client, la difficulté tenait davantage à un manque de culture de la confidentialité et à une absence de compréhension de ce que recouvre la notion de secret d'affaires. En l'absence de dispositif juridique dédié, les entreprises marocaines sont moins enclines à mettre en place des mesures raisonnables de protection. Ce contexte expliquait, pour partie, la vulnérabilité de la situation.

93. - L'ensemble de ce dossier a mis en lumière les forces et les faiblesses respectives des deux systèmes juridiques. Si l'on doit dégager deux points essentiels, le premier tient à l'extrême fragilité du cadre probatoire au Maroc. Certes, le droit de la procédure civile comme celui de la procédure pénale comportent des

dispositions rédigées en termes suffisamment larges pour envisager des mises sous séquestre, des saisies, des investigations ou des visites de lieux. Mais, en pratique, les juridictions se montrent d'une prudence excessive dans l'octroi de ces mesures. Il est particulièrement difficile de sécuriser les preuves, et plus encore d'obtenir de véritables mesures conservatoires qui ne se limitent pas à la simple préservation de ces preuves. Cela complique considérablement l'anticipation et l'évaluation du préjudice.

94. - Le Code de procédure civile offre pourtant des leviers qui pourraient être mieux utilisés. À l'inverse, la loi relative aux juridictions de commerce renvoie aux critères classiques d'urgence et d'absence de contestation sérieuse. Or cette dernière notion constitue un refuge commode : les juges y recourent volontiers pour renvoyer les parties au jugement au fond. Cette lecture particulièrement restrictive réduit notablement l'efficacité des procédures d'urgence.

95. - En France, les perspectives étaient sensiblement plus favorables, tant en matière de mesures probatoires que de réparation. Le second point essentiel de comparaison concerne précisément la notion de préjudice et les modalités de l'indemnisation. En droit marocain, deux ensembles doivent être distingués.

96. - Le premier relève de la propriété intellectuelle. On y retrouve des mécanismes proches de ceux que vous avez évoqués : la possibilité de réparer un préjudice moral, la prise en compte du manque à gagner, de la perte subie, des bénéfices réalisés du fait de l'atteinte, mais aussi la référence au montant qui aurait été dû si l'auteur avait sollicité une autorisation d'utiliser l'actif litigieux. Autant de notions directement empruntées au droit de la propriété intellectuelle. Ce cadre offre, en théorie, un éventail relativement large de postes indemnitaires.

97. - Le second ensemble concerne le droit de la concurrence, dont la portée indemnitaire est nettement plus limitée. En matière de concurrence déloyale, les réparations demeurent très modestes. Et même dans le champ de la propriété intellectuelle, l'écart entre les principes et leur application judiciaire est considérable. Démontrer devant un juge les gains effectivement réalisés par l'auteur d'une atteinte tient souvent de la gageure. Par ailleurs, le rôle des experts est déterminant, or ils ne sont que rarement spécialisés et ont plutôt tendance à réduire les évaluations. Les

juges, ensuite, réduisent encore ces montants.

98. - L'examen de la jurisprudence récente le confirme : les dommages-intérêts se situent le plus souvent entre 3 000 et 10 000 dirhams, parfois autour de 100 000 dirhams, et exceptionnellement autour d'un million. Ces montants demeurent dérisoires, qu'il s'agisse de concurrence déloyale ou d'atteintes à des droits de propriété intellectuelle. De manière tout à fait exceptionnelle, une décision peut s'écarter de cette pratique, comme récemment dans un dossier d'abus de position dominante dans le secteur des télécommunications, où le montant s'est élevé à 6,4 milliards de dirhams. Mais ce type de décision relève presque de l'événement historique et ne reflète en rien le quotidien du praticien.

99. - Concrètement, les entreprises lésées ne fondent donc aucune stratégie sur l'espoir d'obtenir une indemnisation significative : ce qu'elles recherchent avant tout, ce sont des mesures de cessation. Le constat est regrettable, mais il est structurel.

100. - Dans ces conditions, et pour revenir à la question initialement soulevée, un praticien du droit marocain sera naturellement enclin à privilégier d'abord une amélioration du fonctionnement de la procédure civile et de la procédure pénale, ainsi qu'une coopération plus efficace avec les experts, afin de maximiser ce que permettent déjà les fondements existants. Ce n'est qu'une fois ces leviers optimisés qu'il devient pertinent d'envisager l'introduction de nouveaux fondements ou dispositifs. Cette démarche progressive relève d'ailleurs de la logique même du contentieux : tirer pleinement parti de l'existant avant de créer du nouveau.

101. - **Valérie Malabat.** J'ai trouvé cet exposé très éclairant. Sur la question de l'évaluation, les critères posés par le droit français sont connus dans d'autres matières, mais ils ne résolvent pas tous les problèmes pratiques. Du point de vue du droit français, on pouvait considérer qu'il s'agissait d'un progrès : ces critères permettent de prendre en compte non seulement le préjudice subi par la victime, mais aussi l'enrichissement de l'auteur. Or, ces deux éléments ne sont pas nécessairement corrélés.

102. - En théorie, cela semblait améliorer l'évaluation du préjudice et la détermination de la réparation à accorder. Mais en pratique, les difficultés d'évaluation de l'appauvrissement de la victime et de l'enrichissement de l'auteur sont telles qu'il est légitime de douter de

l'efficacité réelle de ce dispositif. En ce sens, la position du droit marocain n'est pas très éloignée.

103. - Du point de vue du droit suisse, je me demande si les modalités d'évaluation du préjudice diffèrent : les critères sont-ils différents ? Les difficultés pratiques sont-elles comparables ou atténuées dans ce système ?

104. - **Christophe Rapin.** Du point de vue du droit suisse, ce que vous avez dit sur l'inflation législative m'a particulièrement plu. Quelques mots rapides sur le secret des affaires : en Suisse, la protection du secret et sa violation s'inscrivent intrinsèquement dans le cadre de la concurrence déloyale. Il est difficile d'imaginer une action en dehors de ce contexte, qu'il s'agisse de prévention du trouble, de cessation du trouble ou de réparation des dommages : tout se déroule nécessairement dans ce cadre.

105. - La tradition suisse est de ne pas surenchérir. Une fois les principes fixés – contractuels ou délictuels –, on applique les règles de manière directe et pragmatique, sans complexité excessive. Je nuancerai toutefois un point : il ne faut pas sous-estimer la force pratique de la possibilité de réclamer le profit ou le bénéfice. Dans la pratique, lorsqu'un procès est suffisamment avancé pour que cette question soit discutée, il est fréquent que les parties transigent à ce stade.

106. - Cette possibilité de transiger est étroitement liée au secret des affaires. En pratique, lorsqu'on commence à s'interroger sur le montant exact des profits réalisés, les modalités et les raisons, l'entreprise qui doit répondre risque de devoir divulguer beaucoup d'informations sensibles. Elle préfère donc souvent trouver un accord – par exemple une licence ou une indemnité – pour éviter de rentrer dans les détails, ce qui rend le dispositif pragmatique et utile.

107. - Deux mots sur la réparation et la violation du secret bancaire. Au plan pénal, les sanctions sont sévères : les banques veillent à protéger la « forteresse » et toute négligence d'un employé peut donner lieu à une plainte pénale. En revanche, en matière civile, les cas de réparation pour violation du secret bancaire sont rares en dehors des situations de fraude fiscale ou de blanchiment d'argent. Dans la pratique, recréer un dommage concret à partir d'une violation bancaire est souvent difficile.

108. - Un exemple particulièrement intéressant concerne la transmission de listes de clients fran-

çais aux agents du fisc français par des employés de banques UBS, contre rémunération. En Suisse, pour engager la responsabilité délictuelle, il faut un acte illicite, une faute, un dommage et un lien de causalité entre l'acte et le dommage.

109. - Dans cette affaire, UBS a reconnu l'acte illicite et la faute, mais a plaidé l'absence de dommage. Le tribunal fédéral a confirmé ce raisonnement : la créance fiscale existait avant le redressement, qui ne fait que constater cette créance. Ainsi, sur le plan patrimonial, il n'y a pas de variation de patrimoine imputable à l'acte de violation du secret bancaire.

110. - Cette décision protège donc fortement les banques : même en cas de redressement fiscal lié à une violation du secret bancaire, l'absence de dommage empêche d'engager leur responsabilité civile.

111. - **Cyril Bonan.** Je réalise, à vous écouter, que mon intervention précédente donnait une vision trop négative et surtout très incomplète. Il existe tout de même plusieurs éléments qui, à mon sens, ouvrent des perspectives intéressantes, même si la loi actuelle ne les traite pas encore de manière parfaitement satisfaisante.

112. - Le premier point concerne la prise en compte du bénéfice réalisé par l'auteur de la violation. Cette notion doit, selon moi, progresser. En matière de concurrence déloyale, en droit français, on ne retient traditionnellement pas les économies réalisées ou les avantages obtenus par l'auteur de la faute pour évaluer le préjudice de la victime. Or, cette prise en compte serait admise pour le secret des affaires, mais pas pour la concurrence déloyale. Il y a là une incohérence : il serait paradoxal qu'une violation du secret des affaires ouvre la voie à une réparation plus importante qu'un détournement de clientèle ayant permis à une entreprise concurrente de prospérer. Cette disposition pour-

rait donc constituer un levier d'évolution de la jurisprudence en concurrence déloyale.

113. - Ensuite, le dispositif présente à mon avis une utilité réelle, et c'est précisément là que j'entrevois, comme praticien, une voie intéressante à exploiter. Le terrain du 145 reste extrêmement délicat, presque ingérable en pratique.

114. - Sur la réparation, la logique indemnitaire va nous pousser à emprunter des méthodes issues du droit de la concurrence, en particulier les scénarios contrefactuels. L'objectif consiste à reconstituer un préjudice, à produire un chiffrage crédible, à identifier soit des bénéfices hypothétiques, soit une indemnité théorique. Les spécialistes du droit de la concurrence maîtrisent bien ces approches, donc on devrait pouvoir les transposer utilement en matière de secret des affaires.

115. - Le véritable progrès se situe, selon moi, dans le traitement procédural de la violation une fois qu'elle est établie. Le régime issu de la directive diffère des mécanismes habituels des mesures provisoires. La notion de trouble manifestement illicite disparaît, et la contestation sérieuse, qui servait si souvent de refuge au juge pour renvoyer les parties au fond, n'a plus de place. On se retrouve face à un simple trouble illicite, ce qui rend l'action plus accessible. La conséquence est loin d'être théorique : le référé ou la requête deviennent des outils plus efficaces pour obtenir immédiatement la cessation du trouble, la restitution des informations ou l'interdiction de leur utilisation. La procédure sur requête présente même un attrait particulier : on peut tenter, et si cela échoue, cela reste confidentiel. Cela vaut clairement l'essai. Ce mécanisme s'avère donc plutôt bien conçu. Les conditions apparaissent plus souples, plus maniables en pratique et, à mon sens, nettement plus attractives.

Propos conclusifs

Valérie MALABAT

Professeur à l'Université de Bordeaux, Vice-présidente de l'Association Capitant, co-auteur du rapport Capitant

1. - L'objectif de cette journée était de présenter et de tester le rapport Capitant, en se concentrant sur les points jugés essentiels, à savoir l'efficacité du dispositif français de protection du secret des affaires, issu de la directive de 2016 et transposé par la loi de 2018¹. L'ambition d'efficacité de ce dispositif est nécessaire, mais elle reste difficile à atteindre.

2. - Elle est nécessaire car il ne faut pas perdre de vue la fonction sociale du droit. Ajouter des dispositions légales uniquement pour la forme, ou pour satisfaire des engagements européens, peut s'avérer inutile, surtout si les règles existantes permettent déjà de répondre aux situations. Comme le disait un Bordelais : les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires.

3. - De ce point de vue, la position du droit marocain apparaît plus sage. L'absence de droit spécifique conduit finalement à des solutions proches de celles que nous connaissons, même si le cadre légal est différent. Ainsi, l'efficacité est une ambition indispensable, mais qui reste difficile à réaliser.

4. - Il reste difficile de garantir l'efficacité d'un dispositif et de mesurer celle d'une norme, car il faut distinguer la norme en elle-même, abstraite, de sa capacité à être mise en œuvre. Certaines difficultés sont apparues, par exemple, sur le séquestre provisoire.

5. - La difficulté est renforcée par un contexte législatif et normatif général qui révèle des objectifs parfois contradictoires. La directive européenne et le droit français n'ont pas clairement tranché entre différentes logiques possibles – approche propriétaire, droit commun ou protection contractuelle. Le statut du secret des affaires reste ainsi ambigu, ce qui complexifie l'application concrète du dispositif.

6. - Dans un contexte général où la transparence s'impose à travers des obligations croissantes – identification des bénéficiaires effectifs, lutte contre le blanchiment, déclarations et dénonciations, compliance – la place du secret devient restreinte. Cette époque valorise la vertu affichée et la transparence absolue. La directive sur la protection du secret des affaires apparaît comme un dispositif à part, un contrepoint qui remet sur le devant de la scène des notions élémentaires : le secret constitue un outil de compétitivité des entreprises, qu'il soit envisagé comme un actif patrimonial ou qu'il concerne des informations dont la diffusion pourrait être nuisible. Ainsi, dans ce contexte de transparence, le secret des affaires est présenté comme un instrument stratégique dans la concurrence économique, ce que certaines procédures, comme le *discovery*, peuvent illustrer.

7. - Alors, dans ce contexte paradoxal, le législateur européen n'a pas fait preuve de précision. Le compromis, inhérent aux textes européens, ne se conjugue pas facilement avec la clarté. Le législateur national n'a pas non plus véritablement complété ou précisé ce cadre européen.

8. - Le rapport Capitant a cherché à faire le point sur les aspects positifs et négatifs de ce dispositif et a soumis ses conclusions à l'expertise des intervenants. En synthèse des échanges de la journée, la protection du secret des affaires apparaît complexe et hétérogène, comparable à la médina de Fès : on y trouve de tout. On y relève notamment l'indétermination du contenu du secret des affaires et l'incertitude quant au titulaire du secret à qui s'adresser. Ensuite, on observe que la voie d'accès à la protection reste elle-même complexe et tortueuse.

1. Le style oral de l'intervention a été conservé.

9. - Trois points majeurs se dégagent.

10. - Premièrement, le contenu du secret des affaires est largement indéterminé. La notion recouvre une grande variété d'informations, parfois qualifiées autrement. On peut y inclure le savoir-faire commercial, les fichiers clients, ou encore des données techniques susceptibles d'être protégées par la propriété industrielle. Cette diversité rend difficile la définition précise de ce qui relève ou non du secret des affaires.

11. - Deuxièmement, la diversité des informations concernées est très large. Cela peut aller jusqu'à des données personnelles, comme l'état de santé d'un dirigeant, si l'on adopte une vision étendue. Cette diversité provient de la souplesse des critères de qualification rappelés ce matin : le secret doit avoir une valeur commerciale et être confidentiel, mais ces notions sont interprétables de manière assez large. Cette souplesse crée un doute constant sur la qualification : une information relève-t-elle ou non du secret des affaires ? Ce doute se traduit concrètement dans les procédures, comme pour le séquestre provisoire ou les mesures de l'article 145 du Code de procédure civile, où chaque pièce doit être justifiée par un mémoire précis. Les critères varient parfois selon la juridiction et même selon le commissaire de justice chargé de l'examen. Cette incertitude contribue à rendre l'accès à la protection complexe et imprévisible.

12. - Troisièmement, le secret des affaires ne protège pas seulement le travail d'autrui ou des informations commerciales stratégiques ; il peut aussi englober des informations simplement nuisibles, par exemple la situation d'une entreprise ou la santé de son dirigeant. Dans certains cas, il peut même se rapprocher du secret bancaire ou d'autres secrets professionnels, chacun bénéficiant de régimes de protection très différents.

13. - Cette diversité affecte à la fois le périmètre de la confidentialité et la stratégie de protection : le choix de qualifier une information comme secret des affaires, secret bancaire ou secret professionnel peut déterminer les droits et obligations liés à sa diffusion, son partage ou sa conservation. On retrouve ainsi une complexité comparable à celle d'une médina, où coexistent des protections, des exceptions et des usages très variés.

14. - Le deuxième point, c'est donc l'indétermination du titulaire du secret des affaires. Selon les logiques re-

tenues, il peut y avoir plusieurs acteurs : le détenteur légitime, le propriétaire au sens de la propriété industrielle, le bénéficiaire ou encore la victime de l'atteinte, qui ne coïncide pas forcément avec les précédents. Par nature, le secret des affaires n'est jamais totalement secret : il s'agit d'une information ayant une valeur économique, qui doit être exploitée ou partagée au sein d'un cercle d'initiés. Ce cercle, limité mais nécessaire, implique que le secret soit préservé vis-à-vis de l'extérieur, tout en étant accessible à certaines personnes. Le problème est que les membres de ce cercle n'ont pas tous les mêmes prérogatives ni les mêmes obligations envers le secret, ce qui crée une complexité supplémentaire dans sa gestion et sa protection, comme l'illustrent les questions rencontrées dans le cadre de la franchise. Le franchiseur contrôle le secret et peut être considéré comme le détenteur légitime. Il met le secret à disposition du franchisé, qui bénéficie de l'information mais n'en détient pas le contrôle.

15. - Ainsi, même s'ils partagent le même secret, leurs prérogatives diffèrent : le franchiseur peut invoquer directement le dispositif légal spécifique pour se protéger et obtenir réparation. Le bénéficiaire, donc le franchisé, doit se fonder sur le droit commun (articles 1240 et suivants du Code civil) pour réclamer réparation d'un dommage subi, ce qui constitue une faute « *ordinaire* ». Dans une situation différente, le propriétaire, titulaire du brevet a une situation distincte, protégée par le droit de propriété intellectuelle, avec des fondements et recours différents.

16. - La notion de cercle d'initiés implique que différents individus disposent de droits et d'obligations distincts sur le secret. Pour garantir une protection effective, l'entreprise doit organiser la circulation de l'information : définir les habilitations, assurer la traçabilité des accès et des partages, et sécuriser le secret face à la fragilité humaine. La mise en place de telles mesures internes est essentielle pour prévenir les violations et clarifier les responsabilités en cas d'atteinte.

17. - Le secret le mieux protégé reste celui qui est conservé pour soi. Cependant, sa circulation au sein du cercle d'initiés complique la détermination des prérogatives et des droits de chaque acteur. En particulier, il n'est pas clairement établi si tous les bénéficiaires d'un secret, comme un franchisé, peuvent invoquer directement le dispositif légal du code de commerce en cas de violation. Certaines analyses suggèrent un cumul des fondements, laissant une liberté de choix pour enga-

ger la réparation, mais cette question reste ouverte en droit français.

18. - Il est peu probable que la jurisprudence adopte une approche uniforme, car cela créerait un véritable maquis d'actions. Cette complexité rappelle l'image de la Médina : plusieurs acteurs partagent un même secret, sans que l'on sache exactement s'ils disposent des mêmes droits ou si la "qualité" du secret est la même pour tous. Beaucoup de personnes sont concernées par le secret, mais toutes n'ont pas la capacité de le faire valoir de manière identique. C'est surtout dans les modalités de protection du secret des affaires que l'on se perd facilement. La diversité des situations et des droits rend la lecture pratique du dispositif particulièrement délicate.

19. - La première exigence tient à la protection en amont : tant que l'atteinte ne s'est pas produite, le secret peut encore être préservé. Une fois la divulgation réalisée, il est en réalité trop tard. L'enjeu prioritaire est donc d'organiser en amont un dispositif de protection du secret des affaires réellement opérationnel. Ce n'est que dans un second temps — sans que la question soit secondaire — qu'il faut envisager les mécanismes de réparation lorsque la protection préventive a échoué. Il s'agit alors de mettre en place un système qui, sinon dissuasif, permette au moins de compenser les effets négatifs de l'atteinte. Dans les deux hypothèses, qu'il s'agisse d'assurer la prévention ou de réparer une violation, le chemin vers une protection efficace est loin d'être simple. La voie préventive elle-même se révèle complexe, en raison de la diversité des objectifs à concilier.

20. - Il s'agit d'éviter la divulgation du secret des affaires, mais aussi de prévenir les intrusions destinées à y accéder : deux objectifs distincts, auxquels ne correspondent pourtant pas des moyens totalement différenciés. En pratique, les procédés mobilisés sont variés, souvent communs, et ne relèvent pas exclusivement de l'une ou l'autre de ces finalités. La première ligne de protection consiste à maîtriser les risques de divulgation. Les outils pratiques et techniques permettant d'organiser cette protection sont à la fois élémentaires et indispensables. Leur caractère évident ne doit pas masquer leur importance, notamment parce qu'ils témoignent de la fragilité des données, notion mise en lumière par Maître Dubucq. À cela s'ajoute la nécessité d'une cyber sécurité interne robuste, dont Leïla Slassi a souligné la portée déterminante. Toute stratégie de

protection du secret des affaires repose, en amont, sur la combinaison de ces mesures matérielles, organisationnelles et techniques, destinées à sécuriser l'information autant contre la fuite que contre la captation.

21. - L'expérience montre l'insuffisance de la seule voie juridique : la protection du secret des affaires commence par l'anticipation et par la mise en place de procédés techniques. Ces mesures visent à la fois à prévenir les intrusions et à éviter les divulgations. Les formes que peut prendre cette prévention sont multiples : compartimentation de l'information, *data rooms*, cloisonnement des laboratoires, chiffrement des données, ou encore tout autre dispositif de sécurisation interne. Ces moyens présentent une importance d'autant plus grande qu'ils constituent des éléments déterminants de la qualification même du secret des affaires. Une information dépourvue de mesures raisonnables de protection cesse d'être un secret : la défaillance incombe alors à l'entreprise, qui ne peut plus prétendre au bénéfice du régime protecteur.

22. - Il est particulièrement utile d'avoir rappelé que les voies de droit ne viennent qu'en second recours : avant toute démarche contentieuse, la protection du secret des affaires repose d'abord sur des moyens techniques. Ils sont nécessaires, parce qu'ils participent de la définition même du secret. L'étymologie le rappelle : *secretum* renvoie à ce qui est mis à part, soustrait au regard d'autrui. La première exigence est donc de soustraire l'information, de la « mettre de côté », et cette mise à l'écart est aujourd'hui d'abord assurée par la technique.

23. - Une fois ces moyens dépassés — ou lorsque, malgré eux, une atteinte survient — commence le domaine des mécanismes juridiques. Sur ce terrain, on se heurte à un enchevêtrement particulièrement complexe. L'abondance des voies possibles n'est pas en soi un défaut, à condition toutefois que chacune d'elles conduise effectivement à un résultat. Or, rien ne permet d'en être pleinement assuré.

24. - Il existe aujourd'hui un certain nombre de voies de droit qui se révèlent, dans la pratique, être de véritables impasses. C'est particulièrement vrai des mécanismes censés permettre de s'opposer à la communication d'informations protégées, tant en droit interne qu'en contexte international.

25. - En droit interne, les difficultés apparaissent clairement avec l'article 145 du Code de procédure civile

et le séquestre provisoire. Comme cela a été rappelé, la charge probatoire imposée à l'entreprise est telle qu'elle rend le dispositif presque inexploitable : devoir démontrer, pièce par pièce — parfois plusieurs dizaines ou centaines de milliers de documents — que chacune relève effectivement du secret des affaires, puis assurer pour chacune une anonymisation ou un caviardage approprié, constitue une tâche matériellement ingérable. Le mécanisme, en théorie protecteur, devient ainsi impraticable.

26. - À l'international, la situation n'est guère plus favorable. Dans les procédures de type *discovery* — souvent utilisées, notamment aux États-Unis, comme véritables opérations de pêche aux informations confidentielles — les entreprises françaises se trouvent fréquemment démunies. En théorie, la loi de blocage devrait permettre de faire obstacle à la communication de données sensibles. En pratique, son efficacité reste limitée : son régime de sanctions manque de portée suffisamment dissuasive, ce qui conduit les entreprises à se retrouver dans une position défensive particulièrement délicate, sans véritable moyen d'opposer une résistance opérationnelle.

27. - Pour une entreprise confrontée à une procédure américaine de *discovery*, le dilemme est clair : soit elle refuse la communication de ses informations stratégiques et s'expose à une condamnation par le juge américain, avec le risque corrélatif d'être privée d'accès au marché américain ; soit elle accepte de transmettre ces données sensibles en prenant le risque d'une violation de la loi de blocage, dont la sanction demeure faible, rarement mise en œuvre, et en tout cas largement hypothétique. Autrement dit, les voies de droit existent, mais elles fonctionnent souvent comme de simples impasses, ce qui est loin d'être satisfaisant.

28. - Cela concerne les mécanismes destinés à empêcher la divulgation, mais la question de la communication interne du secret ouvre d'autres problématiques. Il existe en effet plusieurs options juridiques pour organiser la protection, c'est-à-dire prévenir la diffusion non autorisée au sein même de la structure.

29. - Comme cela a été rappelé dès ce matin, notamment par Maître Khrouz, au-delà des questions classiques de qualification — parfois perçues comme académiques — c'est surtout le choix du régime de protection qui devient stratégique. L'entreprise peut privilégier une protection de propriété industrielle, si les

conditions sont réunies ; elle peut opter pour une protection contractuelle, notamment grâce à des clauses de confidentialité assorties de clauses pénales ; ou encore choisir de s'appuyer sur le dispositif légal issu du Code de commerce.

30. - Il est parfaitement envisageable d'emprunter successivement plusieurs voies de protection. Une stratégie peut ainsi combiner une logique de propriété industrielle — pour protéger un dispositif technique — avec le dispositif légal, afin de couvrir les éléments qui ne relèvent pas de la propriété industrielle. À cela peut encore s'ajouter un accord de confidentialité, assorti d'une clause pénale, destiné à encadrer d'autres aspects du secret. Autrement dit, plusieurs chemins peuvent coexister.

31. - L'abondance des voies possibles n'est pas problématique en soi, à condition qu'elles se révèlent efficaces. Encore faut-il que celui qui s'engage sur ces chemins soit préparé et sache, autant que possible, lequel est le plus adapté à sa situation. Cette dimension stratégique fait tout l'intérêt de l'activité de conseil, mais elle demeure particulièrement difficile à anticiper : une entreprise ne sait pas nécessairement, dès l'origine, quel sera pour elle le meilleur itinéraire selon la nature du litige qui pourrait ultérieurement surgir.

32. - Lorsque la protection du secret se révèle inefficace — ce qui arrive, malgré tous les dispositifs prévus — il ne reste qu'une option : le chemin de la réparation. Ce chemin est loin d'être simple. Il constitue pourtant la seule voie ouverte, le droit français ayant écarté toute sanction spécifique, notamment pénale. L'abandon de la répression pénale est compréhensible : ajouter une voie supplémentaire aurait encore complexifié un ensemble déjà dense. On peut néanmoins s'interroger, à la lumière d'autres systèmes juridiques, comme le droit suisse. La voie pénale y fonctionne comme un raccourci dissuasif. Non pas en raison de la sévérité de sa mise en œuvre — souvent exigeante — mais en raison de sa rapidité et surtout de la crainte qu'elle inspire. Cette crainte constitue un levier stratégique : elle facilite la négociation, là où la seule perspective d'une action civile, plus longue et plus incertaine, n'en offre pas toujours la possibilité.

33. - Souvent, la voie pénale est avant tout un instrument de pression. Elle existe moins pour être réellement empruntée que pour être brandie : affirmer « si vous ne coopérez pas, nous activerons la voie pénale »

suffit parfois à obtenir une négociation. Cette menace fonctionne parce que la procédure pénale est perçue comme plus dure, plus rapide et surtout plus redoutée. Sous cet angle stratégique, on peut comprendre l'intérêt qu'aurait pu présenter l'introduction, en droit français, d'une incrimination spécifique. Mais je ne regrette pas qu'elle n'ait pas été retenue : elle aurait ajouté une strate supplémentaire à un ensemble déjà complexe. Quant à l'article 1254 du Code civil, je l'écarte volontairement : il institue une sanction, mais une sanction civile, une amende civile, sans lien avec les dommages-intérêts punitifs. Elle est versée non pas à la victime, mais à un fonds destiné à financer les actions de groupe. Reste donc uniquement le chemin de la réparation. Et celui-ci est particulièrement tortueux. Plusieurs voies d'indemnisation coexistent, mais surtout, les règles de circulation entre ces voies n'ont jamais été véritablement clarifiées.

34. - Il n'existe ni sens interdit, ni véritable hiérarchie entre les voies d'action, et j'avoue ne pas savoir comment les articuler avec certitude. Même si l'on met de côté la logique de propriété industrielle pour se concentrer sur le terrain de la responsabilité, la situation demeure complexe. On trouve d'un côté la responsabilité contractuelle, lorsqu'un engagement de confidentialité lie les parties ; puis le droit spécial, issu de la loi de 2018 et désormais intégré au Code de commerce ; et enfin le droit commun de la responsabilité délictuelle.

35. - Comment articuler ces régimes ? Faut-il considérer que le droit spécial, en tant que loi récente et ciblée, écarte la responsabilité contractuelle ? À moins d'appliquer la jurisprudence européenne qui admet l'exclusion de la responsabilité contractuelle, sauf si elle se révèle défavorable, auquel cas on reviendrait au dispositif légal. La cohérence de l'ensemble reste incertaine. La même interrogation vaut pour le rapport entre le droit spécial et le droit commun. Le dispositif de 2018 exclut-il totalement l'action fondée sur les articles 1240 et suivants ? Ou bien admet-il un jeu combiné ? L'impression qui se dégage, en réalité, est celle d'une hybridation des régimes.

36. - L'articulation entre les différents régimes demeure incertaine, car la loi ne l'a pas précisée. Il re-

vient donc au juge de déterminer comment combiner ces voies : le droit spécial est-il exclusif, écartant toute responsabilité contractuelle ou délictuelle ? Ou bien s'articule-t-il avec elles : la responsabilité contractuelle peut être mobilisée, mais limitée ou complétée par le droit spécial en cas de résultats défavorables, voire les deux régimes peuvent-ils être hybridés, le droit spécial servant de fondement principal tout en empruntant certains éléments au droit commun, notamment pour l'évaluation du préjudice ? Cette incertitude laisse une grande marge d'appréciation au juge, illustrant l'absence de plan clairement établi pour guider les praticiens dans la réparation du secret des affaires.

37. - En pratique, le droit spécial semble devoir être privilégié : le dispositif français de réparation du secret des affaires repose principalement sur lui. La voie qui en découle est séduisante, car la loi prévoit une réparation potentiellement très favorable. Elle tient compte non seulement du préjudice subi par la victime et du manque à gagner, mais également du bénéfice retiré par l'auteur de l'atteinte, ainsi que du préjudice moral et, le cas échéant, de l'atteinte à la réputation.

38. - Pourtant, cette perspective attractive se heurte à de sérieuses difficultés pratiques : l'évaluation du gain réalisé par l'auteur, de la perte subie par la victime, et la démonstration du lien de causalité entre la violation du secret et le bénéfice retiré. Ces obstacles, largement discutés lors de la table ronde, font de la réparation une voie potentiellement lucrative, mais aussi complexe et exigeante à concrétiser. Toutes ces difficultés font que le dispositif reste intéressant, mais sa mise en œuvre dépendra largement de l'attitude des juges : seront-ils suffisamment larges ou tolérants dans l'appréciation des critères d'évaluation, et exploiteront-ils pleinement la possibilité de cumuler le chiffre de la perte subie par la victime et celui du bénéfice retiré par l'auteur de l'atteinte ? Ainsi, la réparation du secret des affaires constitue un outil potentiellement puissant, mais sa concrétisation pratique demeure complexe et exigeante, nécessitant une analyse fine des différents éléments du préjudice et de la causalité, ainsi qu'une capacité à naviguer dans les multiples voies juridiques ouvertes par le droit français.

ARTICLES

Sommaire

L'arbitrage en droit du sport national et international : approche comparée franco-marocaine	p. 57
<i>Karim Adyel</i>	
Actualité juridique récente du secteur du sport à l'épreuve de la Coupe du Monde 2030	p. 63
<i>Sanae El Hajoui</i>	
Loi n° 86-12 relative aux partenariats public-privé : entre ambition normative et réalités pratiques	p. 69
<i>Saad El Mernissi</i>	
État des lieux de la réglementation ENR au Maroc – une ouverture encadrée à l'épreuve de l'architecture du secteur électrique	p. 73
<i>Zineb Gaouane</i>	
La structuration contractuelle des partenariats public-privé à l'épreuve des risques et des garanties juridiques liés aux projets d'infrastructures	p. 77
<i>Ghiyta Iraqi et Meryem Bouzoubaa</i>	
Cybersécurité au Maroc : des fondations solides à l'épreuve des nouveaux défis numériques	p. 83
<i>Mehdi Kettani et Alya Bennani</i>	
L'examen des opérations de concentrations sous les seuils de notification au Maroc : perspectives et opportunités d'évolution	p. 87
<i>Corinne Khayat et Maïja Brossard</i>	
La conformité réglementaire au Maroc : entre contraintes, risques et opportunités	p. 95
<i>Bertrand Koch et Guillaume Roche</i>	
Les infractions contre les casques bleus : une perspective de droit international	p. 101
<i>Daniel Mainguy</i>	
La due diligence en droit comparé franco-marocain : d'une pratique transactionnelle à un standard de conduite, de preuve et de gouvernance	p. 107
<i>Belkacem Chakouri</i>	
Le manquement au devoir d'information comme motif légitime suffisant de révocation judiciaire	p. 113
<i>Houda Alhoussari</i>	
Quelques précisions sur l'autonomie de la garantie à première demande en procédure collective	p. 119
<i>Thomas Blangis</i>	
L'estoppel face à l'emprise de la faillite	p. 123
<i>Hamza Cherfaoui</i>	

ARTICLE

L'arbitrage en droit du sport national et international : approche comparée franco-marocaine



Karim ADYEL

Avocat au Barreau de Casablanca · Avocat senior · Cabinet ADYEL · Docteur en droit · Arbitre au TAS

Résumé — Cette contribution analyse le régime juridique de l'arbitrage en droit du sport au niveau national et international, en mettant en lumière le rôle du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) ainsi que des institutions marocaines et françaises, dans une perspective comparative, doctrinale et pratique, fondée sur l'étude de la jurisprudence et des pratiques professionnelles.

Mots-clés : Arbitrage sportif; TAS; CAS; Droit du sport; Maroc; France; Comparaison juridique; Lex Sportiva; Contentieux sportif; Gouvernance sportive

1. - Introduction. Depuis la création du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) en 1984, l'arbitrage sportif s'est progressivement imposé comme un mode privilégié de règlement des différends liés à la pratique et à l'organisation du sport.

La mondialisation de l'industrie sportive, la professionnalisation accrue des acteurs, ainsi que l'augmentation continue des enjeux financiers ont largement contribué à l'essor de ce mode alternatif de règlement des litiges. L'arbitrage sportif répond à une double exigence : garantir une justice spécialisée et préserver la stabilité des compétitions. Fondé sur le principe de spécificité sportive et sur la Lex Sportiva, il constitue aujourd'hui un corpus juridique autonome, distinct du droit commun.

Cette étude vise à analyser ce système dans une perspective comparée entre le Maroc et la France, en mettant en évidence les convergences, les divergences, les limites structurelles et les enjeux contemporains.

2. - Historique et organisation du TAS. Le Tribunal Arbitral du Sport a été créé en 1984 à Lausanne par le Comité International Olympique afin d'unifier le traitement juridictionnel des litiges sportifs à l'échelle in-

ternationale. Son objectif initial était d'éviter la dispersion contentieuse devant les juridictions nationales et de favoriser l'émergence d'une jurisprudence sportive cohérente.

Depuis sa création, le TAS a connu une évolution institutionnelle majeure, notamment à travers l'adoption et la révision régulière de son Code d'arbitrage et de médiation. Ce Code a été modifié à plusieurs reprises, notamment en 1994, 2004, 2010, 2016 et 2020.

Le Conseil International de l'Arbitrage pour le Sport (ICAS) garantit son indépendance administrative, financière et fonctionnelle. Il veille à la nomination des arbitres, au respect des règles déontologiques et à la crédibilité de l'institution.

3. - Compétence et arbitrabilité des litiges sportifs. Conformément à l'article R27 du Code du TAS, tout litige lié directement ou indirectement au sport peut être soumis à l'arbitrage. Cette compétence large couvre aussi bien les relations contractuelles, les sanctions disciplinaires, les litiges relatifs au dopage, les transferts de joueurs, que les droits commerciaux et médiatiques.

Cette extension de la compétence arbitrale reflète la

transversalité du droit du sport, situé à la croisée du droit civil, du droit commercial, du droit du travail, du droit administratif et du droit international privé.

Au Maroc comme en France, l'arbitrabilité suppose l'existence d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, ainsi que la disponibilité juridique des droits en cause.

4. - Siège de l'arbitrage et loi applicable. Le siège de l'arbitrage du TAS est fixé à Lausanne, en Suisse. Cette localisation entraîne la compétence exclusive du Tribunal fédéral suisse en matière de recours en annulation des sentences arbitrales.

En procédure ordinaire, les parties peuvent choisir librement la loi applicable au fond. À défaut, le droit suisse s'applique à titre subsidiaire. En procédure d'appel, les règlements sportifs priment sur les droits nationaux.

Cette configuration contraste avec les systèmes marocain et français, dans lesquels les juridictions nationales conservent une influence significative dans le contrôle des décisions arbitrales.

5. - La procédure d'appel et ses spécificités. La procédure d'appel du TAS permet un réexamen complet des faits et du droit. Les arbitres disposent d'un pouvoir d'évocation leur permettant d'annuler, de modifier ou de substituer leur décision à celle des instances sportives.

Cette procédure se caractérise par des délais particulièrement courts, visant à préserver l'équité et la régularité des compétitions. La célérité constitue ainsi un élément fondamental de la justice sportive.

Dans la pratique, cette rapidité implique une forte technicité des écritures et une préparation stratégique approfondie des dossiers.

6. - Rapidité, transparence et mesures provisoires. L'arbitrage sportif se distingue par sa rapidité, essentielle lors des compétitions majeures. Des formations ad hoc peuvent être constituées pour les événements internationaux, notamment lors des Jeux olympiques ou des compétitions continentales.

Les sentences d'appel sont en principe publiées, contribuant à la transparence et à la consolidation d'une jurisprudence sportive internationale. Des mesures provisoires peuvent être ordonnées afin de prévenir un préjudice irréparable et de préserver l'intégrité des compétitions.

7. - L'arbitrage sportif au Maroc. Au Maroc, la chambre arbitrale du Sport, instituée auprès du comité national olympique marocain, constitue l'organe central de règlement des différends sportifs.

Elle intervient en présence d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage. Son fonctionnement vise à réduire le recours aux juridictions ordinaires et à promouvoir une justice spécialisée.

Toutefois, des défis subsistent en matière d'indépendance institutionnelle, de formation continue des arbitres et de diffusion de la jurisprudence.

8. - L'arbitrage sportif marocain à l'épreuve de la professionnalisation. Le développement progressif de l'arbitrage sportif au Maroc s'inscrit dans un contexte de professionnalisation accrue des disciplines sportives, en particulier du football. L'augmentation des flux financiers, la contractualisation croissante des relations entre clubs et sportifs ainsi que l'internationalisation des compétitions ont mis en évidence la nécessité d'un mode de règlement des différends spécialisé et efficace.

La chambre arbitrale du sport marocaine répond à cette exigence en offrant un cadre institutionnel dédié au traitement des litiges sportifs. Toutefois, son efficacité demeure étroitement liée à la diffusion d'une véritable culture arbitrale auprès des acteurs du sport. La connaissance des mécanismes de l'arbitrage, la rédaction rigoureuse des clauses compromissoires et l'acceptation de l'autorité arbitrale constituent des conditions essentielles de son succès.

Par ailleurs, l'indépendance institutionnelle et fonctionnelle de l'organe arbitral demeure un enjeu central. À l'instar des standards internationaux promus par le TAS, le renforcement des garanties d'impartialité et de transparence apparaît indispensable afin de consolider la confiance des justiciables.

L'enjeu pour le Maroc réside ainsi dans la consolidation progressive d'un modèle arbitral crédible, capable de s'inscrire dans le dialogue juridique international tout en tenant compte des spécificités nationales.

9. - L'arbitrage sportif en France. En France, la chambre arbitrale du sport est placée sous l'égide du CNOSF. Elle est administrée par un comité de l'arbitrage sportif français composé de cinq membres.

Elle statue sur les litiges portant sur des droits disponibles, tout en respectant le principe préalable de conciliation dans certains cas. Le système français se caractérise par une articulation étroite entre arbitrage,

conciliation et contrôle juridictionnel.

10. - Le modèle français : entre tradition juridique et adaptation sportive. Le système français d'arbitrage sportif se distingue par son ancienneté et par son articulation étroite avec les mécanismes de conciliation et de contrôle juridictionnel. Placée sous l'égide du CNOSEF, la chambre arbitrale du Sport s'inscrit dans une tradition juridique marquée par la primauté de l'ordre public et la protection des droits fondamentaux.

La coexistence entre arbitrage et conciliation constitue une spécificité du modèle français. Dans certains contentieux, le recours préalable à la conciliation vise à favoriser un règlement amiable des différends, tout en préservant la possibilité d'un arbitrage ultérieur. Cette approche contribue à désengorger les instances juridictionnelles et à maintenir un climat de dialogue entre les acteurs du sport. Toutefois, cette articulation peut parfois générer des délais supplémentaires, susceptibles d'entrer en tension avec l'exigence de célérité propre au contentieux sportif. Le défi du système français consiste dès lors à concilier sécurité juridique et rapidité procédurale.

Malgré ces limites, le modèle français demeure une référence en matière de structuration institutionnelle et d'encadrement normatif de l'arbitrage sportif.

11. - Analyse jurisprudentielle et comparative. La jurisprudence du TAS joue un rôle central dans l'harmonisation du droit du sport. Les décisions relatives au dopage, aux transferts internationaux, aux sanctions disciplinaires et aux conflits contractuels constituent des références normatives majeures.

La comparaison entre les systèmes marocain et français révèle des convergences notables, notamment quant à la reconnaissance de l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des litiges sportifs.

Toutefois, le cadre institutionnel français demeure plus ancien et structuré, tandis que le système marocain est en phase de consolidation progressive.

12. - Apports jurisprudentiels du TAS et influence normative. La jurisprudence du tribunal arbitral du sport constitue aujourd'hui une source essentielle du droit du sport international. Par l'accumulation progressive de décisions cohérentes, le TAS a contribué à l'émergence d'un véritable système normatif transnational, souvent qualifié de *Lex Sportiva*, qui encadre l'ensemble des relations sportives professionnelles.

Les sentences rendues en matière de dopage ont notamment permis d'unifier les standards disciplinaires applicables aux athlètes, en consacrant des principes tels que la responsabilité objective, la proportionnalité des sanctions et le respect des droits de la défense. Ces décisions ont renforcé la crédibilité des mécanismes de lutte contre le dopage, tout en garantissant un contrôle juridictionnel effectif.

En matière contractuelle, le TAS joue également un rôle central dans la sécurisation des relations entre clubs, joueurs, entraîneurs et agents. Les litiges relatifs à la rupture abusive de contrat, aux indemnités de formation ou aux mécanismes de solidarité ont donné lieu à une jurisprudence abondante, qui contribue à la stabilité du marché des transferts et à la prévisibilité juridique des opérations.

Par ailleurs, les contentieux relatifs aux sanctions disciplinaires infligées par les fédérations internationales ont permis au TAS d'affirmer son rôle de gardien des libertés fondamentales dans le champ sportif. Le respect du principe du contradictoire, de l'égalité des armes et du droit à un recours effectif constitue désormais un socle jurisprudentiel solide.

Cette construction progressive d'un corpus jurisprudentiel cohérent favorise l'harmonisation des pratiques sportives à l'échelle mondiale et limite les divergences d'interprétation entre les différentes juridictions nationales.

13. - Enjeux économiques et contractuels de l'arbitrage sportif. L'essor de l'arbitrage sportif est indissociable de la croissance économique du secteur sportif. La professionnalisation des compétitions, l'augmentation des droits audiovisuels et l'internationalisation des transferts ont profondément modifié la nature des litiges soumis aux instances arbitrales.

Les contrats liant les acteurs du sport sont devenus de plus en plus complexes, intégrant des clauses financières, fiscales, disciplinaires et commerciales. Dans ce contexte, l'arbitrage apparaît comme un instrument privilégié de gestion des risques juridiques, permettant une résolution rapide et spécialisée des différends.

Les litiges financiers portant sur les salaires impayés, les primes de performance, les indemnités de rupture ou les droits d'image représentent aujourd'hui une part significative du contentieux sportif. Le recours à l'arbitrage permet d'éviter les lenteurs des juridictions étatiques et de préserver la continuité des relations contractuelles.

Au Maroc comme en France, les clubs professionnels sont de plus en plus confrontés à des obligations de conformité financière et de transparence comptable. L'arbitrage contribue à renforcer la discipline économique du secteur, en sanctionnant les comportements déviants et en favorisant une meilleure gouvernance.

Cette dimension économique confère à l'arbitrage sportif une fonction régulatrice essentielle, dépassant la simple résolution des conflits pour participer à la structuration du marché sportif.

14. - Les arbitres et garanties d'indépendance. Le TAS fonctionne selon un système de liste fermée d'arbitres, garantissant compétence, spécialisation et cohérence jurisprudentielle.

Les arbitres sont soumis à des obligations strictes d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité.

La prévention des conflits d'intérêts constitue un enjeu majeur pour la légitimité du système arbitral.

15. - Articulation entre arbitrage sportif et juridictions étatiques. Bien que l'arbitrage constitue le mode privilégié de règlement des litiges sportifs, il ne s'inscrit pas en dehors de tout contrôle juridictionnel. Les juridictions étatiques conservent un rôle fondamental dans la garantie du respect de l'ordre public et des droits fondamentaux.

En Suisse, le Tribunal fédéral exerce un contrôle limité sur les sentences du TAS, centré sur des motifs strictement encadrés tels que la violation de l'ordre public, l'incompétence du tribunal arbitral ou le non-respect du droit d'être entendu. Ce contrôle restreint vise à préserver l'autonomie du système arbitral tout en assurant sa légitimité.

En France, les juridictions judiciaires peuvent être amenées à intervenir lors de l'exequatur ou dans le cadre d'un recours en annulation. Cette intervention demeure exceptionnelle, mais elle constitue une garantie supplémentaire pour les justiciables.

Au Maroc, le contrôle juridictionnel de l'arbitrage sportif s'inscrit dans le cadre général du droit de l'arbitrage, tel qu'issu du Code de procédure civile. Toutefois, la spécificité des litiges sportifs appelle à une adaptation progressive des pratiques judiciaires.

Cette articulation entre justice arbitrale et justice étatique illustre la recherche permanente d'un équilibre entre autonomie sportive et protection juridictionnelle.

16. - Arbitrage sportif et protection des droits fon-

damentaux. La reconnaissance de l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des litiges sportifs ne saurait conduire à une marginalisation des droits fondamentaux des justiciables. La jurisprudence du TAS a progressivement intégré ces exigences, en consacrant des principes empruntés aux standards internationaux de protection des droits de l'homme.

Le droit à un procès équitable, le respect du contradictoire, l'égalité des armes et le droit à une motivation suffisante des décisions constituent désormais des garanties essentielles de la procédure arbitrale. Cette évolution témoigne d'une juridicisation croissante de l'arbitrage sportif, qui tend à se rapprocher des exigences applicables aux juridictions étatiques.

Toutefois, des critiques subsistent quant à l'accès effectif à la justice sportive, notamment pour les athlètes disposant de ressources financières limitées. Le coût des procédures arbitrales et la technicité des contentieux peuvent constituer des obstacles significatifs. Dans cette perspective, le renforcement des mécanismes d'assistance juridique et la maîtrise des coûts apparaissent comme des axes prioritaires de réforme.

17. - Enjeux contemporains et perspectives. L'arbitrage sportif est aujourd'hui confronté à de nouveaux défis, notamment liés à la digitalisation des procédures, à l'augmentation des litiges financiers et à la judiciarisation croissante du sport.

La question de la transparence, de la diversité des arbitres, de l'égalité d'accès à la justice sportive et de la protection des droits fondamentaux demeure centrale. Une harmonisation progressive des pratiques apparaît nécessaire afin de renforcer la légitimité institutionnelle du système.

18. - Perspectives d'évolution et modernisation de l'arbitrage sportif. L'arbitrage sportif est appelé à connaître de profondes mutations dans les années à venir. La digitalisation croissante des procédures constitue l'un des principaux axes de modernisation, avec le développement des audiences à distance, des plateformes sécurisées de dépôt des écritures et de la dématérialisation des dossiers.

Ces évolutions technologiques permettent d'améliorer l'accessibilité de la justice sportive, notamment pour les acteurs situés dans des zones géographiques éloignées. Elles contribuent également à réduire les coûts et les délais de traitement des litiges.

Par ailleurs, les exigences croissantes en matière de gouvernance, d'éthique et de responsabilité sociale in-

citent les institutions sportives à renforcer leurs mécanismes de contrôle interne. L'arbitrage est ainsi appelé à jouer un rôle accru dans la prévention des conflits et dans la diffusion des bonnes pratiques.

La diversification des profils d'arbitres, la promotion de la parité et le renforcement de la formation continue constituent également des enjeux majeurs pour garantir la crédibilité du système.

Enfin, l'émergence de nouveaux contentieux liés aux paris sportifs, à l'e-sport et aux données numériques impose une adaptation constante des règles arbitrales, afin de répondre aux mutations rapides de l'industrie sportive.

19. - Vers une convergence des modèles arbitraux.

L'analyse comparative franco-marocaine met en évidence une convergence progressive des modèles d'arbitrage sportif, sous l'influence croissante des standards internationaux promus par le tribunal arbitral du sport. Cette convergence se manifeste tant sur le plan procédural que sur le plan substantiel, à travers l'adoption de règles communes et de principes jurisprudentiels harmonisés.

Les systèmes nationaux tendent ainsi à renforcer leurs garanties d'indépendance, à professionnaliser la formation des arbitres et à rationaliser les procédures. Cette dynamique favorise une meilleure lisibilité du droit applicable et contribue à la sécurisation des relations contractuelles internationales.

Toutefois, cette convergence ne saurait conduire à une uniformisation totale. Chaque système conserve ses spécificités culturelles, institutionnelles et juridiques, qui participent à la richesse du pluralisme juridique. L'enjeu consiste donc à préserver cet équilibre entre harmonisation et respect des identités nationales.

Dans cette perspective, le dialogue entre les institutions arbitrales, les juridictions étatiques et les milieux académiques apparaît comme un levier essentiel de modernisation et de cohérence normative.

20. - Rôle des praticiens et diffusion de la culture arbitrale.

Les praticiens du droit occupent une place centrale dans le fonctionnement et le développement de l'arbitrage sportif. Avocats, juristes de clubs, agents et conseillers juridiques participent activement à la structuration du contentieux par la qualité des clauses contractuelles, des écritures procédurales et des stratégies contentieuses.

La diffusion d'une véritable culture arbitrale repose en grande partie sur la formation continue de ces acteurs.

La maîtrise des règles procédurales, la connaissance de la jurisprudence du TAS et la compréhension des enjeux économiques du sport constituent des compétences indispensables à une pratique efficace.

Au Maroc comme en France, le développement de programmes universitaires spécialisés, de formations professionnelles et de séminaires thématiques contribue à renforcer cette expertise. Cette dynamique favorise l'émergence d'une doctrine spécialisée, capable d'accompagner les mutations du secteur.

La valorisation de la recherche scientifique en droit du sport apparaît ainsi comme un facteur déterminant de consolidation institutionnelle.

21. - Conclusion générale.

L'arbitrage en droit du sport s'impose aujourd'hui comme un instrument central de régulation des relations sportives nationales et internationales. Sa spécificité réside dans sa capacité à concilier technicité juridique, exigences de célérité et prise en compte des particularités du milieu sportif.

L'étude comparative franco-marocaine met en évidence l'importance d'un encadrement institutionnel rigoureux, fondé sur l'indépendance des arbitres, la transparence des procédures et le respect des droits fondamentaux. Elle révèle également la nécessité d'une adaptation constante aux évolutions économiques, technologiques et sociales du sport.

Dans un contexte marqué par la mondialisation des compétitions et la complexification croissante des relations contractuelles, l'arbitrage constitue un vecteur privilégié de sécurité juridique et de stabilité institutionnelle.

L'arbitrage en droit du sport constitue un instrument central de régulation des relations sportives nationales et internationales. Cette analyse comparative franco-marocaine met en évidence l'importance d'un encadrement institutionnel solide, d'une formation continue des acteurs et d'une harmonisation autour des standards du TAS. Le développement d'une culture arbitrale renforcée constitue un enjeu majeur pour l'avenir du contentieux sportif.

Le renforcement de la coopération internationale, l'harmonisation progressive des pratiques et la promotion d'une culture arbitrale partagée apparaissent comme les conditions essentielles de la pérennité du système.

À terme, l'arbitrage sportif est appelé à jouer un rôle accru dans la gouvernance globale du sport, en contribuant à la consolidation d'un ordre juridique auto-

nome, équilibré et légitime.

Bibliographie

- ADYEL Karim, Tribune sur le Droit du Sport en Droit comparé, Éditions Imprplus, 2023.
- Tribunal arbitral du sport, Code et Jurisprudence. <https://www.tas-cas.org/>
- CNOSF, Règlement de la chambre arbitrale du Sport. <https://cnosf.franceolympique.com/arbitrage>
- CNOM, Textes relatifs à la chambre arbitrale du Sport. <https://www.cnom.org.ma/fr/chambre-arbitrale-du-sport>

ARTICLE

Actualité juridique récente du secteur du sport à l'épreuve de la coupe du monde 2030



Sanae EL HAJOU

Juriste d'affaire · Docteure en droit privé

Résumé — S'inscrivant dans la vision royale de faire du Maroc un hub sportif de premier rang, le présent article propose un panorama de l'actualité juridique récente du secteur du sport dans la perspective de la coupe du monde 2030. Il analyse les principaux textes publiés en 2025 : la loi n° 35-25 portant création de la Fondation Maroc 2030, les décrets relatifs à la SONARGES et à la société INSPORA, ainsi que le rôle stratégique de l'ANGSPE dans la coordination des établissements et entreprises publics impliqués dans les grands chantiers d'infrastructures.

Mots-clés : Coupe du monde 2030 · Fondation Maroc 2030 · SONARGES · INSPORA · ANGSPE · Infrastructures sportives · Droit du sport · EEP · Loi 35-25 · Gouvernance sportive · Maroc

1. - S'inscrivant dans la vision royale et l'intérêt particulier accordé par SA MAJESTÉ LE ROI au sport national, le Maroc s'est engagé depuis plusieurs années dans une politique ambitieuse de développement du sport et de modernisation de ses infrastructures, dans la perspective d'en faire un levier essentiel de cohésion sociale, du rayonnement international et de dynamisation économique¹.

2. - Au Maroc, le sport constitue un droit garanti par la Constitution de 2011 consacré au niveau des articles 26, 31 et 33.

3. - Le droit du sport repose principalement sur la loi n°30-09 relative à l'éducation physique et aux sports. D'autres lois ont été publiées pour compléter l'arsenal juridique : la loi n° 09-09 complétant le code pénal qui sanctionne toute violence lors des manifestations sportives, la loi n°06-23 modifiant et complétant la loi n°97-12 relative à la lutte contre le dopage dans le sport du

19 janvier 2024, outre un important arsenal juridique ayant trait à la professionnalisation du football².

4. - Le secteur du sport a connu une évolution remarquable aussi bien dans le cadre de la promotion du sport national que dans le cadre des manifestations sportives majeures déjà organisées ou celles qui seront organisées au Maroc.

5. - Concernant la promotion du sport national, le Maroc s'est engagé depuis plusieurs années dans une politique ambitieuse de développement du sport et de modernisation de ses infrastructures.

Les réalisations sont nombreuses : un tissu sportif structuré composé de fédérations sportives nationales, de ligues régionales et des associations; la mise en place des installations sportives de proximité (projet des mini-terrains FIFA Arena)³; organisation par la société nationale de réalisation et de gestion des Équipements sportifs (*ci-après la SONARGES*) de plu-

1. Pour plus de détail, V « Le Sport dans 25 ans de discours et messages de SA MAJESTÉ LE ROI Mohammed VI ». https://mjcc.gov.ma/wp-content/uploads/2024/07/Sport_dans25_Discours_messages_99_24.pdf.

2. <https://firmf.ma/fr/>.

3. Un accord a été conclu le 23 janvier 2026 entre la FIFA et la fédération royale marocaine de football, le ministère de l'Éducation nationale, du préscolaire et des Sports du Royaume du Maroc et le Groupe OCP qui soutiendra l'installation de 30 mini-terrains FIFA Arena à travers tout le royaume. « FIFA Arena » vise à installer des terrains artificiels à proximité des écoles dans les quartiers défavorisés dans l'objectif de faciliter l'accès au football pour toutes et tous.

sieurs événements sportifs au sein de ses infrastructures (exemple FIFA club World Cup 2022, CAN U23 2023, championnat du monde du sport scolaire 2023, Meeting Mohammed VI d'athlétisme 2023, etc.); digitalisation de la gestion sportive notamment par la mise en place de la billetterie en ligne⁴; dynamisation des investissements dans les sociétés à objet sportif régies par la loi n°30-09 précitée par des incitations fiscales incitatives⁵.

6. - Concernant les manifestations internationales de football dont l'organisation a été confiée au Maroc par la Fédération internationale de football association (FIFA) ou la Confédération africaine de Football (CAF), ou organisées sous leur supervision, celles-ci ont contribué fortement à l'accélération du développement du secteur sportif.

La CAN 2025 a été, par exemple, un catalyseur de développement en termes de mise à niveau des infrastructures sportives; de dynamisation du tourisme; de création d'emploi; de transformation technologiques (*couverture 5G⁶, renforcement du dispositif cybersécurité, etc.*); de digitalisation de la compétition et de sécurité des infrastructures.

7. - Par ailleurs, l'échéance de la coupe du monde 2030 représente un défi majeur en termes de mise en place, d'extension et de modernisation des infrastructures ferroviaires, aéroportuaires et routières.

8. - Ce rappel étant fait, le présent article propose un panorama de l'actualité juridique récente dans la perspective de la coupe du monde 2030.

Il s'agit de mettre l'accent sur l'apport de la loi n° 35-25 du 4 août 2025 portant création de la « Fondation Maroc 2030 »⁷ (1) ainsi que sur les décrets publiés en 2025 relatifs à la gestion et modernisation des infrastructures sportives (2).

Il est question également d'examiner le rôle de l'État actionnaire, incarné par l'agence nationale de gestion stratégique des participations de l'État et de suivi des performances des établissements et entreprises publics (ci-après ANGSPÉ) dans l'accompagnement des établissements et entreprises publics (ci-après EEP) re-

levant de son périmètre et impliqués dans les grands projets d'infrastructures liés à la coupe du monde 2030.

1. La création de la « Fondation Maroc 2030 »

1-1. Statut et mission

9. - **Statut.** La « Fondation Maroc 2030 » est une institution d'utilité publique, à but non lucratif, dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière (article 1er de la loi n° 35-25).

10. - **Missions.** La fondation est chargée, en coopération avec les administrations et organismes concernés, de la préparation, de l'organisation et de la valorisation de toutes les manifestations internationales de football dont l'organisation est confiée au Royaume du Maroc par la Fédération internationale de football association ou la Confédération africaine de football, ou organisées sous leur supervision et ce, jusqu'à la tenue de la coupe du monde FIFA 2030 (article 2 § 1 de la loi n° 35-25).

À cet effet, la fondation prend, à travers ses organes compétents, les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des manifestations précitées, au suivi de la mise en œuvre des engagements y afférents, et apporte le soutien et l'accompagnement nécessaires aux régions et villes concernées par l'organisation des dites manifestations (article 2 § 2 de la loi n° 35-25).

1-2. Composition

11. - Les organes de la fondation se composent : d'un président, d'un conseil exécutif, d'un conseil consultatif et d'un comité de management territorial.

Le président

12. - Le président, qui agit au nom de la fondation, exerce notamment les attributions suivantes :

- Faciliter les relations entre les administrations, les

4. Le Conseil de la concurrence a été destinataire, en date du 2 mai 2025, de deux saisines portant sur les conditions d'accès au marché des services de billetterie pour les manifestations sportives (v. communiqué du Conseil de la concurrence du 4 juillet 2025). S. EL HAJOUI, « Actualité de l'activité du Conseil de la concurrence (juillet-décembre 2025) », n°37, 4ème trimestre, 2025.

5. Dahir n° 1-25-67 du 19 jourmada II 1447 (10 décembre 2025) portant promulgation de la loi de finances n° 50-25 pour l'année budgétaire 2026, B.O n°7465 bis du 16 décembre 2025. https://www.finances.gov.ma/Publication/db/2025/BO_7465-bis_fr.pdf.

6. La couverture 5G doit atteindre 85 % à l'horizon 2030, avec un niveau de couverture de 100 % pour les villes hôtes des événements sportifs. Rapport sur les Établissements et Entreprises Publics accompagnant le projet de loi de finances pour l'année 2026, p. 65.

7. Dahir n° 1-25-54 du 10 safar 1447 (4 août 2025) portant promulgation de la loi n° 35-25 portant création de la « Fondation Maroc 2030 », B.O. n° 7428 du 7 août 2025.

établissements et entreprises publics, les collectivités territoriales, les organisations sportives nationales, les organismes publics et privés, et la Fédération internationale de football association, la Confédération africaine de football et les organisations sportives internationales placées sous leur égide ;

- Contribuer à la promotion de l'image du Maroc à l'international, notamment à travers des campagnes de communication appropriées visant à renforcer le rôle du Maroc en tant que destination pour l'organisation de grandes manifestations de football ;
- Apporter l'appui et l'accompagnement nécessaires aux régions et aux villes concernées, afin de garantir le respect des cahiers des charges de la Fédération internationale de football association, de la Confédération africaine de football et des organisations sportives internationales placées sous leur égide ;
- Représenter la fondation vis-à-vis des administrations, des tiers et des organisations sportives internationales, et devant les juridictions et toute instance arbitrale, et faire tout acte conservatoire (article 8 § 2 de la loi n° 35-25).

Le conseil exécutif

13. - Le conseil exécutif, présidé par le président de la fondation, exerce en application des dispositions de l'article 2 précité les attributions suivantes :

- Planifier les mesures nécessaires pour la préparation et l'organisation des manifestations internationales de football organisées au Maroc, notamment la coupe du monde FIFA 2030, et toute autre grande manifestation sportive organisée sous la supervision de la Fédération internationale de football association ou de la Confédération africaine de football ;
- Assurer le suivi de la mise en œuvre des engagements pris par l'État en rapport avec l'organisation des manifestations internationales de football visées au paragraphe 1 ci-dessus, et veiller à leur exécution conformément aux normes fixées dans les cahiers des charges relatifs aux dites manifestations ;
- Évaluer, périodiquement, l'état d'avancement des chantiers liés aux préparatifs pour l'organisation

des manifestations internationales de football susvisées, au vu des rapports reçus, et proposer les mesures nécessaires y afférentes, le cas échéant (article 6 de la loi n° 35-25).

Le conseil consultatif

14. - Le Conseil consultatif constitue un espace de dialogue et de réflexion en vue de contribuer à la création des conditions propices à la réussite de l'organisation des manifestations internationales de football précitées (article 10 § 1).

15. - Le Conseil consultatif, présidé par le président de la fondation est notamment chargé de :

- formuler des recommandations et propositions au conseil exécutif pour l'élaboration des orientations générales de l'action de la fondation ;
- émettre des avis sur les questions que lui soumet le conseil exécutif ;
- contribuer au renforcement de la mobilisation collective pour la mise en œuvre des différents chantiers relatifs aux préparatifs du Maroc pour l'organisation des manifestations internationales de football (article 10 § 2 de la loi n° 35-25).

Le Comité de management territorial

16. - Le ministre de l'intérieur préside le comité de management territorial qui est chargé du suivi et de la coordination de la mise en œuvre, au niveau territorial, des engagements de l'État prévus par la présente loi (article 11 de la loi n° 35-25).

2. La gestion et la modernisation des infrastructures sportives

2-1. Octroi d'une concession à la SONARGES

17. - Créée en 2008, la SONARGES est une entreprise publique responsable de la gestion et l'exploitation de stades et diverses infrastructures sportives et de la supervision et la maîtrise d'ouvrage des travaux de construction et de mise à niveau des stades.

La SONARGES a pour mission de s'assurer de la bonne gestion des infrastructures pouvant accueillir des événements sportifs, culturels et artistiques nationaux et

8. Rapport annuel sur « l'État actionnaire » 2023-2024, p. 168. <https://api.angspe.ma/>. S. EL HAJOUI, « L'ANGSPE publie son premier rapport annuel sur « l'État actionnaire » (2023-2024) », LexisNexis, Actualité, Maroc, 25 novembre 2025.

internationaux dans les meilleures conditions de sécurité et de confort⁸.

18. - Dans la perspective des manifestations sportives majeures qui seront organisées par le royaume comme la coupe du monde 2030, la SONARGES joue un rôle pivot dans la réussite de ces événements majeurs en assurant notamment la gestion des chantiers de construction des stades.

De ce fait, le Décret n° 2-25-360 du 10 avril 2025 a approuvé l'octroi à la SONARGES la concession relative à la modernisation, l'entretien et l'exploitation des stades des villes de Rabat, Fès, Tanger, Marrakech et Agadir et la construction, l'entretien et l'exploitation du Grand Stade Hassan II de Benslimane⁹.

2-2. Création de la Société des infrastructures sportives de Rabat-INSPOA S.A

19. - La « Société des infrastructures sportives de Rabat - INSPORA S.A » société anonyme à conseil d'administration a été créée par Décret du 20 novembre 2025¹⁰.

20. - La création de cette société répond aux :

- « Impératifs liés aux grands événements sportifs qui seront organisés en perspective de la coupe du monde 2030, exigeant des techniques et des compétences pointues en termes de gestion, de maintenance et de valorisation des infrastructures sportives.
- « Besoins d'efficacité, de professionnalisme et de transparence tout en offrant un outil moderne pour mobiliser et sécuriser les financements publics et privés ».

21. - La « Société des infrastructures sportives de Rabat - INSPORA S.A » a pour mission :

- « La gestion, l'exploitation, la maintenance et la valorisation de l'ensemble des infrastructures sportives de la région Rabat-Salé-Kénitra liées à l'organisation de la coupe du monde 2030 ;

- « La mise en œuvre de programmes de rénovation et de mise à niveau selon des standards internationaux de qualité, de sécurité et de développement durable ;
- « Le développement des activités économiques complémentaires : billetterie numérique, exploitation des espaces publicitaires, organisation de manifestations sportives, location d'espaces pour événements culturels ou commerciaux, restauration et services F&B, boutiques officielles... etc. ;
- « La promotion du sport de masse et de proximité en mettant les installations à disposition des clubs locaux, des écoles, des associations sportives et de la jeunesse de la région ».

3. Le rôle de l'ANGSPE dans l'accompagnement des EEP impliqués dans les grands projets d'infrastructures

22. - La création de l'ANGSPE, qui s'inscrit dans le cadre la loi n° 82-20 du 26 juillet 2021¹¹, a pour objectif de consolider le cadre institutionnel et organisationnel de l'intervention de l'État en tant qu'actionnaire en vue de l'inscrire dans le cadre d'une gestion stratégique de l'actionnariat public portée par le secteur des EEP¹².

23. - La vision de l'État actionnaire s'articule autour de plusieurs objectifs : la valorisation du patrimoine, la consolidation de la souveraineté nationale, le renforcement du rôle des EEP en matière de développement économique et social et la gouvernance¹³.

24. - Le périmètre de l'agence, au nombre de 57 entités, comprend les établissements publics, les entreprises publiques et les participations détenues, exclusivement ou majoritairement, par l'État, les établissements publics et entreprises publiques dans le capital des sociétés. Parmi ces entités figurent les entreprises publiques qui interviennent dans le secteur sportif à

9. Décret n° 2-25-360 du 11 chaoual 1446 (10 avril 2025), B.O. n° 7428 du 7 août 2025.

10. Décret n° 2-25-986 du 28 jourmada I 1447 (20 novembre 2025) autorisant la création de la société anonyme dénommée « Société des infrastructures sportives de Rabat-INSPOA S.A », B.O. n° 7462 du 4 décembre 2025.

11. Dahir n° 1-21-96 du 15 hija 1442 (26 juillet 2021) portant promulgation de la loi n° 82-20 portant création de l'agence nationale de gestion stratégique des participations de l'État et de suivi des performances des établissements et entreprises publics : BORM n° 7010, 5 août 2021.

12. S. EL HAJOU, « L'État actionnaire », LexisNexis, Étude législative, 19 mai 2025.

13. S. EL HAJOU, « La nouvelle Politique Actionnariale de l'État », LexisNexis, Étude législative, 29 août 2025.

14. La MDJS contribue à promouvoir les athlètes, à l'organisation des événements sportifs, à encourager le jeu responsable. Elle verse l'intégralité de ses résultats au Fonds National du Développement du Sport (FNDS), dont l'objet est de subventionner les actions des fédérations sportives, d'accompagner les sportifs de haut niveau représentant le Maroc et de financer des infrastructures sportives majeures ou de

l'instar de la SONAEGES et la Marocaine des jeux et des sports¹⁴.

25. - Aujourd'hui, l'ANGSPE accompagne la SONARGES dans l'élargissement progressif de son périmètre d'activité. Le rapport annuel sur « l'État actionnaire » 2023-2024 publié en juin 2025 précise que l'objectif est de promouvoir le bien-être et l'inclusion du citoyen par le sport sur l'ensemble du territoire, à travers l'amélioration des infrastructures et l'accessibilité de la pratique du sport au niveau national.

26. - À ce titre, l'agence s'assure également que la société dispose des outils de gouvernance et de gestion adéquats pour soutenir l'élargissement de ses activités¹⁵.

Tenant compte de la multitude de chantiers de construction ou de mise à niveau d'infrastructures stratégiques autour des stades et dans les villes hôtes, à réaliser pour la coupe du monde 2030, l'ANGSPE est confronté à plusieurs défis notamment de coordination, de complémentarité entre les EEP¹⁶.

C'est dans ce contexte que l'ANGSPE veille à mettre en œuvre une vision concertée entre les EEP relevant de son périmètre afin de garantir la synchronisation dans la planification des projets de ces entités et l'identification des synergies potentielles¹⁷.

27. - Le rapport annuel sur « l'État actionnaire » précité indique que dans la seule région de Casablanca-Settat, plusieurs projets interconnectés sont en cours de mise en œuvre par les EEP du périmètre, notamment :

- La SONARGES est responsable de la construction du Grand Stade Hassan II ;
- La société nationale des Autoroutes du Maroc est chargée de la construction de la nouvelle autoroute

continentale Casablanca-Rabat, devant relier notamment le Grand Stade Hassan II au réseau routier, et des nœuds échangeurs d'Aïn Harrouda et de Sidi Maârouf ;

- L'Office National des Chemins de fer porte le projet de la ligne grande Vitesse Kénitra-Marrakech passant à proximité du Grand Stade Hassan II, de la création de nouvelles gares LGV, et des projets RER reliant notamment l'Aéroport Mohamed V, le Grand Stade Hassan II et la Commune de Casablanca.
- L'office National des Aéroports et la RAM ont la charge de l'extension de l'Aéroport Mohammed V.

28. - Au vu de ce qui précède, on constate que plusieurs efforts ont été déployés pour accompagner les grands projets liés à la coupe du monde 2030.

29. - Quelles actions « la Fondation 2030 » entend-elle adopter pour organiser, valoriser toutes les manifestations internationales de football jusqu'à la tenue de la coupe du monde 2030 ?

30. - Qu'en est-il du soutien et l'accompagnement nécessaires aux régions et villes concernées par l'organisation des dites manifestations ?

31. - Quelles mesures seront mises en œuvre pour assurer la gestion, la maintenance, la valorisation des infrastructures sportives aussi bien par la SONARGES que les sociétés nouvellement créées ?

32. - Comment l'ANGSPE envisage-t-elle de renforcer la coordination et les synergies entre les EEP pour sécuriser les enjeux liés à l'organisation la coupe du monde 2030 ?

Une actualité à suivre dans les années à venir !

proximité.

15. Rapport annuel sur « l'État actionnaire » 2023-2024, p. 169.

16. S. EL HAJOU, « Les nouveaux défis des Établissements et Entreprises publics : première analyse de la loi-cadre n° 50-21 relative à la réforme du secteur des Établissements et Entreprises publics », LexisNexis, Doctrine-étude législative, 1er août 2023.

17. Rapport annuel sur « l'État actionnaire 2023-2024 », p. 116.

ARTICLE

Loi n°86-12 relative aux partenariats public-privé : entre ambition normative et réalités pratiques



Saad EL MERNISSI

Conseil juridique et avocat au Barreau de Paris – Associé au Cabinet Figes Mernissi

Résumé — Adoptée pour moderniser la structuration et le financement des infrastructures, la loi n° 86-12 relative aux partenariats public-privé a instauré un cadre contractuel ambitieux. Plus de dix ans après son entrée en vigueur, la pratique met toutefois en évidence un décalage persistant entre cette ambition normative et les montages effectivement retenus par les autorités publiques.

Mots-clés : Partenariats public-privé · Commande publique · Loi 86-12 · Loi 46-18 · Évaluation préalable · Gestion déléguée

Introduction

1. - L'adoption de la loi n° 86-12 relative aux partenariats public-privé¹ (PPP) s'est inscrit dans une dynamique de modernisation du droit marocain de la commande publique et de diversification des modes de financement des infrastructures dans un contexte où l'investissement est porté pour les deux tiers par le secteur public. Face aux besoins croissants en équipements publics, la contrainte budgétaire de l'État et des établissements publics a conduit le législateur à promouvoir un modèle contractuel fondé sur la mobilisation du secteur privé, tant pour le financement que pour la réalisation et l'exploitation des projets.

2. - Inspirée des expériences étrangères, et notamment du modèle français des contrats de partenariat introduits en 2004 par l'ordonnance n° 2004-559², la loi 86-12 a consacré un schéma contractuel ambitieux, reposant sur une approche intégrée du projet et sur un

transfert substantiel des risques au partenaire privé. Toutefois, plus de dix ans après son entrée en vigueur, la pratique révèle un recours limité aux partenariats public-privé au sens strict de ce texte, au profit de montages sectoriels ou hybrides.

3. - Cet écart entre l'ambition du dispositif et sa mise en œuvre effective tient à plusieurs facteurs structurels : la coexistence de cadres sectoriels concurrents, la complexité de certaines étapes procédurales, en particulier l'évaluation préalable ainsi que l'inachèvement de la réforme engagée par la loi n° 46-18³.

I. L'ambition normative de la loi 86-12 face à la fragmentation du droit des infrastructures

1. Dahir n° 1-14-192 du 1er rabii I 1436 (24 décembre 2014) portant promulgation de la loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé B.O. n° 6332 du 5 février 2015.

2. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

3. Dahir n° 1-20-04 du 11 regeb 1441 (6 mars 2020) portant promulgation de la loi n° 46-18 modifiant et complétant la loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé B.O. n°6870 du 2 avril 2020.

A. Le modèle juridique du PPP consacré par la loi 86-12

4. - La loi 86-12 définit le contrat de partenariat public-privé comme un contrat global par lequel une personne publique confie à un partenaire privé une mission intégrée comprenant le financement, la conception, la construction, la maintenance et, le cas échéant, l'exploitation d'un ouvrage ou d'un équipement public, moyennant une rémunération publique étalée dans le temps et conditionnée à la performance.

5. - Ce modèle se distingue des marchés publics classiques, caractérisés par une dissociation des prestations et un paiement immédiat ou échelonné sans transfert significatif de risques, ainsi que des concessions, dans lesquelles la rémunération du cocontractant repose principalement sur l'exploitation de l'ouvrage ou du service. Le contrat de partenariat repose, quant à lui, sur une logique de paiement public différé, fondée sur la disponibilité et la performance de l'infrastructure ou du service.

B. La concurrence des textes sectoriels et de la gestion déléguée

6. - En pratique, le champ d'application de la loi n° 86-12 recoupe largement celui de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics⁴, ainsi que celui des régimes sectoriels encadrant des infrastructures stratégiques telles que l'électricité, l'eau, les ports, les chemins de fer, les autoroutes ou encore les infrastructures aéroportuaires. Cette superposition contribue à limiter le recours aux partenariats public-privé au sens strict, les autorités contractantes privilégiant des cadres juridiques perçus comme plus souples et mieux adaptés aux spécificités de chaque secteur.

7. - Le recours à la loi n° 54-05 demeure, à cet égard, particulièrement significatif. De nombreux projets ont été conclus sous ce régime, notamment dans le domaine de la gestion des services publics urbains, tels que la distribution d'eau et d'électricité, les transports urbains ou encore la gestion des déchets. Ce cadre, désormais bien maîtrisé notamment par les collectivités territoriales et les opérateurs, offre une sécurité ju-

ridique et une flexibilité contractuelle qui expliquent son attractivité. Il permet en particulier d'adapter l'allocation des risques et les mécanismes de rémunération aux réalités économiques locales, tout en assurant la continuité du service public.

8. - Par ailleurs, les textes sectoriels présentent des degrés variables d'encadrement, souvent perçus comme favorisant la souplesse et l'efficacité opérationnelle. Certains dispositifs se limitent à poser un principe général de recours à des opérateurs privés pour l'exécution de missions de service public, assorti d'exigences fondamentales telles que l'appel à la concurrence ou le maintien de l'équilibre économique du contrat. Tel est notamment le cas pour l'ONEE, où la législation applicable⁵ prévoit uniquement un cadre de base laissant une large marge de manœuvre à l'opérateur public dans la structuration contractuelle des contrats d'achat et de fourniture d'électricité.

9. - À l'inverse, d'autres cadres sectoriels offrent un encadrement plus détaillé et particulièrement favorable à la bancabilité des projets. La loi n° 15-02⁶ relative aux ports constitue, à cet égard, un exemple significatif. Elle prévoit non seulement les principales stipulations devant figurer dans les documents de concession portuaire, mais également des mécanismes favorables au financement des projets, notamment la possibilité pour les prêteurs d'obtenir des sûretés sur les ouvrages et équipements à travers la constitution de droits réels, tels que le droit de superficie, ainsi que la reconnaissance d'un droit de substitution en cas de défaillance du concessionnaire. Ces dispositions renforcent la sécurité juridique et de financement des projets et contribuent à l'attractivité de ces montages pour les investisseurs et les institutions financières.

10. - Dans ce contexte, le régime des contrats de partenariats apparaît souvent comme un cadre transversal mais plus contraignant, notamment en raison de ses exigences procédurales et de la rigidité perçue de certains mécanismes. Les autorités contractantes tendent dès lors à privilégier des montages sectoriels spécifiques ou des contrats hybrides, permettant une plus grande adaptabilité aux besoins opérationnels et aux attentes des financeurs.

4. Dahir n° 1-06-15 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics B.O n° 5404 du 16 mars 2006.

5. Dahir n° 1-11-160 du 1er kaada 1432 (29 septembre 2011) portant promulgation de la loi n° 40-09 relative à l'Office national de l'électricité et de l'eau potable « O.N.E.E. » B.O n° 5996 du 17 novembre 2011.

6. Dahir n° 1-05-146 du 20 chaoual 1426 (23 novembre 2005) portant promulgation de la loi n° 15-02 relative aux ports et portant création de l'agence nationale des ports et de la Société d'exploitation des ports B.O. n° 5378 du 15 décembre 2005.

II. Les limites de la mise en œuvre et les perspectives ouvertes par la réforme

A. L'évaluation préalable : entre exigence de rationalité et contraintes opérationnelles

11. - Sous le régime de la loi n° 86-12, le recours aux partenariats public-privé est conditionné par la réalisation d'une évaluation préalable. Elle a pour objet de démontrer la pertinence économique et financière du montage envisagé, en intégrant une analyse en coût global et une comparaison avec les modes alternatifs de réalisation, afin d'assurer une allocation optimale des risques et une utilisation efficiente des fonds publics.

12. - Si cette exigence s'inscrit dans une logique de bonne gouvernance et de rationalisation de la décision publique, elle s'est révélée, dans la pratique, particulièrement contraignante. La réalisation de l'évaluation préalable suppose en effet la mobilisation de compétences techniques et financières spécialisées, la production de modélisations complexes et la coordination d'acteurs multiples, ce qui allonge sensiblement les délais de structuration des projets. Dans des secteurs caractérisés par une forte pression opérationnelle, cette phase peut constituer un facteur de retard, voire de renoncement au recours au PPP.

13. - En outre, cette exigence expose l'autorité contractante à un risque de contrôle d'opportunité a posteriori, notamment par les organes de contrôle financier. La crainte d'une remise en cause ultérieure des choix économiques et stratégiques du projet contribue à renforcer la prudence des opérateurs publics, qui tendent alors à privilégier des cadres juridiques perçus comme plus sécurisés ou mieux maîtrisés, en particulier les textes sectoriels ou la gestion déléguée.

B. La loi n° 46-18 : vers un rééquilibrage du dispositif et une harmonisation progressive

14. - La loi n° 46-18, modifiant et complétant la loi n° 86-12, permettra, une fois les textes nécessaires à son entrée en vigueur adoptés, de rééquilibrer le dispositif initial, en introduisant davantage de souplesse et en élargissant son champ d'application. L'un de ses apports majeurs réside dans l'inclusion explicite des collectivités territoriales, de leurs groupements et des autres personnes morales de droit public parmi les per-

sonnes publiques habilitées à recourir aux PPP. Cette évolution ouvre la voie à une territorialisation du recours à ce mode contractuel et à la structuration de projets de proximité, dans des domaines tels que les infrastructures urbaines, les équipements ou les services publics locaux.

15. - La réforme introduit également une flexibilisation significative de l'évaluation préalable, en instaurant une logique de seuils d'investissement en deçà desquels celle-ci devient optionnelle. Cette innovation vise à lever l'un des principaux freins identifiés sous le régime initial, en facilitant le lancement de projets de taille intermédiaire ou modeste. Toutefois, l'effectivité de cette mesure demeure étroitement liée à l'adoption des textes d'application appelés à préciser les seuils et leurs modalités d'appréciation.

16. - Par ailleurs, la loi n° 46-18 renforce la gouvernance du dispositif, en instituant une commission nationale du partenariat public-privé, placée sous la présidence du chef du gouvernement, ainsi qu'un comité permanent chargé de missions opérationnelles. Cette architecture vise à améliorer la coordination institutionnelle, la programmation stratégique et la visibilité du portefeuille de projets, répondant ainsi à une attente forte des investisseurs et des prêteurs.

17. - La réforme assouplit également les conditions de recours à la procédure négociée pour certains projets présentant un caractère stratégique, économique, social ou environnemental, sous réserve d'une autorisation préalable. Cette évolution introduit une flexibilité procédurale encadrée, mieux adaptée à la complexité de certains projets d'infrastructures.

18. - Enfin, la loi n° 46-18 amorce une dynamique d'harmonisation du droit des infrastructures. L'article 28-3 prévoit l'extension de certaines dispositions du régime des PPP, notamment l'évaluation préalable, aux projets relevant des lois sectorielles. Cette orientation traduit la volonté de généraliser une logique d'analyse en coût global et de renforcer la cohérence des choix publics.

19. - Consciente de la maturité et des spécificités des cadres sectoriels existants, la réforme prévoit toutefois un régime de dérogations permettant à la commission nationale d'autoriser certaines personnes publiques ou certains secteurs à demeurer régis par leurs textes propres. Ce mécanisme constitue un élément d'équilibre essentiel, visant à concilier l'objectif d'har-

monisation avec la préservation de l'efficacité opérationnelle et de la sécurité juridique des secteurs historiquement structurés.

Conclusion

20. - La loi n° 86-12 relative aux partenariats public-privé demeure l'expression d'une ambition normative forte à savoir doter le Maroc d'un instrument contractuel moderne permettant d'optimiser la structuration, le financement et l'exécution des projets d'infrastructures. Toutefois, son effectivité a été freinée par plusieurs facteurs structurels, au premier rang desquels la fragmentation du droit des infrastructures, la concurrence des régimes sectoriels, la lourdeur de l'évaluation préalable et l'absence, à ce stade, de pleine visibilité institutionnelle.

21. - La réforme portée par la loi n° 46-18 apporte des réponses substantielles à ces limites, en élargissant le champ des personnes publiques habilitées à recourir aux PPP, en flexibilisant l'évaluation préalable par une logique de seuils, en renforçant la gouvernance stratégique et en amorçant une harmonisation avec les cadres sectoriels. Son entrée en vigueur effective, conditionnée à l'adoption des textes d'application, constituera un moment décisif. À défaut, le PPP risque de demeurer un outil juridiquement ambitieux mais marginal dans la pratique ; à l'inverse, une mise en œuvre pragmatique et sécurisée pourrait en faire un instrument pleinement intégré au droit marocain

des infrastructures.

22. - Au-delà de la seule réforme des PPP, l'enjeu apparaît plus large : celui d'une rationalisation et d'une harmonisation d'ensemble des législations relatives à la commande publique. Dans son avis de 2014 sur le projet de loi n° 86-12⁷, le Conseil économique, social et environnemental (CESE) soulignait déjà la nécessité de renforcer la cohérence globale du cadre juridique applicable aux contrats publics, afin d'éviter la dispersion normative et les incertitudes de qualification. Cette recommandation conserve aujourd'hui toute son actualité.

23. - L'expérience française offre, à cet égard, un éclairage utile. Le Code de la commande publique⁸ entré en vigueur le 1er avril 2019, a permis d'unifier et de rationaliser les règles applicables aux marchés publics, concessions et contrats de partenariats, en assurant une meilleure lisibilité du droit positif et une plus grande sécurité juridique pour les acteurs économiques.

24. - Sans transposer mécaniquement ce modèle, la consolidation du droit marocain des infrastructures pourrait utilement s'inscrire dans une dynamique comparable à savoir celle d'un cadre harmonisé de la commande publique, conciliant sécurité juridique, efficacité opérationnelle et cohérence transversale des montages contractuels. C'est à cette condition que les PPP, au-delà de son ambition normative initiale, pourra pleinement contribuer au développement durable et structuré des infrastructures au Maroc.

7. Avis du Conseil économique, social et environnemental sur le projet de loi 86-12. Saisine n°09/2014.

8. Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.

ARTICLE

État des lieux de la réglementation ENR au Maroc – une ouverture encadrée à l'épreuve de l'architecture du secteur électrique



Zineb GAOUANE

Associée · Cabinet LPA LAW Casablanca

Résumé — Il est difficile d'analyser la réglementation des énergies renouvelables («ENR») au Maroc sans partir du droit de l'électricité : les ENR ne «flottent» pas au-dessus du système, elles s'y injectent. L'effectivité de l'ouverture proclamée dépend donc, au-delà des lois, de l'outillage d'exécution (textes d'application, décisions du régulateur, référentiels techniques) et de la gouvernance des réseaux, caractérisée par une répartition des tutelles entre le ministère chargé de l'énergie et le ministère de l'Intérieur. État des lieux juridico-économique, à jour au 9 mars 2026.

Mots-clés : service public de l'électricité · monopole naturel · accès aux réseaux · régulation sectorielle · ANRE · ONEE · SRM · autoproduction · surplus · écrêtement · capacité d'accueil · bancabilité · grid code · certificat d'origine

Introduction – ENR et électricité : une interdépendance structurante

1. - **Postulat de lecture.** Les ENR ne constituent pas un « droit autonome ». Elles sont un segment du droit de l'électricité, lui-même organisé autour de la continuité du service public, de la sûreté du système et de l'accès à des infrastructures de réseau qui relèvent, en économie, d'un monopole naturel. De là une conséquence pratique : commenter la loi ENR sans intégrer l'accès au réseau, la tarification d'utilisation, les règles techniques et la gouvernance des distributeurs revient à décrire un droit « ouvert » sans sa capacité d'exécution.

2. - **Problématique.** Comment l'histoire institutionnelle du secteur électrique – en particulier la construction d'une distribution territorialisée placée sous tutelle du ministère de l'Intérieur, coexistant avec un opérateur national sous tutelle du ministère chargé de l'énergie – influence-t-elle aujourd'hui l'effectivité du droit ENR (raccordement, injection, valorisation du

surplus, gestion de l'écrêtement), et, partant, la bancabilité des projets ?

3. - **Constat.** Le corpus législatif principal est désormais dense (lois 13-09/58-15/40-19, 48-15, 82-21). Les difficultés sont, principalement des enjeux d'exécution : retards de publication, choix de véhicules normatifs (décret vs décision du régulateur), désynchronisation des référentiels techniques, et dispersion des règles. Une consolidation normative (par exemple un Code de l'électricité) et une loi-cadre énergétique peuvent être envisagées pour, sans figer l'action publique, réduire le risque réglementaire et aligner les acteurs sur une trajectoire opposable.

I. Genèse du secteur électrique et clé de lecture institutionnelle

4. - **Sous le Protectorat : concessions et distribution morcellée.** La production, le transport et une partie de la distribution étaient assurés, dès 1924, par la so-

ciété Énergie Électrique du Maroc (« EEM »), tandis que la distribution reposait sur des opérateurs privés titulaires de gérances ou concessions locales. Cette architecture concessionnelle a durablement ancré la distribution comme service public territorial, historiquement distinct de l'organisation nationale du système.¹

5. - À l'Indépendance : nationalisation et « territorialisation » de la distribution. Les concessions et gérances héritées du Protectorat ont été progressivement reprises et placées, pour les services communaux, sous une logique de tutelle du ministère de l'Intérieur. Cette séquence explique que la distribution, même lorsqu'elle est techniquement unifiée, reste administrativement marquée par une approche territoriale (régies, puis sociétés régionales multiservices).

6. - 1963 : création de l'ONE et monopole intégré... sauf là où subsistent des régies. Le dahir portant création de l'Office national de l'électricité (« ONE ») pose, à l'article 2, que l'Office « est chargé (...) du service public, de la production, du transport et de la distribution de l'énergie électrique », tout en précisant, à l'article 3, le maintien de régimes d'exploitation communaux antérieurs. Cette combinaison explique la dualité durable des opérateurs de distribution : l'ONE/ONEE intervient en l'absence de régie ou d'opérateur local, tandis que la distribution urbaine a longtemps relevé des régies, puis de la gestion déléguée, et désormais des Sociétés Régionales Multiservices (« SRM »).²

7. - D'une pluralité d'opérateurs à la création des SRM : unification opérationnelle, dualité de tutelle persistante. La distribution a été assurée par (i) l'ONEE Distribution dans les zones non couvertes, (ii) des régies (12 régies historiques) et (iii) des délégataires (Rabat, Casablanca, Tanger, Tétouan). La réforme récente organise un regroupement progressif en SRM, tandis que certains périmètres restent, à date, sous contrats de gestion déléguée (notamment REDAL et Amendis) jusqu'à échéance. Cette unification ne fait pas disparaître la dualité administrative : la distribution territoriale demeure rattachée à la tutelle de l'Intérieur, alors que le transport et les grandes orientations sectorielles relèvent du ministère chargé de l'énergie.

II. Corpus ENR : ouverture en droit, efficacité par l'exécution

8. - Loi n° 13-09 (modifiée) : l'ouverture de la production ENR et ses canaux de commercialisation. La loi n° 13-09 consacre l'ouverture de la production à partir de sources renouvelables et organise l'accès au réseau dans la limite des capacités techniques. Les modifications apportées par les lois n° 58-15 et n° 40-19 ont densifié les mécanismes (certificat d'origine, écrêtement, vente de l'excédent, etc.).³

9. - Après la loi, le test de l'exécution : textes attendus et points de blocage. Sur le terrain, plusieurs paramètres déterminants restent tributaires de textes d'application : conditions détaillées d'accès HT/MT/BT, modalités de stockage, exigences de garanties, commissions d'instruction, règles de préférence nationale, seuils d'écrêtement, modalités d'acquisition par les gestionnaires de réseaux de distribution (« GRD ») de jusqu'à 40 % de l'énergie produite localement, et modalités du droit annuel d'exploitation en cas d'export, etc. L'enjeu est simple : sans règles opposables, la contractualisation se fait « au cas par cas » et au détriment de la lisibilité du marché.

III. Régulation (loi n° 48-15) : l'outillage a démarré, mais la désynchronisation demeure

10. - Loi n° 48-15 : un marché régulé et un régulateur sectoriel. La loi n° 48-15 institue l'Autorité nationale de régulation de l'électricité (« ANRE ») et lui confie, notamment, la tarification d'utilisation des réseaux, l'approbation du code de réseau transport, le suivi d'indicateurs qualité et le règlement des différends.⁴

11. - Une régulation « créée » en 2016, opérationnalisée plus tard. La loi n° 48-15 a été publiée en 2016 mais son entrée en vigueur n'a eu lieu qu'en avril 2021. Cette temporalité explique une partie des retards d'outillage (tarifs, codes, indicateurs) et des écarts entre ou-

1. J. Ducruet, « L'électrification du Maroc à l'époque du protectorat », *Outre-mers*, 2002, vol. 89, n° 334, p. 47-69 (Persée).

2. Dahir n° 1-63-226 du 14 rabii I 1383 (5 août 1963) portant création de l'Office national de l'électricité, art. 2 et 3 (B.O. n° 2650 du 9 août 1963).

3. Loi n° 13-09 relative aux énergies renouvelables (B.O. n° 5822 du 18 mars 2010), modifiée notamment par la loi n° 58-15 (B.O. n° 6436 du 4 février 2016) et la loi n° 40-19 (modifiant et complétant la loi 13-09).

4. Communiqué ANRE sur la nomination et la première réunion du Conseil (12.08.2020) ; et rappels sur la prise d'effet au 22.04.2021 (documents ANRE).

verture légale et pratiques.

12. - Exemple révélateur : grid code transport vs prescriptions MT distribution (hiérarchie des normes). La loi n° 48-15 organise une asymétrie : le code du réseau de transport est approuvé et publié par décision de l'ANRE, tandis que « *les prescriptions techniques relatives aux conditions de raccordement et d'accès aux réseaux électriques de moyenne tension de la distribution* » et « *les règles concernant l'utilisation* » de ces réseaux sont « *fixées par voie réglementaire* ». Autrement dit : un décret (pouvoir réglementaire) est requis pour la MT distribution.⁵

13. - Lecture institutionnelle. Ce choix de véhicule normatif, plus lourd, est cohérent avec la gouvernance duale : la distribution, historiquement territoriale et rattachée à l'Intérieur, se voit appliquer un instrument hiérarchiquement supérieur (décret), là où le transport relève d'un instrument réglementaire (décision ANRE). D'un point de vue technique, pourtant, transport et distribution sont interconnectés ; la désynchronisation des référentiels crée un « goulet » normatif pour les projets raccordés en MT (segment clé de l'autoproduction industrielle).

IV. Autoproduction (loi n° 82-21) : promesse de massification, dépendance à la tarification

14. - Loi n° 82-21 : reconnaissance de l'autoprodacteur et injection limitée. La loi n° 82-21 encadre le statut d'autoprodacteur et autorise la vente d'un excédent (jusqu'à 20 % de la production annuelle) au gestionnaire de réseau, à un tarif devant être fixé par l'ANRE. Elle renvoie, pour une part substantielle, à des textes d'application (raccordement, compteurs intelligents, etc.).⁶

15. - Ce qui a avancé : compteurs intelligents, certificat d'origine, capacité d'accueil. Deux textes d'exécution sont identifiés comme publiés : le décret n° 2-24-761 relatif au certificat d'origine et le décret n° 2-24-804 relatif aux compteurs intelligents. En paral-

lèle, l'ANRE publie la capacité d'accueil des réseaux.⁷

16. - Le décret d'application 2.25.100 : adopté, non publié. Le Conseil de gouvernement a adopté, le 23 octobre 2025, le projet de décret n° 2.25.100 fixant les conditions et modalités de réalisation et d'exploitation des installations d'autoproduction. À la date de clôture de la présente note, ce dernier n'a pas encore été publié au Bulletin officiel.⁸

V. Exemple transversal : les textes manquants comme obstacle structurel à la bancabilité

17. - Bancabilité : définition et déterminants. La bancabilité d'un projet ENR désigne sa capacité à obtenir un financement (banques, investisseurs institutionnels). Trois paramètres dominent : (i) la prévisibilité des revenus, (ii) la maîtrise des coûts, (iii) la quantification des risques. Dans un secteur capitalistique et à amortissement long (15-25 ans), toute incertitude normative se traduit par une prime de risque, des covenants plus stricts, voire un refus de financement.

18. - Le tarif d'achat de l'excédent : d'une incertitude de publication à une question de portée économique. Par sa décision n°04/26 du 19 février 2026, l'ANRE a mis fin à l'incertitude tenant à la fixation du tarif de l'excédent de l'énergie électrique, arrêté, pour la période du 1er mars 2026 au 28 février 2027, à 21 cDH/kWh en heures de pointe et à 18 cDH/kWh en heures hors pointe. L'enjeu ne réside donc plus dans l'absence d'un prix réglementaire, mais dans l'évaluation de sa portée économique réelle. La valorisation de l'excédent entre ainsi dans un cadre normatif explicite ; elle n'en demeure pas moins, en pratique, tributaire de l'appréciation portée par les financeurs sur le niveau du tarif, sa durée d'application et la stabilité du cadre réglementaire.

19. - Grid code MT distribution : un risque technique et calendaire. Tant que les prescriptions MT distribution ne sont pas opposables (décret attendu), les projets MT supportent : (i) une incertitude de dimension-

5. Loi 48-15, art. 11 : code réseau transport approuvé par l'ANRE ; prescriptions MT distribution fixées par voie réglementaire.

6. Loi n° 82-21 relative à l'autoproduction de l'énergie électrique (B.O. n° 7400 – version française).

7. Décret n° 2-24-761 relatif au certificat d'origine (B.O. n° 7354 du 21 novembre 2024) ; décret n° 2-24-804 relatif aux compteurs intelligents (B.O. n° 7365 du 30 décembre 2024) ; plateforme ANRE « capacité d'accueil » (période 2025-2029).

8. Communications publiques sur l'adoption du décret 2.25.100 (Conseil de gouvernement, 23.10.2025) rapportées par des sources institutionnelles et de presse.

nement des protections et équipements ; (ii) une incertitude de planning de raccordement ; (iii) des conventions négociées au cas par cas, qui compliquent la standardisation des due diligences bancaires.

20. - Capacité d'accueil : publication agrégée et lisibilité limitée pour le marché. Si le régulateur procède à l'approbation de ces capacités et en assure la publication, les informations diffusées apparaissent, en l'état, principalement agrégées. Elles ne distinguent pas toujours de manière explicite les capacités mobilisées au titre de la loi n° 13-09 et celles relevant du régime issu de la loi n° 82-21, ni les volumes effectivement disponibles pour de nouveaux projets dans le segment du marché libre.

Cette présentation peut limiter la lisibilité des marges réellement ouvertes aux investisseurs. En l'absence d'une ventilation opérationnelle des capacités restantes, les porteurs de projets doivent procéder à des diligences complémentaires auprès des gestionnaires de réseau afin d'apprécier la disponibilité effective des points de raccordement.

21. - Effets cumulatifs. L'incomplétude de la réglementation secondaire tend à favoriser les projets HT/THT adossés à des schémas institutionnels robustes, au détriment des projets décentralisés en distribution, pourtant essentiels à la massification. Elle creuse également un écart entre grands acteurs (capables d'absorber le risque) et investisseurs locaux.

VI. Lecture critique et constructive – vers une consolidation normative

22. - Trop de textes, trop d'interfaces : le besoin d'un « langage commun » du secteur. La multiplication des lois, renvois réglementaires, décisions et pratiques d'acteurs alimente une fragmentation normative : la règle existe, mais elle est dispersée, et donc coûteuse à identifier, interpréter et opposer. La perspective d'un Code de l'électricité – qui regrouperait, en un corpus lisible, les règles d'accès, de tarification, de qualité, de comptage et de règlement des différends – pourrait

contribuer à réduire les coûts de transaction et de sécuriser l'investissement.

23. - Une loi-cadre énergétique : rendre la stratégie opposable. La stratégie énergétique (ENR, bas carbone, sécurité d'approvisionnement) est, en pratique, portée par des discours, feuilles de route et annonces, mais peu stabilisée dans un texte de portée transversale. À l'instar des lois-cadres en matière environnementale, d'investissement ou fiscale, une loi-cadre énergétique pourrait préciser le cap (objectifs, principes, rôle des acteurs, trajectoires) et constituer un référentiel opposable. Elle pourrait renforcer la cohérence, en attendant ou en accompagnant la codification, et pourrait contribuer à aligner l'ensemble des acteurs qu'ils soient sous la même tutelle ou placés sous des tutelles administratives différentes.

Conclusion

24. - Le droit ENR marocain est juridiquement « ouvert » et, sur ses piliers, relativement complet. Le droit marocain des énergies renouvelables est désormais juridiquement ouvert et, sur ses principaux piliers, substantiellement outillé. La question centrale n'est donc plus seulement celle de l'édiction des normes, mais celle de leur pleine effectivité dans un secteur où l'accès au réseau, la coordination des acteurs et la cohérence des instruments d'exécution conditionnent la réalité de l'ouverture annoncée. La fixation, en février 2026, d'un premier tarif de l'excédent de l'énergie électrique constitue, à cet égard, une avancée notable : elle réduit une incertitude réglementaire importante, sans dissiper l'ensemble des réserves qui entourent encore la structuration économique des projets. L'enjeu demeure, dès lors, de stabiliser et d'articuler les règles gouvernant le coût d'accès, les délais de raccordement et les conditions de valorisation de l'électricité injectée, afin de contenir le risque réglementaire, de sécuriser la bancabilité des opérations et, en définitive, de rendre effectivement possible la massification des ENR.

ARTICLE

La structuration contractuelle des partenariats public-privé à l'épreuve des risques et des garanties juridiques liés aux projets d'infrastructures



Ghiyta IRAQI

Avocate au Barreau de Paris · Managing Partner du cabinet I&I Law Firm



Meryem BOUZOUBAA

Legal Associate du cabinet I&I Law Firm

Résumé — Les partenariats public-privé (PPP) sont des leviers essentiels pour le financement et la réalisation d'infrastructures publiques au Maroc. Leur succès repose sur une structuration contractuelle rigoureuse, une allocation optimale des risques et une sécurisation juridique adaptée.

Mots-clés : Partenariats public-privé · Contrats administratifs · Risques · Équilibre économique · Clauses contractuelles · Sécurité juridique · Infrastructures

Aperçu

Les partenariats public-privé (« PPP ») constituent une sous-catégorie des contrats administratifs. La loi n° 86-12¹, modifiée par la loi n° 46-18, en définit les contours au Maroc.

Ces contrats mobilisent les compétences financières et techniques du secteur privé pour réaliser des projets complexes et intensifs en capital, tout en assurant la continuité du service public.

En droit français, les PPP et les concessions relèvent du Code de la commande publique, selon une logique

similaire : transfert de risques au partenaire le mieux à même de les gérer.

Le contrat initial fixe les obligations, les indicateurs de performance et les modalités de rémunération. Les avenants et ordres de service permettent d'adapter la relation contractuelle à l'évolution du projet, aux événements imprévus ou aux modifications réglementaires. Une documentation précise de ces actes est essentielle pour garantir la traçabilité et la sécurité juridique.

Le tableau ci-après présente quelques exemples de projets d'infrastructure réalisés dans le cadre de partenariats public-privé (PPP) au Maroc :

1. Loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé, Dahir n° 1-14-192 du 24 décembre 2014, B.O. n° 6328 du 19 janvier 2015.

Exemples de PPP mis en œuvre

Secteur	Projet	Montant
Energie	Centrale à charbon de Jorf Lasfar	8,6 MM DH
	Centrale au gaz de Tahaddart	2,8 MM DH
	Projet éolien de Koudia El baida	640 M DH
Agriculture	Projet d'irrigation d'El Guerdane	855 M DH
Transport urbain	Tramway de Rabat-Salé	3,7 MM DH

Source : DEPP 2012

1. Définitions et abréviations

1.1. Définitions

1.1.1. Définition du Partenariat public-privé (PPP)

Le partenariat public-privé est un contrat à long terme par lequel une personne publique confie à un partenaire privé une mission globale portant sur la conception, le financement total ou partiel, la réalisation, la réhabilitation, la maintenance et/ou l'exploitation d'un ouvrage, d'une infrastructure, d'un bien immatériel ou de services nécessaires à la fourniture d'un service public, le financement des infrastructures et des services publics étant assuré, en tout ou partie, par le secteur privé.

1.1.2. Définition de la personne publique

La personne publique désigne l'État, les collectivités territoriales, leurs groupements, ainsi que les personnes morales de droit public qui en relèvent, les établissements publics et les entreprises dont le capital est détenu majoritairement et directement par l'État, seuls ou conjointement avec des établissements publics ou des entreprises publiques, habilités à conclure un contrat de partenariat public-privé pour la réalisation et la gestion d'infrastructures ou de services pu-

blics.

1.1.3. Définition de la personne privée

La personne privée désigne toute personne morale de droit privé, y compris celle dont le capital est détenu partiellement ou totalement par une personne publique, intervenant comme partenaire privé dans le cadre d'un partenariat public-privé et chargée de tout ou partie des missions de conception, financement, construction ou réhabilitation, maintenance et exploitation d'ouvrages, d'infrastructures, de biens immatériels ou de services liés à la fourniture d'un service public.

2. Les contrats de PPP à l'épreuve des risques

Le droit marocain opère une distinction entre le partenariat public-privé, régi par la loi n° 86-12, et les modes de gestion déléguée (concession, affermage et régie intéressée). Le tableau ci-après en compare les principales caractéristiques. En droit français, la distinction repose sur le transfert du risque d'exploitation. Le principe est d'attribuer chaque risque à la partie la mieux adaptée pour le maîtriser.

Contrats de partenariat public-privé, concessions et marchés classiques

	Marchés publics de travaux	Contrats de partenariat	Concessions
Objet	Conception, construction	Conception, construction, maintenance, exploitation	Conception, construction, maintenance, exploitation commerciale
Durée	Courte	Longue	Longue
Paiement	Public	Public-privé	Usagers, avec possibilité de subventions
Transfert de risques vers le privé	Limité à la construction	Oui	Oui

Source : European Expertise Center, Avril 2012

2.1. Les sources de litiges entre les parties

Dans le cadre de l'exécution des projets d'infrastructures, notamment dans le domaine des travaux, les litiges soulevés entre les parties concernent le plus souvent les retards de paiement, la non-délivrance des attestations de réception provisoire ou définitive, le non-respect des délais contractuels, ainsi que la non-exécution des prestations de façon conforme aux dispositions du CCAG-T, à ceux du cahier des charges ou aux normes définies pour le projet.

Ces manquements peuvent être imputables à l'une des parties (maître d'ouvrage ou l'entrepreneur) comme ils peuvent l'être aux deux parties simultanément, en raison de défaillances dans la coordination, la communication ou le suivi contractuel. Ces situations sont souvent à l'origine de blocages dans l'avancement du projet et de tensions entre les intervenants, ce qui mène au contentieux.

D'où l'importance de disposer d'un contrat clair et solide, prévoyant des mécanismes précis de gestion des différends notamment les clauses relatives aux pénalités de retard, aux modalités de réception des travaux, aux procédures de règlement amiable, etc. Un cadre contractuel bien défini permet d'anticiper les conflits et de résoudre les problèmes lorsqu'ils surviennent, au lieu de paralyser l'exécution du projet.

3. Typologie des risques

Une répartition inadaptée des risques compromet la bancabilité du projet et peut rendre difficile l'accès au financement. La structuration initiale du partenariat doit donc être conçue de manière à prévoir le recours aux avenants, afin de corriger les insuffisances contractuelles et de compléter les éléments manquants au cours de l'exécution du contrat. Ainsi, certains risques associés aux PPP peuvent être classés comme suit :

3.1 Risques exogènes : ce sont des risques indépendants de la volonté des parties et difficilement maîtrisables, tels que les crises sanitaires (Covid-19), les chocs économiques ou les catastrophes naturelles. Ces risques affectent généralement l'ensemble du contexte macroéconomique et ne peuvent être contrôlés ni par l'autorité publique ni par le partenaire privé.

3.2 Risques juridiques et politiques : ce sont des risques liés aux évolutions normatives, institutionnelles ou politiques qui peuvent modifier le cadre d'exécution du contrat. Ils résultent par exemple de changements de législation, de décisions politiques, ou de sanctions internationales qui affectent les conditions financières et opérationnelles du projet. L'affaire Chevron au Venezuela illustre comment un changement politique et des sanctions internationales, notamment la modification ou la révocation de licences, peuvent bouleverser les flux financiers en substituant des paiements en devises par une rémunération en na-

2. U.S. Department of the Treasury, Office of Foreign Assets Control (OFAC), *Venezuela Sanctions Regulations, General License No. 41* (26 November 2022), disponible sur : OFAC, consultée le 11 février 2026.

ture, obligeant l'État à monétiser lui-même des actifs dans des conditions moins favorables².

3.3 Risques endogènes : ce sont des risques que l'une des parties peut maîtriser ou contrôler, tels que les retards dans les travaux, les malfaçons ou les surcoûts. Dans un PPP, ces risques sont généralement transférés au partenaire privé lorsqu'il dispose de la maîtrise technique et opérationnelle nécessaire pour les anticiper et les atténuer.

4. Garanties contractuelles et sécurisation juridique

Après avoir mis en évidence les principales sources de litiges et les aléas susceptibles d'affecter le déroulement du projet, il convient à présent d'examiner les mécanismes juridiques mis en place pour prévenir ces risques et sécuriser les relations entre les parties, à travers les garanties contractuelles.

5.1. Clauses communes de protection

5.1.1 Les clauses financières telles que les clauses d'adaptation, de paiement, d'indexation et de hardship, visent à assurer la prévisibilité et la stabilité financière du contrat. Elles permettent de préserver l'équilibre économique du partenariat face aux aléas susceptibles d'affecter les conditions d'exécution du projet.

En droit comparé, notamment en droit français, la théorie du fait du prince permet, sous certaines conditions, l'indemnisation du cocontractant en cas de modifications unilatérales imposées par l'administration.

En droit marocain, la jurisprudence administrative a consacré une solution proche en reconnaissant le droit du cocontractant à être indemnisé pour des travaux supplémentaires exécutés à la demande de l'administration, même en l'absence d'avenant formalisé. Ainsi, la Cour d'appel administrative de Marrakech a jugé que le fait pour une entreprise titulaire d'un marché d'avoir réalisé des travaux supplémentaires, en dehors du contrat initial et sans conclusion d'un avenant, sur demande de l'administration maîtresse d'ouvrage, ouvre droit à rémunération à hauteur du coût de ces travaux, dès lors que l'administration en a effectivement bénéficié et en a tiré profit (*arrêt n° 1536 du 06/07/2022, dossier n° 416/7207/2022*).

5.1.2 La clause compromissoire constitue un instrument de sécurisation du règlement des litiges en prévoyant le recours à l'arbitrage. Pour être pleinement

efficace et opposable, elle doit être rédigée de manière claire et précise.

Dans les contrats impliquant des investisseurs étrangers, les traités bilatéraux d'investissement (TBI) prévoient généralement des mécanismes de protection spécifiques, notamment la possibilité de recourir à l'arbitrage international en cas de différend avec l'État hôte. Ce mécanisme offre à l'investisseur une voie de recours indépendante, y compris lorsque le contrat ne comporte pas expressément de clause compromissoire.

5.1. Check-list contractuelle

Les points essentiels à retenir et à mettre en œuvre peuvent être regroupés comme suit :

- Identifier le cadre juridique et institutionnel applicable à la conclusion et à l'exécution des contrats de PPP ;
- Comprendre les finalités et enjeux du recours aux PPP, tant pour la personne publique que pour le partenaire privé ;
- Assurer un suivi rigoureux des avenants et négocier leurs termes avec précision ;
- Analyser les mécanismes spécifiques de prévention et de règlement des différends entre partenaires publics et privés ;
- Mettre en avant les bonnes pratiques contractuelles et attirer l'attention sur les principaux risques à éviter, afin de favoriser une relation partenariale équilibrée, sécurisée et pérenne.

Synthèse

La structuration contractuelle des PPP constitue un levier fondamental pour sécuriser juridiquement et économiquement les projets d'infrastructure. L'identification précise des risques, leur répartition adaptée et l'insertion de clauses protectrices permettent de garantir la faisabilité technique, la viabilité financière et la continuité du service public.

Les expériences marocaines et françaises démontrent que la clarté contractuelle, les garanties financières, la surveillance rigoureuse et les mécanismes de renégociation sont essentiels pour pérenniser les infrastructures et renforcer la confiance des investisseurs.

Bibliographie

- Loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé, Dahir n° 1-14-192 du 24 décembre 2014, B.O. n° 6328 du 19 janvier 2015, art. 1 ; loi n° 46-18 modifiant et complétant la loi n° 86-12, Dahir n° 1-20-69 du 30 juin 2020, B.O. n° 6900 du 23 juillet 2020.
- Loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics, Dahir n° 1-06-15 du 14 février 2006, B.O. n° 5400 du 16 mars 2006, art. 2.
- U.S. Department of the Treasury, Office of Foreign Assets Control (OFAC), *Venezuela Sanctions Regulations, General License No. 41* (26 novembre 2022), publié sur le site de l'OFAC, consulté le 11 février 2026.
- Cour Administrative de la République, 06 juillet 2022, n° 416/7207/2022, arrêt n° 1536.
- Conseil Économique, Social et Environnemental, « Avis sur le projet de loi n° 86-12 relatif aux contrats de partenariat public-privé », n° 09/2014.

ARTICLE

Cybersécurité au Maroc : des fondations solides à l'épreuve des nouveaux défis numériques

Mehdi KETTANI

Counsel · Cabinet DLA Piper Casablanca

Alya BENNANI

Juriste IP/IT Team · Cabinet DLA Piper Casablanca

Résumé — La numérisation croissante des activités économiques et administratives a profondément transformé les risques auxquels sont exposés les États et les entreprises. Face à la multiplication des cyberattaques et à la circulation massive des données, le Maroc a progressivement structuré un cadre juridique articulé autour de la loi n° 05-20 relative à la cybersécurité et de la loi n° 09-08 relative à la protection des données à caractère personnel. Cet article propose une analyse approfondie de ces dispositifs, en les replaçant dans une perspective comparative franco-marocaine et européenne, à la lumière du RGPD, de la directive NIS2 et des nouvelles régulations numériques.

Mots-clés : Cybersécurité · Loi 05-20 · Loi 09-08 · DGSSI · CNDP · RGPD · NIS2 · ANSSI · Infrastructures critiques · Souveraineté numérique

1. La cybersécurité comme nouveau pilier du droit des affaires et de la souveraineté économique

La cybersécurité est devenue, en l'espace de quelques années, un enjeu central du droit des affaires et de la régulation économique. La transformation numérique des entreprises, l'interconnexion croissante des systèmes d'information et la dépendance aux infrastructures numériques ont profondément modifié la nature des risques juridiques. Les cyberattaques ne constituent plus de simples incidents techniques : elles peuvent affecter durablement la continuité de l'activité, porter atteinte à la réputation des entreprises, entraîner des pertes financières considérables et exposer les acteurs économiques à des sanctions administratives et contentieuses.

Cette évolution a conduit les États à repenser leurs cadres normatifs. La cybersécurité s'inscrit désormais dans une logique de sécurité nationale et de souveraineté économique, au même titre que la protection des infrastructures physiques ou des secteurs stratégiques.

Le Maroc, la France et l'Union européenne ont ainsi développé des dispositifs juridiques distincts mais convergents, visant à renforcer la résilience des systèmes d'information et à responsabiliser les acteurs publics et privés.

2. Le cadre marocain de la cybersécurité : la loi n° 05-20 comme socle structurant

2.1. La loi n° 05-20 : une approche étatique et stratégique de la cybersécurité

La loi n° 05-20 relative à la cybersécurité constitue le texte central du dispositif marocain. Elle traduit la volonté du législateur de doter le royaume d'un cadre juridique spécifique permettant de protéger les systèmes d'information présentant un caractère stratégique. À la différence d'une approche purement sectorielle ou économique, la loi 05-20 s'inscrit dans une logique étatique, fondée sur la protection des intérêts fondamentaux de la Nation.

Le texte vise prioritairement les administrations publiques, les collectivités territoriales, les établissements et entreprises publics, ainsi que les infrastructures d'importance vitale. Cette focalisation traduit une hiérarchisation des risques : la cybersécurité est envisagée comme un enjeu de continuité de l'État et des services essentiels, avant d'être un enjeu de conformité généralisée des acteurs privés.

Le décret d'application de la loi n° 05-20¹ est venu préciser les modalités d'application de la loi n° 05-20 et traduire ses principes en règles opérationnelles concrètes. Il organise de manière détaillée l'architecture nationale de cybersécurité en désignant la direction générale de la sécurité des systèmes d'information (DGSSI) comme autorité nationale en charge de la cybersécurité.

Le décret institue également un comité stratégique de la cybersécurité et un comité de gestion des crises cybernétiques majeures, chargés respectivement de la définition des orientations stratégiques, de la coordination interinstitutionnelle et de la gestion des situations de crise. Il encadre la classification des systèmes d'information et des actifs selon leur niveau de criticité, définit les critères de désignation et les responsabilités du responsable de la sécurité des systèmes d'information (RSSI) et impose aux entités concernées de déclarer leurs systèmes sensibles.

Par ailleurs, le décret fixe les règles applicables à la qualification des prestataires d'audit et de cybersécurité, les conditions de déroulement des audits des systèmes d'information sensibles, les délais de mise en conformité et les modalités de contrôle par l'autorité nationale. Il abroge les dispositifs antérieurs relatifs à la sécurité des systèmes d'information, consacrant ainsi un cadre juridique unifié, cohérent et juridiquement contraignant.

2.2. Les infrastructures d'importance vitale et la logique de priorisation des risques

La notion d'infrastructures d'importance vitale (IIV) occupe une place centrale dans la loi 05-20. Elle renvoie aux entités dont la défaillance des systèmes d'information serait susceptible d'avoir des conséquences graves sur la sécurité nationale, l'ordre public ou le fonctionnement de l'économie. Cette approche s'inspire clairement des modèles français et européens, tout en restant plus ciblée dans son périmètre.

En pratique, cette logique conduit à concentrer les obligations les plus contraignantes sur un nombre limité d'acteurs, considérés comme stratégiques. Elle permet une allocation plus efficace des ressources, mais soulève également la question de la protection des entreprises privées non qualifiées d'IIV, pourtant exposées à des risques cyber significatifs.

3. La gouvernance marocaine de la cybersécurité : le rôle central de la DGSSI

La direction générale de la sécurité des systèmes d'information (DGSSI) constitue le pilier institutionnel du dispositif marocain. Elle exerce des missions à la fois normatives, opérationnelles et de supervision. La DGSSI élabore les référentiels de sécurité, définit les standards applicables, qualifie les prestataires spécialisés (PASSI, PSN) et coordonne la gestion des incidents majeurs.

Cette centralisation de la gouvernance cyber présente des avantages évidents en termes de cohérence et de lisibilité du cadre juridique. Elle permet également une montée en maturité progressive des acteurs concernés. Toutefois, elle contraste avec le modèle européen, davantage fondé sur une responsabilisation diffuse des acteurs économiques et une supervision sectorielle renforcée.

4. La protection des données personnelles au Maroc : la loi n° 09-08 comme complément indispensable

4.1. La loi n° 09-08 : un socle de protection encore perfectible

La loi n° 09-08 relative à la protection des données à caractère personnel constitue le second pilier du cadre marocain. Elle repose sur des principes classiques – licéité, finalité, proportionnalité, sécurité – et institue la commission nationale de contrôle de la protection des données à caractère personnel (CNDP). Si ce texte a permis d'instaurer une première culture de la protection des données, il demeure moins exigeant que le RGPD sur plusieurs aspects structurants.

La commission nationale de contrôle de la protection des données à caractère personnel (CNDP) au Maroc et

1. Décret n° 2-21-406 du 15 juillet 2021 portant application de la loi n° 05-20.

le cadre européen composé du règlement général sur la protection des données (RGPD), appliqué en France sous le contrôle de la CNIL, poursuivent un objectif commun de protection des données personnelles, mais reposent sur des logiques juridiques et opérationnelles distinctes. La CNDP agit dans le cadre de la loi marocaine n° 09-08 et exerce principalement une mission de contrôle a priori, fondée sur des mécanismes de déclaration et d'autorisation préalable des traitements, en particulier lorsqu'ils concernent des données sensibles ou des transferts internationaux. Ce modèle confère à l'autorité marocaine un rôle préventif et centralisé dans l'encadrement des traitements de données.

À l'inverse, le RGPD instaure une approche fondée sur le principe de responsabilisation des acteurs (accountability), supprimant la plupart des obligations de déclaration préalable au profit d'une conformité démontrable par les responsables de traitement. Sous le contrôle de la CNIL, les organismes doivent mettre en œuvre des obligations renforcées telles que la tenue de registres de traitement, la réalisation d'analyses d'impact relatives à la protection des données (AIPD), l'intégration du principe de protection des données dès la conception (privacy by design et by default), ainsi que la désignation d'un délégué à la protection des données (DPO) dans certains cas.

De plus, comme l'illustre l'étude doctrinale rédigée par Atrouch Btahir², certaines obligations pèsent sur les responsables de traitement et les sous-traitants, telles que la tenue d'un registre des activités de traitement, la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées, la désignation d'un délégué à la protection des données dans certains cas, ainsi que la réalisation d'analyses d'impact relatives à la protection des données lorsque les traitements présentent des risques élevés pour les droits et libertés des personnes concernées.

Le RGPD se distingue également par un régime de sanctions particulièrement dissuasif et par l'élargissement des droits reconnus aux personnes concernées, notamment le droit à la portabilité des données et le droit à l'effacement.

En revanche, le cadre marocain conserve des prérogatives que le droit européen a largement abandonnées, en particulier le pouvoir d'autorisation préalable exercé par la CNDP, ce qui permet un encadrement en amont de certains traitements. Toutefois, les sanctions

prévues par la loi 09-08 demeurent plus limitées que celles du RGPD, traduisant une approche moins coercitive. Ainsi, le système marocain se caractérise par une régulation principalement administrative et préventive, tandis que le modèle européen privilégie une logique de contrôle a posteriori, fondée sur la responsabilisation des acteurs et un arsenal répressif renforcé.

4.2. L'articulation entre cybersécurité et données personnelles

Les cyberattaques entraînent fréquemment des violations de données personnelles. Dès lors, la conformité à la loi 05-20 ne peut être dissociée du respect de la loi 09-08. Cette articulation impose aux entreprises et aux entités publiques une approche transversale, intégrant à la fois la sécurité des systèmes d'information et la protection des droits des personnes concernées.

5. Le modèle français : un cadre juridique dense piloté par l'ANSSI

En France, la cybersécurité repose sur un cadre normatif particulièrement structuré, piloté par l'agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI). La loi de programmation militaire impose aux opérateurs d'importance vitale (OIV) des obligations strictes en matière de sécurité : homologation des systèmes, cartographie des risques, dispositifs de détection, audits réguliers et supervision continue.

Ce modèle se caractérise par une forte exigence technique et organisationnelle, mais également par une extension progressive du périmètre des acteurs concernés. La cybersécurité n'est plus réservée aux seules infrastructures étatiques, mais s'impose progressivement aux entreprises privées opérant dans des secteurs stratégiques.

6. Le cadre européen : du RGPD à NIS2, vers une régulation systémique du numérique

2. A. Btahir "La protection des données personnelles des salariés : articulation entre le RGPD et la loi n° 09-08", Lexis MA, étude doctrinale, 7 novembre 2025.

6.1. Le RGPD : la responsabilisation des acteurs par la responsabilisation

Le règlement général sur la protection des données constitue la pierre angulaire du cadre européen. Il repose sur une logique de responsabilisation des acteurs, la protection des données dès la conception et l'obligation de notification des violations. Le RGPD a profondément transformé la gouvernance des entreprises, en faisant de la protection des données un enjeu stratégique.

6.2. NIS2, Cyber Resilience Act et AI Act : l'élargissement du périmètre cyber

La directive NIS³ marque une rupture majeure en élargissant considérablement le périmètre des entités soumises à des obligations de cybersécurité. Elle introduit une distinction entre entités essentielles et entités importantes, et impose des obligations accrues en matière de gouvernance, de gestion des risques et de responsabilité des dirigeants.

Le Cyber Resilience Act⁴ et l'AI Act⁵ prolongent cette logique en encadrant respectivement la sécuri-

té des produits numériques et les systèmes d'intelligence artificielle. L'Union européenne adopte ainsi une approche systémique du numérique, couvrant l'ensemble du cycle de vie des technologies.

7. Analyse comparative : convergences et divergences entre les modèles marocain, français et européen

L'analyse comparée met en évidence une convergence progressive des objectifs : protection des infrastructures critiques, responsabilisation des acteurs, intégration de la cybersécurité dans la gouvernance. Toutefois, les modalités diffèrent. Le modèle marocain demeure plus étatique et centralisé, tandis que le modèle européen repose sur une responsabilisation large des acteurs économiques.

Cette divergence reflète des choix politiques et institutionnels distincts, mais n'exclut pas une convergence future, notamment sous l'effet des échanges économiques et des exigences des partenaires internationaux.

3. Mise à jour majeure de la directive européenne NIS (*Network and Information Security*) visant à renforcer la cybersécurité au sein des États membres.

4. Initiative de l'UE adoptée en 2022 visant à renforcer la sécurité des produits et services numériques dès leur conception.

5. Première réglementation européenne complète sur l'intelligence artificielle proposée en 2021.

ARTICLE

L'examen des opérations de concentrations sous les seuils de notification au Maroc : perspectives et opportunités d'évolution



Corinne KHAYAT

Partner · Cabinet UGGC Avocats Casablanca



Maïja BROSSARD

Associée · Cabinet UGGC Avocats Casablanca

Résumé — Le contrôle des concentrations au Maroc repose sur un mécanisme de notification préalable déclenché par le franchissement de seuils chiffrés. Si ce dispositif assure aux entreprises une prévisibilité juridique élevée, l'évolution des marchés numériques et l'émergence d'acquisitions prédatrices révèlent ses limites. L'Union européenne et plusieurs États membres ont développé des mécanismes d'évocation et de contrôle à l'issue d'un examen a posteriori permettant d'appréhender les opérations sous les seuils. Le Conseil de la concurrence marocain, fort d'une pratique décisionnelle établie, pourrait envisager une évolution similaire, à la condition que tout nouveau dispositif respecte les exigences de sécurité juridique.

Mots-clés : Contrôle des concentrations · Conseil de la concurrence marocain · Seuils de notification · Killer acquisitions · Pouvoir d'évocation · Contrôle a posteriori · Abus de position dominante · Sécurité juridique · Droit européen de la concurrence · Illumina/Grail · Towercast

Introduction

Le contrôle des concentrations constitue aujourd'hui l'un des instruments centraux de l'efficacité du droit de la concurrence. Au Maroc, le système, confié au Conseil de la concurrence marocain est organisé principalement par la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence et repose, à l'instar de nombreux ordres juridiques, sur un mécanisme de notification préalable obligatoire lorsque des seuils prédéfinis, exprimés en termes de chiffres d'affaires et/ou de part de marché, sont franchis.

Toutefois, l'évolution des marchés, en particulier dans des secteurs innovants et en perpétuel changement tels que le numérique ou les biotechnologies, a révélé les limites des modèles de notification exclusivement

fondés sur des seuils chiffrés. Des opérations susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels significatifs peuvent ainsi échapper au contrôle en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires ou de la part de marché de l'entreprise cible lorsqu'elle constitue un nouvel entrant innovant sur le marché ou détenant des actifs immatériels stratégiques (données, technologies, accès à un écosystème etc.). De telles entreprises peuvent être la cible d'acquisitions prédatrices par des opérateurs installés soucieux de conserver leur position sur le marché (« *killer acquisitions* »).

Par conséquent, la Commission européenne et plusieurs États membres de l'Union européenne tentent de développer diverses solutions afin de capter les concentrations tombant sous les seuils.

Dans ce contexte, nous analyserons les outils dont dis-

pose aujourd'hui le Conseil de la concurrence marocain en matière de contrôle des concentrations (I) ainsi que les récents développements au niveau européen introduisant de nouveaux mécanismes de contrôle des opérations ne dépassant pas les seuils de notification (II), avant d'explorer les perspectives et opportunités d'évolution des instruments d'examen des concentrations sous les seuils au Maroc (III).

I. Les mécanismes actuels de contrôle des concentrations à la disposition du Conseil de la concurrence marocain

Le Conseil de la concurrence marocain dispose à ce jour d'un dispositif de contrôle *ex ante* des opérations de concentration franchissant les seuils de chiffre d'affaires et/ou de parts de marché ainsi que d'une possibilité d'exercer un contrôle *ex post* dans certaines conditions.

A. Le régime de contrôle des concentrations marocain à titre préalable fondé sur des seuils de notification

Dans le régime actuel, la notification des concentrations est requise lorsqu'une des conditions suivantes est remplie :¹

- lorsque le chiffre d'affaires total mondial de l'ensemble des entreprises ou personnes physiques parties à la concentration dépasse 1,2 milliards de dirhams (environ 110 millions d'euros) et lorsqu'elles réalisent individuellement au Maroc un chiffre d'affaires supérieur à 50 millions de dirhams (environ 4,6 millions d'euros);²
- lorsque les entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 400 millions de dirhams (environ 36,9 millions d'euros) au Maroc et lorsqu'individuellement le chiffre d'affaires réalisé par au moins deux des entreprises ou groupe de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 50 millions de dirhams (environ 4,6 millions d'euros);
- lorsque les entreprises qui en sont parties ou lui sont économiquement liées ont réalisé ensemble

durant l'année civile précédente, 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.

En 2023, les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations ont introduit un critère d'effet local, destiné à ne soumettre au contrôle du Conseil de la concurrence que les opérations de concentration susceptibles d'avoir un impact sur le marché marocain. Ainsi, pour qu'une concentration fasse l'objet d'un examen par le Conseil, les seuils de chiffre d'affaires doivent non seulement être atteints mais l'entreprise cible doit également présenter un lien juridique ou commercial, direct ou indirect, au niveau horizontal ou vertical, avec le Maroc.³

Par ailleurs, lorsqu'une opération de concentration susceptible de soulever des préoccupations de concurrence a fait l'objet d'un examen approfondi par le Conseil de la concurrence (dit de phase II), l'administration marocaine peut se saisir de l'opération et statuer pour des motifs d'intérêt général distincts de la seule préservation de la concurrence, tels que le développement industriel, la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale ou encore la création ou le maintien de l'emploi.⁴ Ce pouvoir de l'administration s'exerce néanmoins uniquement dans le cadre du processus d'examen d'une opération notifiée ayant dépassé les seuils applicables.

Ainsi, en deçà des seuils de notification et en l'absence d'un effet de l'opération sur le marché marocain, aucune notification n'est requise et l'opération peut être réalisée librement.

B. La possibilité d'un contrôle a posteriori des concentrations sous l'angle de la prohibition des pratiques abusives

La loi n° 104-12 accorde au Conseil de la concurrence un pouvoir de contrôle *ex post* des concentrations au titre de la prohibition des abus de position dominante ou de dépendance économique.

En effet, l'article 7 de la loi n° 104-12 prohibe l'exploitation abusive par une entreprise d'une position dominante ou d'une situation de dépendance économique

1. Loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence telle que modifiée et complétée par la loi n° 40-21, article 12.

2. Décret n° 2-23-273 du 22 mai 2023 modifiant et complétant le décret n° 2-14-652 pris pour l'application de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, article 8.

3. Conseil de la concurrence marocain, *Lignes directrices relatives au contrôle des opérations de concentration économique*, décembre 2023.

4. Loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence telle que modifiée et complétée par la loi n° 40-21, article 18.

lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Si l'examen de telles pratiques abusives peut paraître, à première vue, étranger au contrôle des concentrations, l'article 20 de la loi n° 104-12 opère un lien entre opération de concentration et abus.

En effet, cet article permet au Conseil, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, d'enjoindre aux entreprises concernées « *de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé [...] tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure [de notification]* ».

Dans la mesure où l'utilisation de ce pouvoir d'injonction n'est pas conditionnée à la notification préalable de la concentration, le Conseil de la concurrence pourrait aisément avoir recours à cet outil pour examiner des concentrations d'ores et déjà réalisées et ne dépassant pas les seuils de notification mais ayant néanmoins permis la mise en œuvre de pratiques abusives.

Il n'existe actuellement aucune pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence ayant mis en œuvre ce pouvoir. Cette absence de recours à l'article 20 s'explique peut-être par le caractère particulièrement contraignant de décisions impliquant la modification ou la cessation d'une concentration déjà réalisée.

En conséquence, le contrôle marocain actuel des concentrations assure aux entreprises un niveau élevé de prévisibilité et de sécurité juridique, en soumettant en pratique les opérations au seul contrôle préalable déclenché par le franchissement de seuils chiffrés préalablement définis.

II. Les développements européens de mécanismes permettant l'extension du contrôle aux opérations sous les seuils de notification

L'Union européenne et la majorité des États membres disposent d'un régime de contrôle des concentrations imposant la notification des concentrations en cas de dépassement de seuils prédéfinis.⁵ Toutefois, la digi-

talisation de l'économie et l'émergence de nouvelles technologies ont conduit à d'importantes évolutions incitant les autorités européennes de concurrence à envisager le contrôle d'opérations situées sous les seuils de notification mais néanmoins susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence.

Ainsi, l'expérience européenne récente en matière de contrôle des concentrations a été marquée par l'affaire *Illumina/Grail*⁶ et ses répercussions sur les États membres, parmi lesquelles figure l'adoption par certaines autorités nationales de concurrence de pouvoirs dit d'évocation permettant le contrôle d'opérations de concentration ne dépassant pas les seuils de notification (A). En outre, la pratique de ces dernières années a également conduit à la réintroduction de la doctrine *Continental Can* de la Cour de justice de l'Union européenne (« *CJUE* »), à travers la jurisprudence *Towercast*⁷ permettant l'examen *ex post* d'une concentration qui n'a pas été notifiée préalablement (B).

A. L'introduction d'un pouvoir d'évocation des concentrations sous les seuils au sein de l'Union européenne

Afin de pallier les insuffisances d'un régime de notification des opérations de concentration, les États membres de l'Union européenne et la Commission européenne ont tenté d'introduire une interprétation extensive du règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentration, interprétation qui a donné lieu à une importante saga judiciaire dans l'affaire *Illumina/Grail*.

En effet, l'article 22 du règlement permet à un État membre de renvoyer à la Commission européenne une opération de concentration qui n'est pas de dimension communautaire, à savoir qui ne dépasse pas les seuils de notification européens, mais qui menace d'affecter de manière significative la concurrence au sein du marché européen. L'article 22 ne précise pas dans sa rédaction si une concentration doit être notifiable au titre du droit national des États membres pour pouvoir être renvoyée à la Commission européenne.

Dans l'affaire *Illumina/Grail*, la Commission avait, notamment sur renvoi de l'Autorité de la concurrence française, procédé à l'examen de cette concentration du secteur stratégique des biotechnologies visant l'ac-

5. Commission européenne, règlement 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 1^{er}.

6. CJUE, 3 septembre 2024, *Illumina/Grail* (affaires C-611/P et C-625/22 P); TUE, 13 juillet 2022, (affaire T-227/21) et Commission européenne, décision M.10188, 19 avril 2021 C (2021) 2847.

7. CJUE, 16 mars 2023, *Towercast* (C-449/21).

quisition de Grail par Illumina alors même que cette opération n'était notifiable dans aucun État membre. Après l'ouverture d'une enquête approfondie, la Commission a considéré que la concentration n'était pas compatible avec le marché intérieur du fait du lien vertical entre les activités des parties.⁸ Cette décision a marqué un tournant dans la pratique de la Commission en démontrant sa volonté de contrôler les acquisitions prédatrices, en particulier dans les secteurs innovants.

Si l'approche de la Commission a d'abord été validée par le Tribunal de l'Union européenne (« TUE »),⁹ elle a néanmoins été censurée par la CJUE qui a considéré que la Commission n'était en réalité pas compétente pour enquêter sur une opération non notifiable au niveau national. Selon la CJUE, cette interprétation extensive de l'article 22 du règlement 139/2004 par la Commission et le TUE serait susceptible de « rompre l'équilibre entre les différents objectifs poursuivis par ce règlement » et « compromet l'efficacité, la prévisibilité et la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties à une concentration ».¹⁰

À la suite de ce désaveu et dans le but de pallier l'interdiction de recourir au contrôle européen pour les opérations sensibles sous les seuils de notification, plusieurs États membres ont réformé leur régime de contrôle des concentrations en introduisant un mécanisme d'évocation permettant aux autorités de concurrence d'examiner ces opérations de leur propre initiative. À ce jour, huit États membres ont adopté un tel mécanisme.¹¹

En France, en 2025, l'Autorité de la concurrence a lancé une consultation publique¹² proposant trois options permettant l'examen des concentrations sous les seuils de notification : (i) l'introduction d'un pouvoir d'évocation basé sur des critères quantitatifs et qualitatifs, (ii) l'introduction d'une obligation de notification pour les transactions impliquant des sociétés qui ont auparavant été soumises à une décision de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission et (iii) une limitation de son cadre d'intervention à un examen *ex post* des concentrations en matière de pratiques anticoncur-

rentielles. L'Autorité a finalement annoncé que l'introduction d'un pouvoir d'évocation basé sur des critères quantitatifs et qualitatifs était priorisée.¹³

B. L'examen a posteriori des concentrations sous les seuils au titre des pratiques anticoncurrentielles au sein de l'Union européenne

Récemment, les autorités de concurrence de l'Union européenne se sont également approprié un pouvoir d'examen *ex post* des concentrations sous les seuils à travers l'application des règles relatives à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles.

En effet, l'arrêt *Towercast* rendu par la CJUE le 11 mai 2023 a conduit à la réaffirmation de la doctrine issue de son arrêt *Continental Can* de 1973, selon laquelle une opération de concentration peut, même après sa réalisation, être contrôlée au titre de l'abus de position dominante. Cette approche trouve son origine dans une période où l'ensemble des États membres ne disposaient pas encore d'un régime spécifique de contrôle des concentrations.

Cette jurisprudence consacre la possibilité d'un contrôle *ex post* des concentrations ne dépassant pas les seuils de notification prévus par le droit de l'Union européenne et les droits nationaux sur la base de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») prohibant les abus de position dominante lorsque l'acquéreur en position dominante sur un marché donné et ayant pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché.¹⁴

Il résulte d'une telle doctrine un élargissement substantiel du champ d'intervention des autorités nationales de concurrence européennes, qui ont désormais la possibilité de contrôler a posteriori une opération ayant initialement échappé à leur contrôle.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence française a récemment considéré que l'acquisition par Doctolib, en position dominante, de MonDocteur, nouvel entrant, avait entraîné l'éviction du principal concurrent et le ver-

8. Commission européenne, M.10188 *Illumina/Grail*, (C/2024/6049), 6 septembre 2024.

9. TUE, 13 juillet 2022, *Illumina/Grail*, T-227/21.

10. CJUE, 3 septembre 2024, *Illumina/Grail*, (C-611/22 P et C-625/22 P), points 205 à 207.

11. À ce jour, huit États membres de l'Union européenne ont adopté un tel mécanisme d'évocation.

12. Autorité de la concurrence française, *Ouverture d'une consultation publique sur l'introduction d'un système de contrôle des concentrations pour les opérations sous les seuils de notification*, 14 janvier 2025.

13. Autorité de la concurrence française, communiqué de presse, *Opérations de concentration sous les seuils : l'Autorité de la concurrence poursuit ses travaux pour proposer une réforme équilibrée*, 15 avril 2025.

14. CJUE, 16 mars 2023, *Towercast*, (C-449/21), point 52.

15. Autorité de la concurrence, Décision n° 25-D-06 du 6 novembre 2025 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la prise

rouillage du marché concerné et constituait, à ce titre, un abus de position dominante.¹⁵

Par extension, certaines autorités de concurrence ont considéré que l'arrêt *Towercast* permet également un contrôle *ex post* des opérations de concentrations sous les seuils au titre des ententes en application de l'article 101 du TFUE.

À cet égard, l'Autorité de la concurrence française a été la première autorité à procéder à l'examen d'une concentration sous les seuils de l'Union européenne et nationaux au titre des ententes en application de l'arrêt *Towercast*¹⁶. Cette approche a ensuite été confirmée par la Commission européenne dans une décision examinant de manière *ex post* l'acquisition non notifiable d'une participation minoritaire dans Glovo par Delivery Hero qui avait facilité la mise en place d'une entente entre les deux entreprises.¹⁷

Il apparaît que l'examen *ex post* des concentrations sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles constitue un outil particulièrement flexible et efficace pour les autorités de concurrence.

III. Perspectives et opportunités d'évolution des instruments d'examen des concentrations sous les seuils au Maroc

Le Conseil de la concurrence marocain pourrait, à l'instar des autorités de concurrence européennes, souhaiter une évolution des outils à sa disposition afin d'appréhender certaines opérations échappant aujourd'hui à son contrôle. Si une telle évolution du régime applicable aux opérations de concentrations au Maroc pourrait être pertinente, ce changement ne saurait être opportun pour les entreprises parties à ces opérations qu'à la condition que l'exigence de sécurité juridique soit respectée.

A. Quelle pertinence d'un contrôle des concentrations sous les seuils au Maroc ?

Le contrôle des concentrations tel qu'exercé à ce jour par le Conseil de la concurrence constitue un système relativement récent, qui n'a été mis en place qu'à partir de 2014. Lors de ses premières années d'activité, le Conseil a été submergé par le nombre de concentra-

tions qui lui ont été notifiées. Afin de remédier à un tel afflux, le législateur a renforcé le filtrage des opérations en relevant les seuils de notification par la loi n° 40-21 du 25 novembre 2022 afin de permettre au Conseil de concentrer son activité sur les opérations les plus significatives. Le Conseil a, parallèlement, introduit en 2023 dans ses lignes directrices un test d'effet local visant à recentrer son action sur les opérations susceptibles d'avoir un impact sur le marché marocain.

Avec désormais de nombreuses années d'expérience et une pratique décisionnelle établie (avec plus d'une centaine de décisions émises chaque année en la matière), le Conseil de la concurrence est aujourd'hui en position de mieux identifier les limites du régime actuel.

Le Conseil n'a ainsi pas manqué de relever les expérimentations européennes récentes en matière de contrôle d'opérations des concentrations sous les seuils ainsi que les risques soulevés par les nouveaux marchés et les acquisitions prédatrices.

Ainsi, le rapport annuel pour l'année 2022 note que « *La lutte contre les acquisitions prédatrices a également figuré parmi les thématiques prioritaires pour les autorités de la concurrence en 2022. Ces acquisitions, qui permettent à certaines entreprises dominantes ou structurantes sur un marché d'acheter directement ou indirectement une entreprise innovante ou prometteuse, dans une logique de renforcement de leur position et de l'inhibition de l'émergence d'un concurrent potentiel, concernent le plus souvent les marchés du numérique et des nouvelles technologies. La montée en puissance des questions relatives à ces marchés a permis de remettre en cause le cadre analytique traditionnel des autorités de la concurrence [...]* ». Selon le Conseil, les acquisitions prédatrices qui « *ciblent souvent des entreprises en dessous des seuils de notification, en particulier les start-ups n'ayant souvent encore pas réalisé de chiffre d'affaires* » « *peuvent causer un préjudice économique et concurrentiel en réduisant la concurrence et en augmentant la concentration des données ou des technologies, en empêchant les concurrents d'y avoir accès, et en conduisant à une hausse des prix sur le marché* ».¹⁸

Le Conseil partage le constat des autorités européennes quant à la pertinence d'une approche *ex post* afin de mieux appréhender les préoccupations de concurrence inédites soulevées par ces opérations :

de rendez-vous médicaux en ligne et des solutions de téléconsultation médicale.

¹⁶. Autorité de la concurrence, Décision n° 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage, points 132 à 134.

¹⁷. Commission européenne, 2 juin 2025, AT.40795 Services de livraison de produits alimentaires.

¹⁸. Conseil marocain de la concurrence, Rapport annuel 2022, page 49.

« Dans le même sillage que les préoccupations récentes relatives à la régulation de la concurrence entre plateformes numériques, la tendance au renforcement du contrôle ex-post des opérations de concentration a pu être observée en 2022.

Ce choix tient principalement à la complexité croissante des opérations de concentration économique réalisées et à la nécessité de tenir compte des aspects dynamiques de la concurrence.

L'approche traditionnelle ex-ante, impliquant l'examen préalable des projets d'opérations, quoique toujours en vigueur, peut en effet s'avérer limitée lorsqu'il s'agit d'évaluer les impacts à long terme de la transaction. L'approche ex-post est d'autant plus importante dans le cas de nouveaux marchés tels que le numérique où la notion de chiffre d'affaires semble avoir montré quelques limites et où l'examen d'indicateurs additionnels, tels que la valeur de la transaction, s'impose. »

Bien que les seuils de notification applicables demeurent (en dépit de leur récent relèvement), relativement bas et permettent d'examiner les opérations les plus problématiques pour le marché marocain, l'instauration de nouveaux outils de contrôle pourrait ainsi être envisagée afin d'offrir au Conseil des instruments supplémentaires lui offrant une plus grande flexibilité d'intervention à l'égard d'opérations de moindre envergure, notamment lorsqu'elles portent sur des technologies critiques ou des plateformes numériques, activités en plein développement.

Ce nouveau dispositif pourrait notamment prendre la forme de l'introduction d'un pouvoir d'évocation au profit du Conseil portant sur des opérations n'atteignant pas les seuils de notification (contrairement au mécanisme d'évocation actuel dont bénéficie l'administration pour motif d'intérêt général à l'issue de la phase II d'examen des opérations). Une telle flexibilité pourrait également être assurée par la mise en œuvre par le Conseil de son pouvoir d'examen *ex post* afin de contrôler des concentrations sous les seuils après leur réalisation sous l'angle de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles par application des articles 7 et/ou 20 de la loi n° 104-12.

En conséquence, bien que le Conseil de la concurrence n'ait à ce jour pas formellement émis le souhait de bé-

néficier d'outils complémentaires ou annoncé d'évolution de sa pratique décisionnelle en la matière, les conditions d'une éventuelle évolution du régime marocain visant à contrôler les opérations tombant en dehors du champ de son contrôle préalable semblent réunies. Toutefois, la mise en œuvre de tels instruments devra impérativement respecter l'exigence de sécurité juridique.

B. Des mécanismes de contrôle des concentrations sous les seuils à l'épreuve de la sécurité juridique

L'extension au profit du Conseil de la concurrence marocain de mécanismes d'examen des opérations de concentrations ne franchissant pas les seuils de notification prédéfinis de chiffre d'affaires ou de parts de marché soulèverait plusieurs interrogations dans la mesure où leur mise en œuvre remettrait en question la sécurité juridique essentielle dont jouissent actuellement les entreprises sur la base du modèle existant.

Ainsi, l'introduction d'un pouvoir d'évocation portant sur des opérations non soumises à un contrôle préalable serait susceptible d'accroître l'incertitude juridique au risque de fragiliser la prévisibilité de l'ensemble du cadre juridique applicable aux opérations de concentration.

L'instauration de critères précis et d'une utilisation ciblée de ce pouvoir d'évocation, notamment par une limitation dans le temps, serait indispensable afin de pallier l'insécurité juridique à laquelle feraient face les entreprises parties aux opérations. Ainsi, au sein de l'Union européenne, si certaines autorités ne soumettent la possibilité d'un tel contrôle à aucun délai (tels que la Suède et Chypre), d'autres États n'en permettent l'utilisation que dans certains délais définis : en Italie, en Hongrie et au Danemark, les autorités de concurrence disposent d'un délai de six mois après la réalisation de l'opération pour intervenir.

Le mécanisme d'examen *ex post* présenterait, quant à lui, l'avantage de s'inscrire dans le cadre d'analyse connu de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles ainsi que de permettre l'évaluation des effets d'une opération de concurrence dans le temps, en particulier sur des marchés émergents ou innovants particulièrement dynamiques.

Toutefois, la mise en œuvre d'une telle pratique ferait peser des risques juridiques et économiques importants sur les entreprises à la vue des mesures pouvant être prises afin de faire cesser la pratique anticoncur-

rentielle, susceptibles de conduire à la remise en cause d'une opération d'ores et déjà réalisée.

Dans ce contexte, les autorités marocaines devront faire preuve de prudence, tant quant à l'adoption d'un éventuel pouvoir d'évocation que dans l'exercice par le Conseil de la concurrence d'un pouvoir de contrôle *ex post* des concentrations situées sous les seuils.

Conclusion

L'évolution de l'économie mondiale, marquée par la digitalisation et l'arrivée de nouvelles technologies, a révélé les limites des régimes de contrôle des concentrations fondés sur des seuils de notification et ne permettant pas aux autorités de concurrence d'appréhender les concentrations de moindre envergure à forte valeur ajoutée dans des secteurs innovants.

L'introduction en Europe de nouveaux mécanismes de contrôle des concentrations a constitué un tournant majeur dans la mise en œuvre du contrôle des concentrations, en offrant aux autorités de concurrence des outils plus flexibles, pouvant néanmoins présenter des risques juridiques importants.

Au Maroc, si la question de la mise en œuvre de ces pouvoirs de contrôle présente une pertinence certaine, tout développement futur de ces mécanismes devra être soigneusement encadré afin de permettre le renforcement de l'efficacité du contrôle du Conseil de la concurrence tout en garantissant la sécurité juridique des entreprises.

ARTICLE

La conformité réglementaire au Maroc : entre contraintes, risques et opportunités



Bertrand KOCH

Avocat au Barreau de Paris · Cabinet Hughes Hubbard & Reed



Guillaume ROCHE

Avocat au Barreau de Paris · Cabinet Hughes Hubbard & Reed

Résumé — Au cours des dernières décennies, le Maroc s'est imposé comme un acteur incontournable sur la scène régionale et internationale, avec une économie ouverte et intégrée aux dynamiques d'un marché mondialisé. Dans ce contexte, la conformité réglementaire est devenue un outil indispensable pour aider les entreprises à naviguer dans un contexte réglementaire national et international dense et complexe à forts enjeux juridiques, financiers et réputationnels. Voici un tour d'horizon des principales réglementations applicables, des bonnes pratiques à adopter et des avantages stratégiques pour les entreprises.

Mots-clés : Conformité · Compliance · Droit de la concurrence · Protection des données personnelles · LCB-FT · Sanctions internationales · Contrôle des exportations · Corruption · Devoir de vigilance · RSE · Maroc · Droit comparé

Qu'entend-on par conformité ?

1. - La conformité peut se définir comme le fait pour une organisation de respecter les normes qui lui sont applicables, qu'il s'agisse d'obligations légales, professionnelles ou éthiques¹. Elle s'intègre dans une dynamique plus large qu'est la Responsabilité Sociétale des Entreprises (« RSE »).
2. - Considérée à l'origine comme l'apanage des grands groupes mondialisés ou des secteurs réglementés (par exemple, pharmaceutique, ou bancaire et financier), la conformité ruisselle vers tous les acteurs économiques, notamment les PME.
3. - Elle vise également les acteurs publics, qui jouent dans l'économie marocaine un rôle stratégique,

comme la refonte du code de bonne gouvernance des Entreprises et Etablissements Publics (« EEP »)² le montre.

4. - En partant de ce constat, le présent article vise, non pas dans une démarche exhaustive, mais dans une logique d'orientation, à aider les dirigeants à identifier les principales obligations réglementaires susceptibles d'impacter leurs activités au Maroc, et à les intégrer concrètement.

5. - La mise en conformité des entreprises marocaines est aujourd'hui indispensable compte tenu des attentes toujours plus croissantes des parties prenantes, qu'elles soient internes ou étrangères.

1. Emmanuel BREEN, Antoine GAUDEMET et Myriam ROUSSILLE, *Memento Pratique Compliance*, 1^{ère} édition, Francis Lefebvre, 2024, p.27.

2. Décret n° 2-24-249 portant approbation du Code des bonnes pratiques de gouvernance des Etablissements et Entreprises Publics, BO n°7399 du 24 avril 2025.

I. Les principales obligations en matière de conformité au Maroc

6. - Les règles auxquelles les entreprises doivent se conformer proviennent du droit national, mais aussi, ce qui est parfois moins connu, de lois étrangères à portée extraterritoriale.

A. Les obligations issues du droit marocain

7. - Toutes les obligations ne seront pas examinées ici, notamment en droit de l'environnement et la cybersécurité qui restent des domaines sensibles pour les secteurs d'activités concernés.

1. Le droit de la concurrence

8. - Une entreprise implantée au Maroc est d'abord assujettie à la loi 104-12 régissant le droit de la concurrence³. De ce fait, elle doit veiller à ne pas adopter des comportements anticoncurrentiels, par exemple s'entendre sur les prix avec ses concurrents, ni abuser de son éventuelle position dominante sur un marché donné ou de la potentielle dépendance économique de ses partenaires ni encore pratiquer des prix anormalement bas. Elle doit notifier au Conseil de la concurrence certaines opérations de concentration⁴, sous peine d'amende pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires⁵.

9. - Depuis 2018, le Conseil de la concurrence marocain s'est montré particulièrement actif. En 2024, il a rendu 162 décisions en matière de concentration (93% de son activité) et trois avis. Il a aussi ouvert neuf dossiers contentieux dont sept pour défaut de notification préalable et deux pour pratiques anticoncurrentielles⁶.

10. - Ses derniers faits d'armes datent du 4 décembre 2025 avec la réalisation de cinq visites inopinées (« dawn raid ») simultanément réalisées dans le secteur avicole sur fond de soupçons de pratiques anticoncurrentielles.

11. - L'obligation de notification préalable des opérations de concentration est bien connue dans la pra-

tique des affaires au Maroc.

12. - Même s'il n'existe pas d'obligation légale explicite d'adopter un programme de conformité, cela est fortement recommandé par le Conseil de la concurrence. L'enjeu est d'adopter des procédures internes robustes permettant d'éviter des pratiques pouvant donner lieu à des poursuites. En cas de contrôle, ces procédures permettent aussi à l'entreprise d'être dans une meilleure position pour négocier une transaction.

2. La protection des données personnelles

13. - Comme beaucoup d'organisations, les entreprises traitent quotidiennement de données à caractère personnel, par exemple dans la gestion de la paie ou à des fins de prospection. Elles doivent alors se conformer à la loi 09-08.

14. - Cette loi garantit des droits aux personnes concernées (information, accès, rectification). Elle impose des obligations au responsable de traitement (exactitude des données, finalité légitime de traitement, durée de conservation nécessaire aux finalités). A la différence des législations européenne⁷ et française⁸, la loi 09-08 crée un régime déclaratif nécessitant parfois même des autorisations préalables pour certains traitements de données par la Commission Nationale de contrôle de la protection des Données à caractère Personnel (« CNDP »).

15. - Rappelons que la CNDP est dotée de pouvoirs de contrôle et de sanction.

16. - Les entreprises traitant des données à caractère personnel au Maroc doivent donc se conformer pleinement à cette loi, ce qui passe par la mise en conformité de leurs process internes.

3. La lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

17. - Le Maroc dispose d'une législation conforme aux standards internationaux et recommandations du Gafi en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (« LCB-FT ») avec sa loi

3. Loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, Dahir n°1-14-116 du 30 juin 2014, BO n°6280 du 7 août 2014, art. 1^{er}.

4. Loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, Dahir n°1-14-116 du 30 juin 2014, BO n°6280 du 7 août 2014, art. 12.

5. Loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, Dahir n°1-14-116 du 30 juin 2014, BO n°6280 du 7 août 2014, art. 19.

6. Rapport annuel pour l'année 2024 du Conseil de la concurrence.

7. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

8. Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

43-05⁹ visant notamment mais pas seulement le secteur bancaire, financier et assurantiel¹⁰.

18. - Cette loi sectorielle ne doit pas occulter le risque pénal de financement direct du terrorisme visant tout type d'entreprise ayant des activités dans des pays où le terrorisme est particulièrement présent, par exemple au Sahel.

19. - En effet, le droit pénal marocain définit largement le délit de financement du terrorisme comme le fait pour toute personne « de fournir, de réunir ou de gérer par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, des fonds, des valeurs ou des biens dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre un acte de terrorisme, indépendamment de la survenance d'un tel acte¹¹. Cette infraction peut ainsi être matérialisée en cas de relations commerciales avec des entités liées de près ou de loin à des personnes désignées comme organisations terroristes. Dans ce cas, des poursuites peuvent viser tant les entreprises que leurs dirigeants.

B. Les obligations issues des lois étrangères à portée extraterritoriale

20. - Les entreprises au Maroc et leurs dirigeants peuvent être cumulativement soumis à des législations étrangères à portée extraterritoriale. Il suffit de déclencher un critère de rattachement, par exemple :

- L'utilisation du dollar lorsqu'il transite par des chambres de compensation aux Etats-Unis,
- Le passage d'un courriel sur un serveur situé aux Etats-Unis,
- La nationalité européenne d'un dirigeant ou d'un partenaire commercial,
- Une filiale et/ou succursale et/ou société contrôlée à l'étranger,
- Le simple fait d'opérer à l'étranger.

21. - Plusieurs types de législations peuvent alors s'appliquer. En voici une sélection des plus connues.

22. - Dans les années à venir, d'autres législations à portée extra territoriale notamment chinoises viendront s'ajouter, compte tenu de la situation géopolitique et économique mondiale et la forte dynamique actuelle du Maroc.

1. Lutte contre la corruption

23. - En matière de corruption d'agents publics étrangers, plusieurs législations étrangères peuvent s'appliquer au Maroc. Les deux plus connues sont le *United Kingdom Bribery Act*¹², appliqué par le *Serious Fraud Office* et le *US Foreign Corrupt Practices Act*¹³, appliqué par le *Department of Justice*.

24. - Ces législations étrangères n'imposent pas explicitement l'adoption d'un programme de conformité. En revanche, elles prévoient des mécanismes de transaction pénale dans le cadre desquels l'existence d'un programme de conformité effectif est prise en compte en faveur des entités poursuivies.

25. - La législation anglaise prévoit même un mécanisme d'irresponsabilité pénale en cas de mise en place d'un tel programme¹⁴.

26. - Le droit français adopte une approche encore différente. La loi Sapin 2 impose aux entreprises et groupes dépassant les seuils de 500 salariés et 100 millions d'euros de chiffre d'affaires¹⁵ de mettre en place un programme de conformité visant à prévenir les faits de corruption et trafic d'influence. Ces programmes sont pris en compte lorsqu'une transaction pénale (« CJIP ») est négociée suite à des faits de corruption ou trafic d'influence et faits connexes¹⁶.

27. - La loi narcotrafic du 13 juin 2025¹⁷ a notamment modifié l'article 17 de la loi Sapin 2 pour assujettir les installations portuaires à l'adoption d'un programme de conformité indépendamment de tout seuil.

9. Loi n°43-05, relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, Dahir n°1-07-79 du 17 avril 2007, BO n°5522 du 17 avril 2007, telle que modifiée complétée et modifiée par la loi n°12.18, Dahir n° 1-21-56 du 8 juin 2021, BO n°6995 du 14 juin 2021.

10. Loi n°43-05 précitée, art. 1^{er}.

11. Loi n°03-03 relative à la lutte contre le terrorisme, Dahir n°1-03-140 du 28 mai 2003, BO n°5114 du 5 juin 2003, créant l'article 218-4 du Code pénal marocain approuvé par le Dahir n°1-59-413 du 26 novembre 1962.

12. UK Bribery Act, 8 avril 2010, section 6.

13. U.S. Foreign Corrupt Practices Act, 1977.

14. UK Bribery Act, 8 avril 2010, section 7.

15. Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 17.

16. Lignes directrices du Parquet National Financier sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public du 16 janvier 2023.

17. Loi n° 2025-532 du 13 juin 2025 visant à sortir la France du piège du narcotrafic.

28. - L'adoption de tels programmes permet donc à la fois de réduire le risque d'occurrence de tels faits, exposant les entreprises et leurs dirigeants à des peines d'amende et de prison élevées, et d'en limiter les conséquences lorsqu'ils surviennent tout de même. En effet, la pratique montre qu'en la matière le risque zéro n'existe pas.

2. Les droits humains et la protection de l'environnement

29. - La protection des droits humains et de l'environnement fait depuis longtemps l'objet d'une réglementation internationale transposée par les Etats. Cette réglementation est de plus en plus contraignante, comme l'a récemment rappelé la Cour Internationale de Justice dans son avis consultatif du 23 juillet 2025¹⁸.

30. - Le devoir de vigilance est désormais un axe central des obligations pesant sur les entreprises, sous l'effet conjugué de l'évolution du droit européen et du développement d'un contentieux intenté par des ONG. Cette dynamique dépasse largement le cadre territorial de l'Union européenne et produit des effets significatifs sur les entreprises opérant dans des Etats tiers, parmi lesquels le Maroc.

31. - La loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères¹⁹ impose (i) aux entreprises françaises employant au moins 5.000 salariés et (ii) aux groupes français employant au moins 10.000 salariés²⁰ :

- L'adoption d'un plan de vigilance destiné à prévenir les atteintes graves aux droits de l'Homme et à l'environnement,
- Basé sur une cartographie des risques,
- En concertation avec les parties prenantes.

32. - Plusieurs procédures intentées par des ONG ont dessiné les contours de ces obligations notamment celle de cartographie des risques.

33. - Dans une décision historique du 12 mars 2026²¹, la 34e chambre civile du tribunal judiciaire de Paris a condamné une entreprise française à indemniser des

victimes d'une entrave à la liberté syndicale commise par une de ses filiales en Turquie, au motif que la cartographie des risques de la maison mère française était insuffisante, ce qui est en lien de causalité avec la violation des droits sociaux des salariés de sa filiale. Cette décision non définitive ouvre la voie à d'autres condamnations dans les différents dossiers en cours, avec des impacts financiers bien plus importants, notamment en matière environnementale.

34. - L'adoption de la directive européenne relative au devoir de vigilance (ci-après la « CS3D »)²² marque une étape décisive car elle généralise l'obligation de vigilance en Europe.

35. - Elle est étroitement liée à la directive CSRD²³ harmonisant et renforçant le reporting extra-financier des grandes entreprises européennes.

36. - Les entreprises françaises ne seront désormais plus les seules à devoir se soumettre à cet exercice complexe et auront même de l'avance dans la gestion de cette problématique.

37. - Si le Maroc ne dispose pas à ce jour d'un dispositif équivalent, les entreprises opérant sur son territoire sont susceptibles d'être visées par effet de ruisellement, en raison de la forte présence de groupes européens et de leurs partenaires commerciaux. Cela peut prendre la forme par exemple de clauses RSE, de codes de conduite fournisseurs, de mécanismes d'audit, voire clause de résiliation.

3. Les sanctions internationales

38. - Dans le cadre de leurs objectifs de politique étrangère et économique, les Etats-Unis, l'Union européenne et ses Etats membres sont amenés à interdire à leurs ressortissants et sociétés (et plus largement toute personne ayant un lien de rattachement territorial) un certain nombre d'opérations ou transactions en lien avec des Etats, organisations ou personnes physiques ou morales.

39. - Ces interdictions peuvent consister en des gels des avoirs, des interdictions de territoire, des inter-

18. Cour Internationale de Justice, Avis consultatif du 23 juillet 2025

19. Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

20. Article L. 225-102-4 du Code de commerce français.

21. Jugement du 12 mars 2026, Tribunal judiciaire de Paris, Affaire Yves Rocher

22. Directive (UE) 2024/1760 du Parlement Européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859.

23. Directive (UE) 2022/2464 du Parlement Européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

dictions totales de transactions, des embargos sur les armes et équipements militaires, des restrictions financières, commerciales ou sectorielles (énergie, tourisme, etc.).

40. - La violation de ces sanctions peut avoir de graves conséquences. Rappelons que la Société Générale a écopé d'une amende de 1,3 milliards de dollars pour la violation des sanctions visant Cuba, l'Iran et le Soudan en 2018. Les fautifs risquent également d'être personnellement inscrits sur les listes de sanctions, ce qui reviendrait à une exclusion du marché américain ainsi que de son système bancaire et assurantiel, autrement dit, pour certaines entreprises, un risque d'arrêt total et définitif de leurs activités.

41. - Une entreprise située au Maroc peut ainsi être obligée de respecter ces sanctions dès lors qu'elle présente un lien de rattachement avec ces juridictions ou qu'elle intervient directement ou indirectement dans le contournement de ces sanctions en application du mécanisme de sanctions secondaires américaines ou encore le récent devoir de vigilance des sociétés mères européennes sur le contournement des sanctions visant la Russie et Biélorussie.

4. Le contrôle des exportations

42. - Pour les mêmes raisons précitées, les Etats-Unis, l'Union européenne et ses Etats membres adoptent des mesures visant à contrôler les exportations, importations, fabrications, transferts et services liés aux biens militaires et aux biens dits à « double usage », pouvant servir à la fois pour des activités civiles et militaires.

43. - Sont concernés certains biens, logiciels, technologies et services connexes suffisamment sensibles pour que leur usage par des pays tiers jugés hostiles ou compétitifs soit contrôlé.

44. - Les deux principaux régimes américains sont l'International Traffic in Arms Regulations (« ITAR ») pour les équipements et services de défense et l'Export Administration Regulations (« EAR ») pour les biens à double usage.

45. - Dans l'Union Européenne, la directive du 6 mai

2009 modifiée²⁴ régit les biens militaires tandis que le règlement européen du 20 mai 2021²⁵ régit les biens à double usage.

46. - L'ensemble de ces réglementations reposent principalement sur des listes permettant aux opérateurs d'identifier si un produit fini, un composant, un service ou une technique de fabrication est ou non soumis à restriction. Néanmoins, certains biens non-listés peuvent être soumis à des clauses dites « attrape-tout ».

47. - La législation américaine en la matière est extra-territoriale et peut trouver, sous certaines conditions, à s'appliquer y compris à des biens se trouvant au Maroc, dès lors que, par exemple :

- Ils sont de fabrication américaine,
- Ils comportent un certain nombre de composants américains contrôlés ou
- Ils sont le produit direct d'une technologie américaine contrôlée.

48. - La législation européenne vise quant à elle les exportations, importations et transferts réalisés depuis le territoire de l'Union Européenne.

49. - La législation anglaise fonctionne de manière similaire.

50. - Là encore, la violation de ces règles expose leurs auteurs à de lourdes sanctions, similaires à ce qui est prévu en matière de sanctions internationales.

II. Les réflexes et bonnes pratiques à adopter pour sécuriser ses activités

51. - Pour naviguer dans cet océan réglementaire tumultueux, il peut être utile d'adopter quelques réflexes et bonnes pratiques.

²⁴. Directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté modifiée par directive 2012/10/UE de la Commission du 22 mars 2012 portant modification de la directive 2009/43/CE.

²⁵. Le règlement (UE) 2021/821 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2021 instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage (refonte) entre en vigueur à compter du 9 septembre 2021.

Identifier les lois applicables à l'activité

52. - D'abord, il ne faut jamais exclure *a priori* l'application d'une législation nationale ou étrangère. Seul un exercice d'évaluation préalable peut conclure à l'application ou non d'une législation.

53. - Il convient donc d'identifier les juridictions auxquelles l'entreprise est soumise, en se posant plusieurs questions simples sur sa structure et ses activités :

- Est-ce qu'elle appartient à un groupe marocain ou étranger ?
- De quelle nationalité sont ses actionnaires majoritaires, dirigeants, partenaires ?
- Est-ce qu'elle a des filiales, entités contrôlées, partenariats ou branches à l'étranger ?
- Est-ce qu'elle utilise le dollar ou travaille avec une banque américaine ?
- Est-ce qu'elle opère sur un marché étranger ?
- Est-ce qu'elle opère dans des pays sanctionnés ou limitrophes à de tels pays ?
- Est-ce qu'elle opère dans des pays où la violation des droits de l'Homme, la corruption et/ou le terrorisme sont particulièrement présents ?

Analyser les risques de non-conformité concrètement associés

54. - Une fois que l'entreprise a identifié les lois internes et/ou étrangères applicables à son activité, elle doit s'attacher à analyser les risques concrets de non-conformité à ces législations auxquels elle s'expose concrètement. C'est l'opération de cartographie des risques.

55. - La cartographie des risques est une étape cruciale car c'est sur sa base que va être construit et adapté le programme de conformité, garantissant ainsi son efficacité et la bonne gestion des coûts.

56. - Pour mémoire, les éléments incontournables d'un programme de conformité sont les suivants :

- Le code de conduite exposant de manière pratique les interdits ;
- Les procédures d'évaluation des tiers ;
- La formation du personnel ;
- Le régime disciplinaire ;
- Les contrôles comptables ;

- Une ligne d'alerte éthique ;
- Une évaluation périodique du programme de conformité, notamment au travers d'audits.

Instaurer une culture de conformité

57. - L'ensemble de ces mesures ne peuvent pas fonctionner sans deux autres éléments fondamentaux :

- L'engagement de l'instance dirigeante. Celui-ci ne peut pas être uniquement formel, par la signature du code de conduite. Il faut une implication personnelle dans l'application effective du programme de conformité à tous les niveaux du management, y compris le sien.
- Un dispositif d'alerte interne réellement utilisé par les salariés ou les tiers. Pour inspirer confiance, un tel dispositif doit assurer l'absence de représailles et donc un traitement confidentiel, objectif et rapide des alertes recevables.

La conformité comme levier stratégique

58. - Ces chantiers nécessitent un investissement humain et matériel indéniable. Mais le retour sur investissement peut être très conséquent :

- Une meilleure gestion des risques financiers, juridiques et réputationnels. A ce titre, le coût du risque est parfois sous-évalué,
- Un avantage compétitif par rapport aux autres acteurs du secteur. En effet, les exigences des bailleurs de fonds et contreparties présents au Maroc se sont élevées au fil des années.
- L'identification de nouvelles opportunités stratégiques.
- L'analyse de la résilience de son modèle d'affaire, dans un contexte mondial particulièrement tendu et incertain.

59. - L'enjeu pour les entreprises est désormais de positionner la conformité comme un véritable levier stratégique et non plus comme un simple outil de pilotage des risques. Cela suppose de trouver le bon équilibre entre efficacité opérationnelle et maîtrise des contraintes internes. Les entreprises doivent ainsi se doter d'un dispositif à la fois robuste et administrativement agile, tout en veillant à une allocation raisonnée des ressources financières, afin d'éviter des investissements lourds qui détournent la conformité de sa finalité et n'apportent qu'une valeur ajoutée limitée.

ARTICLE

Les infractions contre les casques bleus : une perspective de droit international¹



Daniel MAINGUY

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Résumé — Depuis 1948, près de deux millions de personnes ont été déployées dans les opérations de maintien de la paix de l'ONU. La protection juridique des casques bleus contre les infractions commises à leur encontre demeure cependant fragile et parcellaire. Cet article examine le cadre juridique applicable, Convention sur la sécurité de 1994, Conventions de Genève, Statut de Rome, et met en évidence la difficulté fondamentale liée au double statut des soldats de la paix, civils ou combattants selon les circonstances. Il analyse les infractions punissables, les auteurs potentiels et les mécanismes de réparation disponibles, avant de conclure que l'absence d'un régime juridique cohérent et effectif constitue un frein majeur à l'engagement des États contributeurs de troupes.

Mots-clés : Casques bleus · Opérations de maintien de la paix · Convention sur la sécurité de 1994 · Droit international humanitaire · Infractions · Responsabilité internationale · Cour pénale internationale · Droit des conflits armés

1. - L'un des principaux défis du droit international en matière de sécurité et de sûreté des casques bleus consiste à déterminer prévenir et sanctionner les infractions commises, dans les pays hôtes contre ces personnels. Depuis 1948, près de deux millions de soldats, civils, policiers, femmes et hommes, ont été déployés par l'ONU pour assurer des missions de maintien ou de rétablissement de la paix. Près de 4500 sont morts à l'occasion de ces opérations, soit sans doute entre dix mille et vingt mille blessés, dont 65 marocains dans 8 missions, et 117 français dans 12 missions (et ce sans compter les 57 morts du Drakkar, en 1983, qui était une mission d'interposition, hors ONU)².

Les opérations de maintien de la paix ont été profondément transformées au cours des dernières décennies, les opérations de maintien de la paix (*Peacekeeping*) ayant été remplacées par des opérations de rétablissement de la paix (*Peacemaking*), plus agressives et donc risquées. Il en résulte des conséquences juridiques majeures sur la protection accordée par les règles du droit international humanitaire alors que les rapports du Secrétaire général sur la sécurité de ces personnels montrent un accroissement considérable des attaques contre les casques bleus engagés. A partir de 2008 cependant, les tribunaux internationaux ont commencé à rendre des décisions et des verdicts à l'encontre de personnes accusées de crimes de guerre et de crimes

1. Cet article est le fruit d'une conférence réalisée à Islamabad (Pakistan), durant la conférence préparatoire des Nations-Unies, organisée par le Pakistan et le Japon à Islamabad, sur la sécurité et la sûreté des soldats de paix (« *Safety and Security of Peacekeepers* »), en anglais, les 30 et 31 août 2023. Le style oral ayant été conservé, nous renvoyons pour des raisons pratiques aux références identifiées dans : D. Mainguy, *Droit de la guerre atypique*, LGDJ-Lextenso, 2023, « Arbitrage et litiges de guerre », JDI, 2024, p. 817, *Lawfare et contre-Lawfare : la règle de droit comme arme de guerre*, *Mélanges H. Le Nabasque*, LGDJ-Lextenso, 2025, p. 75.

2. Source : <https://peacekeeping.un.org/fr/our-peacekeepers>.

3. Les membres des forces de maintien de la paix qui ne sont pas engagés dans le conflit sont considérés, comme l'a confirmé le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, comme « des civils uniquement dans la mesure où ils ne participent pas directement aux hostilités ». La Cour a également estimé que leur protection ne cesserait pas s'ils recouraient à la force en légitime défense, à condition que ce recours soit limité à ce seul usage. De même, dans la décision Abu Garda, la Chambre préliminaire de la CPI a déterminé que « le personnel participant à des missions de maintien de la paix bénéficie d'une protection contre les attaques, sauf s'il prend directement part aux hostilités ou à des activités liées au combat, et pendant toute la durée de cette participation ». Le Bulletin du Secrétaire général de 1999 sur le droit international humanitaire (DIH) adopte un point de vue similaire, en précisant que le DIH s'applique aux membres des forces de maintien de la paix « lorsqu'ils sont activement engagés dans des situations de conflit armé en tant que combattants, dans la mesure et pour la durée de leur engagement ».

contre l'humanité liés à des agressions contre des soldats de la paix³.

2. - Pour observer le traitement de la responsabilité encourue par les auteurs de ces infractions, l'observation des règles internationales, ou internes des Etats d'origine ou des Etats hôtes permettent difficilement (I) de repérer des mécanismes de responsabilité efficaces (II).

I. Le cadre juridique de protection des casques bleus

3. - Ce cadre commence avec le mandat des opérations de maintien de la paix (A), la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé de 1994 (B) et les règles du droit de la guerre (C).

A. Le mandat des opérations de maintien de la paix

4. - Les opérations armées de l'ONU reposent sur un mandat accordé par le Conseil de sécurité des Nations unies (CSNU) voire l'Assemblée générale. Il définit les objectifs, les responsabilités et les pouvoirs de la mission dans le cadre du droit international, en fonction des spécificités de chaque mission où des éléments communs sont généralement inclus dont : résolution ou prévention des conflits, surveillance d'un cessez-le-feu, protection des civils, désarmement, soutien des institutions locales, de l'État de droit et de la gouvernance, de l'aide humanitaire, renfort des autorités de police et judiciaires, promotion de processus de réconciliation durable.

5. - Les règles d'engagement sont posées par un statut des forces déployées (SOFA)⁴ pour la composante militaire et les directives relatives à l'usage de la force pour la composante de police, exactement comme si cette force armée était engagée par l'autorité légitime d'un pays.

B. La convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé

6. - La Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du Personnel Associé adoptée en 1994 contient un article 7, central, qui prévoit, en substance, l'obligation pour tous les Etats d'assurer la sécurité et la sûreté du personnel des Nations Unies et du personnel associé, de leur matériel et de leurs locaux ne doit pas faire l'objet d'attaques ou de toute action les empêchant de s'acquitter de leur mandat, et notamment de lutter contre les infractions visées à l'article 9, en interdisant toute attaque contre les soldats de la paix. L'article 9 énumère ces infractions ; meurtre, enlèvement et attaques contre les membres des forces de maintien de la paix, menaces ou tentatives d'attaque à leur encontre, et « attaques violentes contre leurs locaux, leurs lieux d'hébergement ou leurs moyens de transport ».

7. - La Convention ne s'applique pas, cependant, lorsqu'une force de maintien de la paix intervient dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies (Convention, art. 2) c'est-à-dire les opérations de rétablissement de la paix, plus agressives et auxquelles il est de plus en plus souvent utilisé. La difficulté tient ici au fait que toutes les missions d'une telle force et tous les personnels ne sont pas nécessairement impliqués dans des mesures coercitives, ce qui pose difficulté au regard des règles du droit de la guerre.

8. - Par ailleurs, la résolution 2589 (2021) du Conseil de sécurité a appelé les États hôtes à promouvoir la responsabilité pour les meurtres et tous les actes de violence commis contre le personnel de maintien de la paix des Nations Unies, ainsi qu'une mise à jour de ces infractions et des actions menées dans les rapports du Secrétaire général.

C. Les règles du droit de la guerre : les conventions de Genève de 1949

9. - Les Conventions de Genève de 1949 établissent, à la suite des conventions de La Haye de 1899 et 1907, les règles du droit international humanitaire (DIH) relatif au traitement des victimes (civiles) des conflits armés, outre les soldats blessés et malades et les prisonniers

4. SOFA signifie « *Status of Forces Agreement* » (accord sur le statut des forces) ; il s'agit d'un accord entre un pays hôte et une nation étrangère qui définit le statut juridique et les privilèges des forces militaires étrangères stationnées dans le pays hôte. Ces accords sont essentiels dans les situations où du personnel militaire étranger est stationné dans un pays à des fins diverses, telles que la formation, les exercices conjoints, les missions de maintien de la paix ou d'autres arrangements de sécurité coopérative.

de guerre, sans viser cependant les forces de maintien de la paix qui sont souvent considérés comme des *comme des civils* parfois *comme des combattants*, dans un conflit armé, international ou interne.

10. - Le Secrétaire général des Nations Unies⁵ déduit de l'article 50 du Protocole additionnel I (de 1977) de la Convention de Genève I que la plupart des membres des forces de maintien de la paix relèvent de la catégorie des non-combattants et donc des civils⁶. Un civil est défini de manière négative comme un « non-combattant », ni un prisonnier de guerre ni un membre des forces armées d'une des parties au conflit. Les casques bleus, armés, ne sont pas des *parties* au conflit, bien qu'ils puissent être considérés comme les prisonniers de guerre s'ils sont capturés.

11. - En revanche, lorsque les membres des forces de maintien de la paix s'engagent dans un conflit armé et y participent activement, ils acquièrent le statut de combattants au sens du DIH. C'est le cas des opérations de rétablissement armées de la paix du Chapitre VII de la Charte, ou les hypothèses d'engagement armés d'une opération du Chapitre VI.

12. - Concrètement, si un casque bleu est attaqué et riposte par la force en légitime défense, il devrait être considéré comme non-partie au conflit, comme lorsque la force armée est utilisée pour défendre le mandat (par exemple pour protéger des civils), ce qui suppose d'examiner attentivement le mandat et les règles d'engagement de la mission.

En effet, lorsqu'un casque bleu recourt à la force au-delà des limites de la légitime défense ou que l'utilisation de la force armée est l'objet du mandat, il devient une partie belligérante au conflit et perd ainsi sa protection (et sont donc des cibles légitimes).

II. Responsabilité pour les infractions commises contre les soldats de la paix

13. - La difficulté repose sur la dualité de statut des casques bleus : s'ils sont des non-combattants, les règles applicables sont celles du droit pénal de l'État hôte, de celui de l'État d'origine des casques bleus, ou du droit pénal international et de la compétence no-

tamment de la CPI (si un crime de guerre est constaté), ou au contraire de la non-application que quelque règle pénale que ce soit, si les règles du droit des conflits armés s'appliquent, sauf hypothèse, là encore de crime de guerre dans la conduite d'une opération contre les casques bleus, ce qui emporte de manière dérivée, la question de compétence d'un tribunal. Il n'existe donc pas de conception uniforme de ce qui constitue des infractions contre les soldats de la paix, mais des opinions, notamment telles qu'elles peuvent se dégager d'une interprétation de la Convention sur la sécurité de 1994 ou de la résolution 2589.

14. - La question est donc double ici, celle touchant aux infractions susceptibles d'être sanctionnés (A), les auteurs (B) et les actions possibles (C).

A. Les sources internationales des infractions

15. - L'article 9 (*cf. supra*) de la Convention de 1994 sur la sécurité définit les infractions contre les membres des forces de maintien de la paix, meurtre, enlèvement ou « *attaques violentes* » et menaces ou tentatives de les commettre.

16. - Le meurtre, l'enlèvement ou toute autre attaque contre une personne sont illicites si les soldats de la paix sont considérés comme des civils, mais légitimes, au regard des dispositions du droit international humanitaire, s'ils sont considérés comme des membres des forces armées : tuer ou blesser un ennemi, le capturer et le détenir comme prisonnier de guerre est légitime, dans les conditions du DIH (hélas rarement respecté par les auteurs de ces actions).

Toutefois, la question se pose de l'actualisation de ce que l'on entend par « *attaque violente* ». En 1994, il pouvait s'agir d'un attentat à la bombe, d'une embuscade, etc., contre les personnels, ou leurs locaux officiels, leur logement, privé, leurs moyens de transport susceptibles de mettre en danger leur personne ou leur liberté. Depuis 1994, les techniques d'attaques ont évolué : une attaque par drone est évidemment du même ordre. En revanche, cyberattaques via logiciel malveillant ou un rançongiciel présent dans les « *locaux officiels, les logements privés ou les moyens de transport* », campagnes de désinformation prise isolément ou conduisant à violence contre les casques

5. « Respect du droit international par les forces des Nations Unies par les forces des Nations Unies humanitaire », Circulaire du Secrétaire général, 6 août 1999, UN doc. ST/SGB/1999/13 (en ligne).

6. V. aussi A. Rynijer, « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies », RICR, déc. 1999, vol. 81, n° 836, p. 795

bleus, moyen de « *lawfare* », de « guerre par le droit », par une plainte au fondement discutable contre des casques bleus, par exemple parce qu'ils sont supposés avoir commis des crimes, pourraient constituer de telles « *attaques violentes* ». Par ailleurs, au-delà de l'article 9 de la Convention de 1994, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) intègre des règles équivalentes pour les conflits armés internationaux et non internationaux dans ses articles 8(2)(b)(iii) et 8(2)(e)(iii).

B. Les auteurs des infractions

17. - Dernière préoccupation : qui sont les auteurs des actes criminels contre les soldats de la paix, et par conséquent, comment obtenir une sanction contre ces auteurs.

18. - Un premier cas concerne un auteur qui serait être un membre des forces armées de l'Etat hôte dans lequel la force de maintien de la paix est déployée. Il ne fait aucun doute que l'auteur et l'Etat hôte sont responsables des infractions, pénalement et/civilement. La responsabilité pénale peut reposer sur le droit et la procédure pénale de l'Etat hôte, ou de du pays des victimes, ou encore, s'il s'agit d'un crime de guerre, en vertu du droit pénal international devant la CPI (ou tout autre tribunal compétent).

Un deuxième cas concerne un auteur civil, c'est-à-dire d'un non-combattant, ce qui est le cas le plus fréquent. Il peut avoir agi à titre individuel, par lucre, haine ou autre. Il est responsable en vertu du droit pénal national, selon les règles de procédure pénale applicables, locales ou de l'Etat hôte.

19. - Un troisième cas très fréquent est celui dans lequel il a agi *comme un combattant*, pour le compte (direct ou indirect) de l'Etat hôte ou d'un groupe armé local ou étranger agissant sur le territoire de cet Etat hôte, qu'il soit. Cet auteur est, en principe, au regard du DIH, un civil, sauf à admettre qu'il participe directement aux hostilités et cesse d'être un civil, selon les lignes directrices du CICR de 2020 et ce

quelles que soient les actions agressives, armées, ou au contraire non-armées et non-militaires, des actes de « guerre atypique », cyberattaques, campagnes de désinformation, etc., souvent considérées, sauf lorsque les lignes directrices de 2020 s'appliquent, comme hors du champ du DIH, supposant donc des solutions alternatives, civiles, judiciaires ou arbitrales⁷.

C. Les actions possibles

20. - Un soldat de la paix dispose des voies d'accès civiles ordinaires en vue d'une indemnisation contre le responsable de son préjudice, sur le fondement des normes du droit civil local voire comme conséquence d'une violation d'une règle pénale ou du droit international humanitaire, à supposer cependant qu'il n'ait pas obtenu une réparation ou compensation de son « employeur », garantie d'ailleurs par la Convention de 1994. Il n'est pas difficile d'imaginer que cette perspective de droit privé est totalement irréaliste.

En matière internationale, l'Etat d'origine de la victime devrait pouvoir demander réparation à l'Etat hôte, la CIJ ayant considéré, dans un avis de 1949 dans « l'affaire des Réparations »⁸, qu'elle peut également réclamer des dommages-intérêts pour la perte de services due au préjudice infligé à la personne. Même ainsi, la question demeure très abstraite. Des procédures opérationnelles standard (SOP) existent mais qui ne sont pas appliquées dans toutes les missions.

21. - Il existe également une voie purement internationale, prévue par l'article 22 de la Convention de 1994 qui impose une *négociation* entre les Etats hôte et l'Etat d'origine, ainsi qu'un *arbitrage obligatoire* ou, si celui-ci s'avère impossible, un recours devant la Cour internationale de Justice pour obtenir réparation : l'arbitrage comme mode de résolution des litiges interétatiques, une voie hélas trop publiée.

22. - Enfin, les Etats membres sont tenus de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité au titre des articles 25, 48 (1) et 49 de la Charte, outre, l'obligation à la charge des Etats d'agir de bonne foi et de

7. V. aussi pour un cas spectaculaire d'action (hors casques bleus) par les familles américaines des soldats morts ou blessés dans l'attentat à Beyrouth en 1983, « l'affaire Peterson » et ses suites pour mesurer la difficulté d'un tel traitement (D. Mainguy, « Arbitrage et litiges de guerre », op. cit., n° 80 et s.).

8. CIJ, avis 11 avr. 1949 (en ligne), rendu à la suite de l'assassinat en septembre 1948 à Jérusalem du médiateur envoyé par les Nations Unies, le comte Folke Bernadotte.

9. Art. 2(2) : « Tous les Membres, afin de garantir à chacun d'entre eux les droits et avantages découlant de leur qualité de Membre, s'acquittent de bonne foi des obligations qu'ils ont assumées conformément à la présente Charte ».

(...) 2(5) : « Tous les Membres doivent apporter toute l'assistance nécessaire à l'Organisation des Nations Unies dans toute action qu'elle entreprend conformément à la présente Charte, et s'abstenir d'apporter une assistance à tout Etat contre lequel l'Organisation des Nations Unies prend des mesures préventives ou coercitives ».

fournir une assistance juridique à l'ONU pour l'exécution de son mandat au titre de l'article 2 de la Charte⁹.

23. - Un rapport publié par le *Stimson Center* sur *le maintien de la paix des Nations Unies et le consentement de l'État hôte* formule plusieurs recommandations au cas où le consentement de l'État hôte serait révoqué ou compromis¹⁰ et conclut ainsi : « (...) *Le Comité spécial des opérations de maintien de la paix, également appelé C34, (...) est un organe conservateur, ce qui signifie que son langage sur cette question pourrait envoyer un message fort. Un rapport du C34 allant dans ce sens pourrait servir d'outil de plaidoyer au Secrétariat ou au Conseil de sécurité pour contrer les tentatives des gouvernements des pays hôtes d'imposer des exigences opérationnelles susceptibles de mettre en péril la sécurité des soldats de la paix* ».

24. - Ce type d'« agressions » de la part de l'État hôte se situe certainement en deçà du seuil de la guerre pour autant qu'elles puissent être considérées comme des actes de faible intensité d'agression, c'est-à-dire des « attaques violentes » de l'article 9 de la Convention de sécurité de 1994 ou, à notre avis, comme une violation du droit coutumier des conflits armés tel qu'il se déduit des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et

de Genève de 1949, dont le principe de l'immunité du porteur du drapeau blanc : on ne peut ni tirer sur le porteur du drapeau blanc, ni l'agresser ou l'enlever et donc *a fortiori* contre les casques bleus.

25. - Ainsi, toute violation à l'encontre des casques bleus dans leur ensemble, telle que décrite dans le rapport du *Stimson Center*, pourrait être considérée comme une violation des coutumes des conflits armés, ouvrant la voie à un arbitrage international, *ad hoc* ou auprès de la CPA à La Haye, ou à une affaire devant la CIJ, État contre État, et, peut-être, l'ONU.

26. - Si donc, on peut envisager des techniques juridiques, pour prévenir ou sanctionner de telles infractions, elles demeurent parcellaires et difficiles à mettre en œuvre et donc inadaptées ce qui est évidemment un frein à l'engagement des États à fournir des casques bleus. La mise en place d'un régime juridique offrant une protection adéquate et efficace est une question de la plus haute importance. Trois axes s'imposent, la précision du statut juridique des forces de l'ONU en DIH ; une actualisation des infractions punissables et un système juridique et judiciaire de sanction et de réparation.

10. S. Sebastián et A. Gorur, "U.N. Peacekeeping & Host-State Consent", *Stimson Center*, mars 2018 (pdf en ligne).

ARTICLE

La due diligence en droit comparé franco-marocain : d'une pratique transactionnelle à un standard de conduite, de preuve et de gouvernance

Belkacem CHAKOURI

Avocat au Barreau de Casablanca agréé près la Cour de cassation

Résumé — La due diligence, longtemps cantonnée à une technique de vérification préalable dans les opérations de fusion-acquisition, tend aujourd'hui à s'ériger en standard juridique de conduite. En droit français, cette juridisation s'appuie sur le devoir d'information précontractuelle et sur la logique de vigilance. En droit marocain, une exigence fonctionnellement équivalente se construit à partir de la bonne foi, de la théorie du dol par dissimulation et de la montée en puissance des obligations de conformité sectorielle. L'étude comparée révèle que due diligence et analyse des écarts constituent deux temps d'une même opération juridique, dont la finalité est la sécurité de l'opération et la maîtrise de la responsabilité.

Mots-clés : Due diligence · Droit comparé franco-marocain · Devoir d'information précontractuelle · Devoir de vigilance · Bonne foi · Dol par dissimulation · Conformité sectorielle · Analyse des écarts · Standard de gouvernance

Introduction

La due diligence, longtemps cantonnée à une technique de vérification préalable dans les opérations de fusion-acquisition et de financement, tend aujourd'hui à s'ériger en standard juridique de conduite.

En droit français, cette juridisation s'appuie à la fois sur le devoir d'information précontractuelle (Code civil) et sur la logique de « vigilance » (Code de commerce), dont le contentieux récent commence à préciser la méthode attendue.

En droit marocain, la dynamique est moins explicite dans le vocabulaire, mais pleinement opérante : les principes du dahir formant code des obligations et des contrats, la centralité du dol par dissimulation, et l'essor de la conformité sectorielle conduisent à une exigence fonctionnellement équivalente.

Nous allons tout d'abord poser la problématique et l'intérêt du droit comparé, plus vulgairement à quoi sert-il, puis montrer l'intérêt de l'étude comparative de son traitement en France et au Maroc, et enfin de voir si cette étude vise les mêmes objectifs et quelles seront

les éventuelles nouvelles étapes.

I. Problématique et intérêt du droit comparé

La due diligence n'est pas un concept « importé » au sens d'un corps étranger au droit civil. Elle est, au contraire, l'expression moderne d'une exigence ancienne : sécuriser le consentement, organiser l'allocation contractuelle du risque, et prévenir les contentieux.

Ce qui change, dans la période contemporaine, est l'intensité normative de la démarche. La due diligence ne se limite plus à l'acquisition d'informations : elle constitue un faisceau d'actes de diligence susceptible de fonder, selon les cas, l'exonération ou l'engagement de la responsabilité, d'éclairer l'interprétation du contrat, et d'ordonner la conformité interne de l'entreprise surtout au vu de l'explosion des acquisitions, fusions-acquisitions, fusions-absorption, ainsi que des cessions de sociétés dans le monde, ainsi que les acqui-

sitions de sociétés effectuées par des grands groupes selon leur logique entrepreneuriale.

L'intérêt d'une comparaison franco-marocaine est double. D'une part, le droit français offre un modèle de « densification » textuelle et jurisprudentielle, notamment depuis la réforme du droit des contrats et l'émergence du contentieux du devoir de vigilance. D'autre part, le droit marocain montre une construction plus diffuse, mais souvent plus pragmatique : l'exigence de loyauté et de transparence s'y reconstruit à partir de la bonne foi, de la théorie du dol (y compris par silence ou omission), et de la montée en puissance des obligations de conformité dans les secteurs sensibles. La convergence est frappante : dans les deux systèmes, la due diligence devient un instrument d'appréciation du comportement raisonnable de l'opérateur et de la qualité de sa décision.

II. La due diligence comme standard juridique : définition opératoire et fonctions

1/ Définition opératoire. La due diligence peut être définie, pour les besoins d'une revue de droit des affaires, comme un processus structuré et documenté de vérification préalable portant sur la situation d'une entité, d'un actif ou d'une activité, afin d'apprécier (i) la régularité juridique, (ii) les risques de passif ou de non-conformité, (iii) la soutenabilité contractuelle et opérationnelle, et (iv) les mesures de traitement (contractuelles ou correctives) permettant la réalisation sécurisée de l'opération.

2/ Trois fonctions juridiques principales :

Premièrement, **une fonction informationnelle** : réduire l'asymétrie d'information et établir les « faits juridiquement pertinents ».

Deuxièmement, **une fonction normative** : permettre l'écriture contractuelle du risque (déclarations, garanties, indemnisation, conditions suspensives, ajustements de prix, séquestres).

Troisièmement, **une fonction probatoire** : prouver la diligence de l'opérateur, la loyauté des pourparlers, et la proportionnalité des mesures correctives. Cette fonction probatoire est appelée à prendre une importance croissante à mesure que les juges contrôlent moins l'intention et davantage la méthode.

III. Le droit français : la juridisation par l'information et par la vigilance

A. L'obligation d'information précontractuelle : la due diligence comme « discipline du consentement »

Le droit français explicite ce que la pratique avait déjà institué : au stade précontractuel, l'information déterminante n'est pas un luxe, mais une condition de la loyauté du consentement. La Cour de cassation, par un arrêt du 14 mai 2025 (chambre commerciale), a clarifié l'économie de l'article 1112-1 du Code civil en affirmant que le devoir d'information ne porte que sur les informations (i) ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties et (ii) dont l'importance est déterminante pour le consentement du cocontractant¹.

Dans cette perspective, la due diligence n'est plus seulement un « audit » ; elle devient la technique par laquelle les parties démontrent, qu'elles ont satisfait à une exigence de loyauté et de discernement. Concrètement, l'opérateur qui diligente des vérifications ciblées, obtient des confirmations, consigne les échanges et conditionne sa décision à des remédiations, se place dans une posture de rationalité juridique.

À l'inverse, l'absence de vérifications élémentaires sur un risque objectivement prévisible fragilise la position contentieuse : le juge, confronté à un litige de dol, d'erreur ou de manquement d'information, apprécie de plus en plus la cohérence méthodologique du comportement.

B. Le devoir de vigilance : la due diligence comme obligation de gouvernance et de chaîne de valeur

Avec le devoir de vigilance, la France franchit un seuil : la diligence raisonnable ne se limite plus à l'opération, elle s'étend à la chaîne de valeur et aux impacts graves sur les droits humains et l'environnement. Le contentieux récent illustre la nature « méthodologique » du contrôle. Il n'existe plus de tabou à contrôler n'importe quel type d'information, bien au contraire, l'absence de contrôle d'une quelconque information peut être assimilé à une faute de mission.

« Dans l'affaire relative aux projets Tilenga et EA-

1. Cour de cassation (France), chambre commerciale, 14 mai 2025, pourvois n^{os} 23-17.948, 23-18.049 et 23-18.082, publié au bulletin, précisant les conditions cumulatives du devoir d'information précontractuelle (Code civil, article 1112-1).

COP, le tribunal judiciaire de Paris, statuant en référé le 28 février 2023, a jugé irrecevables certaines demandes notamment en raison de l'absence de mise en demeure correspondant aux griefs effectivement portés devant le juge; le jugement souligne également, de manière surabondante, la difficulté de définir « le standard d'une entreprise normalement vigilante » en l'absence de réglementation de précision, et renvoie l'examen approfondi au juge du fond. Cette décision est instructive pour la due diligence « durable » : elle confirme que la sécurité juridique se joue autant sur la procédure (traçabilité des mises en demeure, dialogue préalable) que sur le fond (qualité des mesures, effectivité) »².

« Plus directement encore, l'affaire « La Poste » montre un contrôle au fond des exigences méthodologiques du plan de vigilance. La Cour d'appel de Paris, le 17 juin 2025 (RG 24/05193), a confirmé la condamnation de La Poste en l'enjoignant de compléter son plan afin de le rendre conforme, en apportant des précisions sur des composantes essentielles telles que la cartographie des risques, l'évaluation des partenaires, les actions de prévention, le mécanisme d'alerte et le suivi. Pour la théorie générale de la due diligence, l'enseignement est décisif : le juge n'exige pas une perfection abstraite, il exige une méthode vérifiable, structurée et proportionnée, articulée autour d'une identification des risques et d'un dispositif de traitement »³.

IV. Le droit marocain : une équivalence fonctionnelle fondée sur la bonne foi, le dol par dissimulation et la conformité sectorielle

A. Le droit marocain s'appuie sur une exigence de bonne foi et de loyauté accompagnée d'exigences

Le droit marocain, sans consacrer uniformément la terminologie « due diligence », porte néanmoins une exigence substantielle de loyauté dans l'exécution des obligations. La bonne foi, consacrée par le dahir formant Code des obligations et des contrats, irrigue la pratique contractuelle : elle fonde l'idée qu'un opéra-

teur ne peut se prévaloir de sa propre inertie, irrecevabilité notamment liée à la mise en demeure; considérations sur l'absence de standard réglementaire précis et renvoi au juge du fond pour un examen approfondi, ni organiser une opacité intentionnelle dans la formation du contrat. Sur le plan doctrinal, la bonne foi sert de point d'ancrage à la responsabilité précontractuelle et à la sanction des comportements déloyaux.

Cette base est particulièrement importante en droit des affaires marocain : l'informalité relative de certains échanges précontractuels ne signifie pas absence d'exigence; elle rend au contraire centrale la preuve des diligences accomplies (courriels, listes de documents, procès-verbaux de réunions, confirmations bancaires, attestations fiscales et sociales, audits immobiliers).

B. Le dol et la dissimulation : la due diligence comme antidote à la réticence dolosive

La due diligence prend, au Maroc, une signification contentieuse directe par son lien avec le dol, notamment lorsque l'information essentielle a été dissimulée. Une décision publiée sur la plateforme de la Cour de cassation marocaine rappelle que le dol ouvrant droit à l'annulation peut résulter de procédés ou du « silence » et de la dissimulation lorsque ceux-ci sont déterminants du consentement.

En matière strictement commerciale, la jurisprudence récente illustre la même logique : « le tribunal de commerce de Marrakech (2024) a prononcé la nullité d'une cession de parts sociales pour dol, en retenant que la dissimulation intentionnelle d'une information essentielle (enquête pénale et blocage des comptes bancaires de la société cédée) pouvait caractériser une réticence dolosive. La portée pratique est immédiate : la due diligence n'est plus seulement un outil de confort, elle devient un instrument de prévention du dol et, symétriquement, un outil de preuve pour la victime (démontrer l'information déterminante manquante) ou pour le défendeur (démontrer la transparence et la communication) »⁴.

2. Tribunal judiciaire de Paris (référé), 28 février 2023, n° 22/53942 (affaires Tilenga/EACOP).

3. Cour d'appel de Paris, 17 juin 2025, RG 24/05193, « SUD PTT c/ La Poste », confirmation d'une injonction de mise en conformité du plan de vigilance et précisions méthodologiques.

4. Tribunal de commerce de Marrakech, 2024, « Nullité d'une cession de parts sociales pour dol » (dissimulation d'une enquête pénale et du blocage des comptes de la société cédée), reconnaissance de la réticence dolosive comme dissimulation intentionnelle d'une information essentielle.

C. La conformité sectorielle : vers une diligence raisonnable « réglementaire »

Le Maroc du fait du développement de son économie avec la montée en puissance de grands groupes ainsi que les réglementations de lutte contre le blanchiment d'argent connaissent une montée en puissance d'obligations de vigilance dans des secteurs régulés (finance, lutte contre le blanchiment, marchés publics, environnement, données, concurrence). Cette dynamique, même lorsqu'elle n'est pas qualifiée de « vigilance » au sens français, impose en pratique des mécanismes très proches de la due diligence : identification, évaluation, traçabilité, contrôle interne et remédiation.

V. Due diligence et analyse des écarts : démonstration d'une indissociabilité (France-Maroc)

L'entreprise marocaine (ou l'investisseur au Maroc) est ainsi amenée à intégrer à la due diligence transactionnelle une « due diligence de conformité », de plus en plus structurée.

Le point le plus opératoire, pour une revue de droit des affaires, consiste à établir ceci : une due diligence qui se limite à constater (inventorier des documents, décrire des situations) demeure juridiquement inachevée. Le droit attend une qualification : conformité ou non-conformité, risque acceptable ou critique, remédiation nécessaire ou clause de couverture. Cette qualification est précisément l'objet de l'analyse des écarts (gap analysis), qui compare l'état observé au référentiel applicable (loi, réglementation, standards internes, engagements contractuels, exigences d'un financeur).

Cette articulation est confirmée, côté français, par la logique de l'article 1112-1 : l'information « déterminante » est celle qui, si elle avait été connue, aurait influencé le consentement ; l'analyse des écarts permet de dire ce qui, dans la réalité observée, est juridiquement déterminant et comment l'intégrer à l'économie du contrat.

Elle est confirmée, côté marocain, par la théorie du dol par dissimulation : ce qui est sanctionné n'est pas la simple imperfection informationnelle, mais la dissimulation d'un élément essentiel, généralement révélée a posteriori ; l'analyse des écarts, faite ex ante, sert précisément à identifier ces éléments essentiels (conten-

tieux, sûretés, blocages bancaires, passifs fiscaux, irrégularités foncières, risques sociaux) et à imposer leur traitement.⁵

La proposition doctrinale peut être formulée ainsi : due diligence et analyse des écarts ne sont pas deux exercices distincts ; ils constituent deux temps d'une même opération juridique, dont la finalité est la sécurité de l'opération et la maîtrise de la responsabilité.

Conclusion

Pour la pratique des affaires, l'enseignement est simple et prospectif : la sécurité juridique ne se joue pas seulement sur la négociation des clauses, mais sur la capacité à démontrer une chaîne rationnelle et documentée « identifier – qualifier – traiter – prouver ». La due diligence et l'analyse des écarts, prises ensemble, constituent désormais l'ossature de cette chaîne.

L'étude comparée met en lumière une dynamique désormais irréversible : la due diligence s'impose comme un standard structurant du droit des affaires contemporaines. En droit français, cette évolution est formalisée, encadrée et progressivement précisée par le juge. En droit marocain, elle est plus diffuse dans son expression textuelle, mais bien réelle dans ses effets pratiques.

L'importance croissante de la diligence raisonnable dans les opérations d'investissement, de financement, de restructuration et de conformité traduit une mutation plus profonde : le passage d'un droit sanctionnant a posteriori à un droit organisant l'anticipation des risques. Dans ce contexte, il serait illusoire de considérer que le cadre normatif marocain demeurera figé.

L'essor remarquable de l'économie marocaine, son intégration croissante aux chaînes de valeur internationales, la sophistication des opérations transfrontalières et l'exigence accrue des partenaires financiers et institutionnels conduisent mécaniquement vers une formalisation accrue des standards de diligence. La pratique précède déjà le texte : les opérations majeures au Maroc intègrent des mécanismes avancés de vérification, de cartographie des risques et d'analyse des écarts normatifs comparables aux standards internationaux.

Il est donc hautement probable que la réglementation marocaine évoluera dans le sens d'une plus grande

5. Voir Dahir formant Code des obligations et des contrats (version publiée), base textuelle des principes généraux (bonne foi, obligations, etc.).

pragmatique juridique. Cette évolution ne signifie pas nécessairement la transposition mécanique du modèle français du devoir de vigilance, mais plutôt l'adoption graduelle de mécanismes adaptés au contexte national, conciliant sécurité juridique, attractivité économique et proportionnalité des obligations.

La consolidation d'un cadre plus explicite de diligence raisonnable renforcerait la prévisibilité des décisions judiciaires, la confiance des investisseurs étrangers et la crédibilité des entreprises marocaines sur les marchés internationaux. Elle permettrait également d'éri-

ger la méthode « identifier – qualifier – traiter – documenter » en véritable norme de gouvernance.

En définitive, la montée en puissance de la due diligence constitue moins une contrainte qu'un levier stratégique. Pour le Maroc, l'enjeu n'est pas simplement de suivre une tendance internationale, mais de franchir un cap supplémentaire dans la sécurisation des transactions, en inscrivant la diligence raisonnable au cœur d'un droit des affaires moderne, compétitif et résolument tourné vers l'avenir.

ARTICLE

Le manquement au devoir d'information comme motif légitime suffisant de révocation judiciaire

Cass. M. Com., 25 janvier 2023, n° 2021/1/3/1510



Houda ALHOSSARI

Docteure en droit privé · Enseignante-chercheuse, Institut Catholique de Rennes · IODE-UMR CNRS 6262

Résumé — En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation admet que l'entrave au droit de consultation des documents sociaux caractérise, en elle-même, un motif légitime suffisant pour justifier la révocation judiciaire du gérant de société à responsabilité limitée. Par cette affirmation, l'arrêt consacre l'autonomie du manquement informationnel et déplace le centre de gravité du contrôle juridictionnel : la révocation n'est plus envisagée sous l'angle exclusif de la performance économique ou de la faute de gestion classique, mais à travers une lecture substantielle des droits informationnels de l'associé et du respect des équilibres internes de la société.

Mots-clés : Révocation judiciaire · Motif légitime · Droit à l'information · Gérant de SARL · Manquement informationnel · Droit des sociétés · Droit comparé franco-marocain

La révocation judiciaire du gérant occupe, en droit des sociétés, une position singulière. Elle constitue à la fois un instrument de discipline du pouvoir exécutif et un mécanisme de préservation de l'équilibre institutionnel. En soumettant cette mesure à l'existence d'un « motif légitime », l'article 69 de la loi n° 5-96 relative aux sociétés à responsabilité limitée¹ organise un compromis subtil entre deux exigences antagonistes : d'une part, la stabilité des mandats sociaux, condition de la continuité de la gestion ; d'autre part, la protection des associés contre les dérives susceptibles d'altérer le fonctionnement normal de la société. La détermination du contenu de ce « motif légitime », notion volontairement souple, relève de l'appréciation des juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, ce qui confère à la jurisprudence un rôle déterminant dans la structuration du régime de la révocation judiciaire.

L'arrêt rendu le 25 janvier 2023 s'inscrit dans cette dy-

namique prétorienne, tout en révélant une inflexion notable dans l'appréhension du motif légitime. En l'espèce, deux associées détenant chacune la moitié du capital d'une société à responsabilité limitée étaient en conflit. L'une, exerçant les fonctions de gérante, se voyait reprocher par l'autre plusieurs manquements : limitation de l'accès aux documents comptables et sociaux, irrégularités dans les convocations aux assemblées, adoption d'une augmentation de capital sans respect du quorum légal, et rétention de documents sociaux. Les juges du fond ayant prononcé la révocation judiciaire sur le fondement de l'article 69 précité, la gérante forma un pourvoi articulé autour de griefs tirés de la violation des articles 69, 71 et 75 de la loi n° 5-96, d'une motivation prétendument insuffisante et d'une confusion entre ses qualités d'associée et de gérante.

Au-delà de la diversité des moyens invoqués, la question posée à la haute juridiction était d'une grande por-

1. Loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation, Dahir n° 1-97-49 du 13 février 1997.

tée théorique : l'atteinte au droit à l'information de l'associé peut-elle, à elle seule, constituer un motif légitime de révocation judiciaire, indépendamment des autres irrégularités alléguées ?

En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation répond par l'affirmative. Elle admet que l'entrave au droit de consultation des documents sociaux caractérise, en elle-même, un motif légitime suffisant pour justifier la révocation du gérant. Par cette affirmation, l'arrêt consacre l'autonomie du manquement informationnel et déplace le centre de gravité du contrôle juridictionnel : la révocation n'est plus envisagée sous l'angle exclusif de la performance économique ou de la faute de gestion classique, mais à travers une lecture substantielle des droits informationnels de l'associé et du respect des équilibres internes de la société.

La décision invite ainsi à une double analyse. Elle conduit, d'une part, à examiner la consécration du droit à l'information comme obligation essentielle du gérant et comme fondement autonome du motif légitime (I). Elle impose, d'autre part, de s'interroger sur la portée théorique de cette solution, notamment au regard de la distinction organique entre actes de gestion et actes d'assemblée, et sur la mutation possible du motif légitime en instrument de régulation institutionnelle (II).

I. La consécration du droit à l'information comme obligation essentielle du gérant

L'intérêt majeur de l'arrêt du 25 janvier 2023 réside dans le déplacement du centre de gravité du contrôle juridictionnel de la gestion sociale. En érigeant l'atteinte au droit à l'information en fondement suffisant de la révocation judiciaire, la Cour de cassation ne se borne pas à sanctionner une irrégularité procédurale ; elle consacre la valeur structurante de la transparence dans l'économie institutionnelle de la société à responsabilité limitée.

A. L'élévation du droit à la communication au rang de droit fondamental de l'associé

L'arrêt rendu le 25 janvier 2023 s'inscrit dans une évolution significative du contentieux de la révocation judiciaire en consacrant, avec une nette particulière, la centralité du droit à l'information de l'associé dans l'architecture de la société à responsabilité limitée.

En droit positif, les articles 69 et 70 de la loi n° 5-96 subordonnent la révocation judiciaire du gérant à l'existence d'un « motif légitime » et reconnaissent corrélativement aux associés un droit permanent de prise de connaissance des documents sociaux². Ce droit s'exerce à tout moment et porte notamment sur les livres sociaux, l'inventaire, les états de synthèse, les rapports de gestion ainsi que les procès-verbaux des assemblées des trois derniers exercices. Il s'agit d'un droit d'ordre public sociétaire³, dont toute clause statutaire restrictive est réputée non écrite⁴.

Si ce droit est traditionnellement présenté comme une prérogative individuelle de l'associé⁵, l'arrêt commenté en révèle la portée institutionnelle. En effet, le droit à l'information ne constitue pas une simple faculté accessoire ; il conditionne l'exercice éclairé de l'ensemble des droits politiques : participation aux décisions collectives, vote en assemblée, contrôle de la gestion, et, le cas échéant, mise en cause de la responsabilité du dirigeant⁶. L'information apparaît ainsi comme le support indispensable de la démocratie interne et du bon fonctionnement du mécanisme délibératif.

En l'espèce, la Cour de cassation valide l'appréciation des juges du fond qui avaient retenu, sur la base d'un procès-verbal d'huissier dressé en exécution d'une ordonnance judiciaire, que les documents remis à l'associée étaient incomplets. Certains éléments essentiels faisaient défaut, caractérisant une entrave objective à l'exercice du droit à l'information. La force probatoire du constat d'huissier confère à la décision une assise factuelle solide : la carence informationnelle est établie de manière matérielle et incontestable. Surtout, la haute juridiction admet que ce manquement suffit, en lui-même, à constituer un motif légitime de révocation. Aucune démonstration d'une intention frauduleuse, d'un abus de majorité ou d'un préjudice finan-

2. L. BEN SEDRINE KETTANI, « Protection des actionnaires minoritaires dans la société anonyme en droit marocain », *International Review of Economics, Management and Law Research*, Vol. 1, n° 1, 2019, p. 1.

3. La sanction du non-respect de ce droit est la nullité de la délibération prise en assemblée générale. Cass. Civ. 1^{er}, 31 oct. Bull. Joly 1990, 93, note P. LE CANNU, *RTD com.* 1990, 214, obs. M. ALFANDARI et M. JEANTIN.

4. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-28.510, Bull. civ. IV, n° 13, BRDA 2013, n° 3, inf. 4, *Dr. sociétés* 2013, comm. 43, note H. HOVASSE.

5. CA Paris, ch. 5-8, 11 février 2014, n° 12/21679, S. c/ Sté Le Privilège, Co, Obs. A-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Rev. Soc.* 2015, p. 99.

6. J.-B. BOSQUET-DENIS, « La protection de l'associé contre le gérant statutaire et égalitaire d'une SARL », *Rev. sociétés* 1993, p. 751.

cier immédiat n'est exigée. La solution marque ainsi un déplacement du centre de gravité du contrôle : ce qui est sanctionné n'est pas seulement une faute de gestion au sens économique du terme, mais une atteinte au fonctionnement institutionnel de la société.

L'arrêt opère donc une autonomisation du grief informationnel. Le défaut de communication n'est plus appréhendé comme un simple indice d'une mauvaise gestion parmi d'autres irrégularités ; il est érigé en manquement autonome, intrinsèquement grave, car portant atteinte à l'équilibre des pouvoirs internes.

En consacrant cette approche, la Cour confère au droit à l'information une valeur structurante dans la gouvernance sociétaire. La transparence n'apparaît plus comme une exigence périphérique, mais comme une obligation essentielle du gérant, dont la violation peut justifier la perte du mandat social. Le droit à l'information devient ainsi une norme cardinale de régulation du pouvoir au sein des sociétés fermées, en particulier lorsque l'égalité capitalistique rend l'information le principal contrepoids au pouvoir de gestion.

B. L'autonomisation du motif légitime : vers une objectivisation du contrôle juridictionnel

L'apport majeur de l'arrêt du 25 janvier 2023 ne réside pas uniquement dans la reconnaissance de la gravité du manquement informationnel ; il se situe plus profondément dans l'autonomisation de ce grief au regard de la notion de « motif légitime » exigée par l'article 69 de la loi n° 5-96.

Traditionnellement, la révocation judiciaire du gérant de SARL s'inscrivait dans une logique de sanction d'une faute de gestion caractérisée : abus de biens sociaux, violation manifeste des statuts, détournement d'actifs, ou comportement compromettant gravement l'intérêt social⁷. La jurisprudence associait volontiers le « motif légitime » à l'existence d'un comportement fautif imputable au dirigeant et révélant une incapacité à poursuivre normalement l'exercice du mandat. Or, en l'espèce, la Cour de cassation valide la décision des juges du fond en se fondant exclusivement sur l'atteinte au droit à l'information, sans exiger la démonstration d'une faute intentionnelle ni d'un pré-

judice économique. La carence informationnelle, objectivement constatée, suffit à caractériser le motif légitime. Cette solution traduit un infléchissement notable : le contrôle juridictionnel ne se concentre plus uniquement sur la dimension subjective du comportement du gérant, mais sur les effets institutionnels de celui-ci. Ce qui importe désormais est moins la qualification morale ou économique de la faute que l'atteinte portée au fonctionnement régulier de la société.

La notion de « motif légitime » tend ainsi à se détacher d'une approche strictement disciplinaire pour épouser une conception plus fonctionnelle⁸. Le juge apprécie la situation au regard de l'équilibre des organes sociaux et de la préservation des droits des associés. La révocation judiciaire apparaît alors comme un mécanisme correctif destiné à restaurer un fonctionnement institutionnel normal plutôt qu'à sanctionner une culpabilité personnelle. Cette orientation rejoint une dynamique jurisprudentielle observée en droit comparé, notamment en droit français, où le « juste motif » de révocation peut résulter d'une situation de mésintelligence paralysante ou d'un dysfonctionnement compromettant l'intérêt social, indépendamment d'une faute de gestion *stricto sensu*⁹. La référence implicite à l'intérêt social comme critère d'appréciation confirme l'objectivisation progressive du contrôle¹⁰.

En consacrant l'autonomie du manquement au droit à l'information, la Cour opère ainsi une hiérarchisation implicite des irrégularités invoquées. Les griefs relatifs aux convocations d'assemblées ou à l'augmentation de capital deviennent surabondants dès lors qu'un motif déterminant est caractérisé. Cette technique de motivation, révèle néanmoins une mutation plus profonde : le respect des droits informationnels devient un standard structurant de la gouvernance, dont la violation suffit à rompre la confiance nécessaire au maintien du mandat¹¹. Le « motif légitime » apparaît dès lors comme une clause générale de régulation du pouvoir social. Son contenu, façonné par le juge, s'oriente vers une appréciation substantielle du fonctionnement sociétaire.

7. CA Caen 2-2-2006 n° 05-1938 : *RJDA* 7/07 n° 741 ; Cass. 3e civ. 14-12-2017 n° 16-25.697 F-D : *RJDA* 2/18 n° 138 ; Cass. com. 16-5-2018 n° 15-16.284 F-D : *RJDA* 7/18 n° 586 ; Cass. 3e civ. 27-6-2019 n° 18-16.861 F-D : *RJDA* 10/19 n° 640.

8. R. BAILLOD, « Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com*, 1983, p. 395.

9. Cass. com., 10 février 2015, n° 13-27.967, F-D, Obs. D. GIBIRILA, *Lexbase Affaires*, n° 417 du 26 mars 2015.

10. Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-10.778, *BRDA* 2014, n° 6, inf. 5, censurant une cour d'appel pour avoir jugé que la mésintelligence entre les associés ne constituait pas, à elle seule, un juste motif, la société n'ayant pas démontré l'existence d'une faute de gestion.

11. CA Paris, 6 août 2019, n° 18/2254, *RJDA* 12/99, n° 765, *Rev. sociétés* 2020, p. 421, note J. DELVALLEE.

II. Une solution juridiquement cohérente mais théoriquement incomplète

Si la solution adoptée par la Cour de cassation est juridiquement cohérente — un manquement autonome suffisant rendant les autres griefs inopérants — elle ne dissipe pas toutes les interrogations théoriques de l'espèce. En se fondant exclusivement sur l'atteinte au droit d'information, la Cour privilégie une motivation sécurisée, mais laisse ouverte la question essentielle de l'imputabilité des irrégularités décisionnelles lorsqu'un même individu cumule les qualités d'associé et de gérant. L'arrêt apparaît ainsi solide sur le plan contentieux, mais incomplet sur le plan conceptuel, en ce qu'il élude la délicate articulation entre pouvoir exécutif et pouvoir délibératif.

A. L'évitement de la question de l'imputabilité fonctionnelle

La Cour de cassation dans l'arrêt en cause s'abstient de trancher explicitement la question, pourtant centrale en l'espèce, de l'imputabilité des irrégularités liées à l'augmentation de capital et à la tenue des assemblées. Cela soulevait une difficulté théorique délicate tenant à la distinction organique fondamentale du droit des sociétés. Dans la SARL, le pouvoir est réparti entre deux organes : d'une part, le gérant, investi d'un pouvoir exécutif de gestion¹² ; d'autre part, l'assemblée des associés, titulaire du pouvoir délibératif¹³. L'augmentation de capital relève par nature de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire¹⁴. Elle constitue un acte collectif, imputable au corps social, et non un acte de gestion individuelle.

La demanderesse au pourvoi soutenait précisément que la décision d'augmentation de capital avait été prise en sa qualité d'associée, tandis que la convocation relevait de sa qualité de gérante. Elle arguait que l'éventuelle irrégularité de l'assemblée constituait un vice affectant la décision collective, susceptible d'en entraîner la nullité, mais non une faute de gestion justifiant sa révocation. Cette argumentation posait une question structurante : une irrégularité décisionnelle peut-elle être qualifiée de faute de gestion lorsqu'elle

est imputable à un gérant qui cumule les qualités d'organe exécutif et de membre de l'organe délibérant ? En validant la décision d'appel exclusivement sur le fondement du défaut de communication des documents sociaux, la Cour de cassation adopte une technique classique d'économie de motivation dès lors qu'un motif légalement suffisant justifie la révocation, les autres griefs deviennent inopérants. Juridiquement, la méthode est irréprochable. Elle s'inscrit dans l'office traditionnel de la Cour, qui n'a pas à statuer sur des moyens surabondants¹⁵. Cependant, ce silence laisse en suspens la question de l'imputabilité fonctionnelle, pourtant essentielle à la cohérence du droit des sociétés. En théorie des organes¹⁶, la responsabilité s'attache à la fonction exercée. Un même individu peut cumuler les qualités d'associé et de gérant, mais les actes accomplis ne relèvent pas du même régime juridique. Confondre ces sphères reviendrait à brouiller la distinction entre pouvoir de gestion et pouvoir délibératif.

Admettre qu'une irrégularité affectant une décision d'assemblée puisse, en elle-même, être qualifiée de faute de gestion justifiant la révocation judiciaire du gérant reviendrait à opérer un glissement significatif dans l'imputabilité des actes sociaux. Une telle extension ferait peser sur le dirigeant la responsabilité de toute nullité affectant une décision collective, au risque de fragiliser la stabilité des mandats sociaux et de le transformer en garant quasi absolu de la régularité des délibérations sociales. Or, une approche comparative invite à la prudence. La jurisprudence française a rappelé que le défaut de convocation régulière d'un associé n'entraîne la nullité des délibérations que si cette irrégularité l'a effectivement privé de son droit de participer et si elle était de nature à influencer sur le résultat du processus décisionnel¹⁷. La nullité suppose ainsi un contrôle concret de l'incidence du vice sur la décision adoptée ; l'irrégularité formelle ne suffit pas à elle seule.

En se gardant d'entrer dans l'analyse de l'imputabilité des irrégularités d'assemblée et en fondant sa décision exclusivement sur l'entrave au droit d'information, la Cour adopte une solution minimaliste et juridiquement sécurisée. Elle concentre le débat sur un manquement personnel directement imputable au gérant,

12. Art. 62 de la loi n° 5-96.

13. Art. 71 de la loi n° 5-96.

14. Art. 77 et s. de la loi n° 5-96.

15. À ce propos, voir : Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Julie BUK LAMENT, Xavier BACHELLIER, *La technique de cassation*, DALLOZ, 2023.

16. Valérie SIMONART, *La théorie de l'organe*, in Mélanges M. Coipel, Kluwer, 2004, p. 713.

17. Cass, com., 29 mai 2024, n° 21-21.559 (n° 306 F-B), note C. BOISMAIN, *Recueil Dalloz* 2024 p. 1505.

évitant ainsi de brouiller la distinction organique entre pouvoir de gestion et pouvoir délibératif. Cette retenue n'éteint toutefois pas la difficulté théorique. Elle laisse ouverte la question de l'articulation entre responsabilité de gestion et irrégularités décisionnelles, laquelle demeure susceptible d'alimenter de futurs développements jurisprudentiels, notamment si le cumul des qualités d'associé et de gérant devait conduire à un réexamen des frontières fonctionnelles au sein de la société.

B. Vers une mutation du motif légitime : instrument de régulation institutionnelle

La solution retenue par la Cour de cassation marocaine s'inscrit dans le prolongement de la position adoptée par la jurisprudence française et témoigne d'une évolution vers une conception institutionnelle de la révocation judiciaire, conçue non plus seulement comme une sanction d'un comportement fautif, mais comme un instrument de régulation du fonctionnement sociétaire¹⁸.

Une telle conception renforce indéniablement la protection des associés, en particulier dans les sociétés fer-

mées ou égalitaires où l'information constitue souvent le seul contre-pouvoir effectif. Dans une configuration capitalistique à 50/50, l'opacité peut engendrer un blocage structurel. La décision commentée envoie à cet égard un signal clair sur la rétention d'information qui n'est pas une simple irrégularité procédurale ; elle compromet l'équilibre même de la gouvernance. Cependant, cette mutation n'est pas dépourvue de risques. A ce stade, le juge se voit reconnaître un pouvoir d'appréciation substantiel quant au fonctionnement interne de la société. Le seuil de gravité exigé pour prononcer la révocation apparaît ainsi moins rigoureusement délimité, laissant place à une évaluation *in concreto* des circonstances de l'espèce.

Ainsi, la notion certes gagne en souplesse, mais perd corrélativement en prévisibilité. Cette évolution pourrait favoriser une judiciarisation accrue des conflits sociétaires, dans la mesure où la révocation judiciaire devenant un levier stratégique dans les rapports de force internes. Elle soulève une interrogation quant à la stabilité des mandats sociaux : le gérant, désormais exposé à un contrôle plus institutionnel que disciplinaire, se voit investi d'une responsabilité élargie quant au respect des équilibres internes.

18. Cass. 3e civ, 12 mars 2014, n° 13-14.374, Bull. civ. III, n° 39, JCP E 2014, 1190, note B. DONDERO, *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 330, note J.-F. BARBIERI, *Dr. sociétés* 2014, comm. 99, note H. HOVASSE, relatif à la révocation d'un gérant de société civile mais transposable par identité de textes ; Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-10.778, *BRDA* 2014, n° 6, inf. 5, censurant une cour d'appel pour avoir jugé que la mésintelligence entre les associés ne constituait pas, à elle seule, un juste motif, la société n'ayant pas démontré l'existence d'une faute de gestion ; Cass. com., 8 févr. 2005, n° 01-14.292, *RJDA* 2005, n° 582.

ARTICLE

Quelques précisions sur l'autonomie de la garantie à première demande en procédure collective

Cass. M. Com., 23 juillet 2025, n° 515/1, dossier n° 1928/1/3/2024¹



Thomas BLANGIS

Docteur en droit · Professeur à l'Université Euromed

Résumé — La garantie bancaire à première demande constitue un engagement principal et direct envers le bénéficiaire, par lequel la banque s'oblige à payer, sans pouvoir opposer aucune objection ni exception relative à la dette principale. Un tel engagement, indépendant de la relation principale, ne relève pas des dispositions applicables aux cautionnements en matière de procédures collectives, notamment celles prévues aux articles 686 et 695 du Code de commerce.

Mots-clés : Garantie autonome · Garantie à première demande · Cautionnement · Procédure collective · Redressement judiciaire · Droit des sûretés · Droit comparé franco-marocain

1. - Les avantages recherchés dans la pratique de la garantie autonome. La garantie autonome trouve son origine dans le besoin pour certains créanciers d'échapper aux moyens de défense que le caractère accessoire du cautionnement confère au garant. Confronté à ces risques, le créancier cherche à prévenir toute contestation de la part du garant, qu'il s'agisse de la validité de la dette principale, de son montant ou de son exécution. En d'autres termes, la garantie autonome est conçue comme un engagement totalement indépendant du rapport juridique qui fonde la créance garantie, permettant au bénéficiaire d'en réclamer le paiement sans pouvoir lui opposer une quelconque contestation. L'arrêt ici rapporté illustre en particulier la nécessité de distinguer la garantie autonome du cautionnement.

2. - Contentieux. L'espèce mettait aux prises un établissement de crédit avec une société spécialisée dans le secteur des matériaux de construction dont le débiteur était soumis à une procédure de redressement ju-

diciaire. Ce débiteur avait obtenu de cet établissement de crédit qu'il s'engage envers son contractant à lui payer la somme de 1.00.000 dirhams au titre d'une garantie à première demande en date du 10 juillet 2020. Par une lettre datée du 2 octobre 2020, le bénéficiaire procède à l'appel en paiement, mais celui-ci n'a pas exécuté son engagement. Après avoir vainement tenté une résolution amiable du différend, le bénéficiaire sollicite la condamnation du garant au paiement de la somme garantie, augmentée des intérêts légaux à compter du 8 octobre 2020. La cour d'appel, sur renvoi, a fait droit à cette demande. Le garant forme alors un pourvoi. Il reproche à la cour d'appel d'avoir dénaturé les termes du contrat de garantie et d'en déduire que l'engagement de la banque n'est pas soumis aux dispositions de l'articles 686 et 695 du Code de commerce. Cette objection ne convainc pas la Cour de cassation et le pourvoi qui l'exprimait est rejeté.

3. - Les spécificités de la garantie autonome. Au titre de l'article 2321 du Code civil, introduit par l'ordon-

1. Nos remerciements les plus sincères vont à Hamza Cherfaoui pour le travail de traduction réalisé.

nance n° 2006-246 du 23 mars 2006 et non modifié par la réforme de 2021, la garantie autonome est définie comme « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues (...) le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie* ». En l'absence de consécration légale de la garantie autonome en droit marocain, le silence du législateur a été progressivement comblé par la pratique bancaire, puis consacré par l'œuvre prétorienne. La jurisprudence s'est ainsi attachée à dégager les caractères propres de cet instrument. C'est en ce sens que, par un arrêt rendu le 13 octobre 2016, la Cour de cassation marocaine a affirmé que la garantie autonome constitue un « *contrat qui se distingue du cautionnement par ses particularités, puisqu'il s'agit d'un engagement original indépendant de l'engagement à garantir, contrairement au contrat de cautionnement qui reste un engagement accessoire* »². Depuis cette décision ayant consacré l'originalité de l'opération, il semble que le contentieux se déplace et concerne désormais la distinction, pas toujours aisée, entre le cautionnement et la garantie autonome et le régime juridique applicable, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur principal.

I. L'autonomie de la garantie comme critère essentiel de distinction

4. - **La qualification de la garantie autonome.** La haute juridiction marocaine confirme en premier lieu la nature du contrat de garantie, considérant qu'il s'agit d'une garantie autonome et non d'un cautionnement. Cette qualification, loin d'aller de soi, s'inscrit dans un contentieux nourri par les incertitudes tenant à la rédaction des instruments de garantie. Cette difficulté tient largement à la rédaction parfois imprécise, voire équivoque, de certaines garanties³. Face à

ces incertitudes, les juges s'attachent à scruter la volonté des parties telle qu'elle ressort des stipulations contractuelles, afin de vérifier que celles-ci ont effectivement entendu instituer une garantie autonome. Toutefois, cette démarche ne saurait se limiter à une analyse purement formelle des stipulations contractuelles. Les juges vérifient également que, au-delà de la lettre du contrat, l'engagement du garant ne se confond pas, dans sa substance, avec celui du débiteur⁴.

5. - **L'appréciation de l'objet du contrat.** À titre de comparaison, la Cour de cassation française n'hésite pas à requalifier l'acte en cautionnement dès lors qu'il apparaît que le garant assume, en réalité, la même dette que le débiteur, et ce nonobstant l'emploi de formules telles que « *garantie autonome* »⁵, la stipulation d'une exécution à première demande ou encore la souscription de l'engagement de manière « *irrévocable et inconditionnelle* »⁶. L'autonomie de la garantie suppose, en effet, que l'objet de l'obligation du garant soit juridiquement distinct de celui du contrat principal. Cette exigence implique que l'engagement porte sur le paiement d'une somme d'argent déterminée définitivement fixée dès l'origine. À défaut, l'instrument perd son caractère autonome⁷.

En l'espèce, l'arrêt ne mentionne aucune référence au contrat principal et se borne à constater l'engagement de verser 1.000.000 dirhams. Le montant effectivement condamné, soit 804.327,36 dirhams, pourrait traduire une déduction tenant à l'exécution partielle de la dette principale, sans que cette hypothèse ne puisse être affirmée avec certitude. Une telle modulation du montant garanti rappelle toutefois le mécanisme des garanties dites « *glissantes* »⁸, dont l'objet peut évoluer au fil de l'exécution de l'obligation principale sans perdre pour autant son caractère autonome. Si cette pratique contribue indéniablement à une certaine porosité des frontières entre le cautionnement et la garantie autonome, elle demeure compatible avec l'autonomie de l'engagement dès lors que le garant s'est irrévocablement privé de la faculté d'invoquer les moyens de dé-

2. Cass. M. Com., 13 oct. 2016, n° 402, dossier n° 750/3/1/2015 (traduit par nos soins).

3. Cass. Fr. Com., 2 oct. 2012, n° 11-23.401, Inédit (en l'espèce, l'acte prévoyait la fourniture d'une « *caution à première demande* ».)

4. Dahir version consolidé n° 1-19-76 du 17 avril 2019, B. O. n° 6840 du 19 décembre 2019, art. 462 prévoit ainsi que le juge ne doit pas « *s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases* ».

5. Cass. Fr. Com., 13 déc. 1994, n° 92-12.626, Bull. civ. IV, n° 375.

6. Cass. Fr. 1ère Civ., 6 juill. 2004, n° 01-15.041, Bull. civ. I, n° 199.

7. Cass. Fr. Com., 9 mars 2022, n° 19-24.990, Inédit (requalification de l'acte dénommé « *garantie à première demande* » qui prévoyait que le garant était tenu des sommes dues par le débiteur, ce dont il résultait que les engagements avaient pour objet de garantir, non une somme déterminée, mais celles dues par le débiteur).

8. P. DUPICHOT, « *Regards sur la garantie glissante* », in *Mélanges AEDBF* 2013, n° 6, p. 231 et s.

9. Pour une décision en ce sens : Cass. Fr. Com., 2 oct. 2011, n° 11-23.401, *JCP G* 2012, chron. 1291, n° 12, obs. P. SIMLER ; *RD banc. fin.* 2012, comm. 185 obs. D. LEGEAIS ; *LEDB* 2012, p. 3, note M. MIGNOT.

fense tirés du contrat principal⁹. Il en résulte que toute référence au rapport fondamental ne saurait suffire à remettre en cause l'autonomie de la garantie.

6. - La référence au contrat principal. Bien que la garantie autonome soit indépendante, la référence au contrat principal ne saurait toutefois, en elle-même, suffire à priver la garantie de son autonomie. Ainsi, a été qualifié de garantie autonome un acte par lequel les garants s'étaient engagés à procéder au paiement dès réception d'une demande du bénéficiaire, formulée par lettre recommandée avec accusé de réception notifiant la défaillance du débiteur. La référence à l'inexécution de ce dernier, destinée à enclencher l'appel en garantie, n'a pas été jugée de nature à remettre en cause l'autonomie de l'engagement. Dès lors que cette référence au contrat principal est strictement cantonnée à la détermination des modalités de l'appel en garantie, et qu'elle s'accompagne d'une exclusion de toute exception ou objection tirée du rapport fondamental, l'indépendance de l'engagement demeure préservée¹⁰. Il semble d'ailleurs que cette exclusion des exceptions constitue l'un des fondements de la solution retenue par la Cour de cassation marocaine. Écartant les prétentions du garant, la juridiction retient que les juges du fond n'ont ni interprété ni dénaturé les termes du contrat. Elle confirme ainsi la qualification de lettre de garantie, caractérisée par un engagement « *principal, direct, irrévocable et sans objection, indépendant de la relation principale liant ses parties et à l'abri des exceptions qui en découlent* ».

À travers cette décision, le droit marocain rejoint le droit français. En effet, l'un des principaux intérêts du recours à la garantie autonome, par opposition au cautionnement, réside précisément dans l'inopposabilité des exceptions. On mesure ainsi l'avantage déterminant que confère la garantie autonome par rapport au cautionnement, en ce qu'elle assure au bénéficiaire un droit au paiement immédiat, affranchi des aléas et contestations liés à la dette garantie. Le droit marocain s'en distingue toutefois en partie lorsqu'il s'agit d'en tirer les conséquences en présence d'une procédure collective affectant le débiteur.

II. L'autonomie de la garantie face à la procédure collective du débiteur

7. - L'exclusion des moyens de défense tirés des procédures collectives. La haute juridiction marocaine rejette en second lieu l'application des articles 686 et 695 du Code de commerce au motif qu'ils s'appliquent uniquement à la caution, « *dont l'engagement est accessoire à celui du débiteur principal faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et non au garant qui, en vertu d'un contrat de lettre de garantie, est un engagement direct et autonome* ». Lorsqu'un créancier a, en amont de l'ouverture d'une procédure collective, pris la précaution de solliciter l'engagement d'un tiers, qu'il s'agisse d'un cautionnement ou d'une garantie autonome, se pose la question de la répartition des risques attachés à la défaillance du débiteur. Faut-il faire peser le risque d'insolvabilité du débiteur sur le créancier, malgré les précautions prises, ou sur le garant, tenu d'exécuter un engagement précisément destiné à neutraliser les effets de cette défaillance ?

8. - Le caractère accessoire au secours de la caution. S'agissant du cautionnement, deux orientations totalement opposées peuvent être empruntées. La première consiste à privilégier le caractère accessoire de l'engagement, en ce qu'il interdit que la caution soit tenue au-delà de ce que doit le débiteur principal et commande, par conséquent, l'extension à son profit des mesures accordées à ce dernier. La seconde tend, au contraire, à faire prévaloir la raison d'être du cautionnement, c'est-à-dire la sécurité du créancier. Dès lors que la défaillance du débiteur est caractérisée, le cautionnement doit produire ses effets, le risque d'insolvabilité constituant précisément celui contre lequel le créancier a entendu se prémunir.

Sur ce point, le droit marocain s'inscrit résolument dans la première logique. La cour rappelle ainsi que l'article 695 du Code de commerce dispose que « *les cautions, solidaires ou non, peuvent se prévaloir : des dispositions du plan de continuation, de l'arrêt du cours des intérêts prévu à l'article 692 ci-dessus. La déchéance du terme ne leur est pas opposable* »¹¹. En droit français, la logique issue de la réforme opérée par l'ordonnance

¹⁰. M. BOURASSIN, « Des critères de distinction clairs mais des différences de régime injustifiées entre la garantie autonome et le cautionnement », note sous Cass. Fr. Com., 30 janv. 2019, n° 17-21.279, *Gaz. Pal.*, n° 21, 2019, p. 64 : « *En effet, la garantie autonome évince l'opposabilité des exceptions, emblématique de l'accessorité renforcée du cautionnement, mais présente un caractère accessoire général qui repose sur l'adjonction nécessaire de la garantie à une obligation principale et autorise des références au contrat principal aux stades de sa constitution comme de sa réalisation* ».

¹¹. Loi n° 71-17 relative aux difficultés de l'entreprise, Dahir n° 1-19-26 du 19 avril 2018, B.O. n° 6732 du 6 décembre 2018, art. 695.

du 15 septembre 2021 est, en principe, inverse. L'article 2298, alinéa 2, du Code civil dispose en effet que « la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition légale contraire ». Ce texte consacre ainsi une approche résolument favorable au créancier, en affirmant l'inopposabilité, par principe, des effets des procédures collectives par la caution. Toutefois, le législateur français a entendu tempérer cette rigueur en reconnaissant un ensemble de mesures de protection au bénéfice exclusif des cautions personnes physiques¹². Il s'agit notamment de la possibilité de se prévaloir de la suspension des poursuites individuelles pendant la période d'observation¹³, de l'arrêt du cours des intérêts¹⁴ ainsi que des remises et délais résultant de l'exécution du plan¹⁵.

9. - Le caractère autonome au détriment de la garantie à première demande. S'agissant des garanties autonomes, la question se pose en des termes sensiblement différents de ceux du cautionnement. Elle invite en effet à s'interroger sur l'opportunité de les soumettre aux mêmes règles, ou de leur reconnaître, au contraire, une véritable autonomie. En l'espèce, le juge marocain tranche nettement en faveur de la seconde option, en écartant l'application du régime de faveur réservé aux cautions. En adoptant cette position, la haute juridiction opère une harmonisation entre les logiques propres au droit des sûretés et celles du droit des procédures collectives. La cohérence ainsi recherchée contribue à renforcer la lisibilité du régime des sûretés personnelles, ce que les praticiens ne manqueront pas d'apprécier.

Le droit français emprunte, sur ce point, une voie plus nuancée. La loi écarte en principe l'application des mesures de faveur accordées à l'entreprise en procédure au bénéfice de la garantie autonome. Il admet toutefois que ces mêmes mesures peuvent être invoquées lorsqu'il s'agit d'une personne physique. Ce régime protecteur, étendu à toute personne physique « ayant

consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » permet, il faut bien le reconnaître, d'éviter le contournement des règles protectrices spécialement instituées au profit des cautions. Sont ainsi concernées, outre le cautionnement, les garanties autonomes, les lettres d'intention, mais également les sûretés réelles pour autrui, classiques ou fondées sur une propriété-sûreté. L'objectif poursuivi par ce régime réside dans l'incitation des dirigeants garants à ne pas retarder l'ouverture d'une procédure collective dans l'espoir d'échapper aux poursuites engagées contre eux, en qualité de garant. Cependant, il faut admettre que cette extension fragilise l'efficacité des sûretés consenties par des personnes physiques et s'éloigne de l'autonomie qui caractérise certaines d'entre elles, notamment la garantie autonome. En outre, l'extension au redressement judiciaire du bénéfice des dispositions du plan, ainsi que de l'arrêt du cours des intérêts, tempère de toute évidence l'incitation des dirigeants à anticiper les difficultés de l'entreprise, laquelle résultait jusqu'alors du traitement de faveur réservé à la procédure de sauvegarde¹⁶.

Conclusion

Il ressort, en définitive, de l'arrêt commenté que le droit marocain présente le mérite de la simplicité et de la cohérence dans l'articulation de deux branches du droit étroitement liées : le droit des sûretés et le droit des procédures collectives. On observera toutefois que, par la loi n° 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V de la loi n° 15-95 formant Code de commerce, le législateur marocain, en introduisant la procédure de sauvegarde, a pris soin de limiter le bénéfice des mesures protectrices aux seules cautions personnes physiques¹⁷. Ce choix normatif s'inscrit sans doute dans une logique incitative visant à encourager le dirigeant personne physique à recourir à la procédure de sauvegarde. Une telle logique perd toutefois une partie de son intérêt lorsque ces mêmes mesures de faveur sont étendues à la procédure de redressement.

12. Y. BLANDIN, « Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2021, n° 428, p. 16, qui explique que « la réforme proclame un régime unitaire pour les garants personnes physiques au sein des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Cela ravira les cautions et désespérera les créanciers ».

13. C. com. français, art. L. 622-28, alinéa 2, pour la procédure de sauvegarde ; art. L. 631-14, par renvoi, pour la procédure de redressement.

14. C. com. français, art. L. 622-28, alinéa 1er, pour la procédure de sauvegarde ; art. L. 631-14, par renvoi, pour la procédure de redressement.

15. C. com. français, art. L. 626-11, alinéa 2, pour la procédure de sauvegarde ; art. L. 631-19, par renvoi, pour la procédure de redressement.

16. L. ANDREU, « Le cautionnement et le droit des entreprises en difficulté après les ordonnances de réforme du 15 septembre 2021 », *RD bancaire et fin.* 2022, n° 1, dossier 10, spéc. §6 indiquant que « le législateur change de paradigme et réduit sensiblement les attraits de la procédure de sauvegarde ».

17. Loi n° 71-17 relative aux difficultés de l'entreprise, *Dahir* n° 1-19-26 du 19 avril 2018, *B.O.* n° 6732 du 6 décembre 2018, art. 572.

ARTICLE

L'estoppel face à l'emprise de la faillite

Cass. M. Com., 29 nov. 2023, n° 2021/1/3/1341, Société SOTRAVO c/ Société Prefabricati Industriali STAI



Hamza CHERFAOUI

Doctorant contractuel · Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne · Rédacteur en chef de la RFMDA

Résumé — La Cour de cassation marocaine juge que les règles impératives de la faillite, et notamment le principe de l'interdiction des poursuites individuelles, ne peuvent être invoquées pour la première fois devant le juge de l'annulation lorsque la partie qui s'en prévaut les a volontairement dissimulées au tribunal arbitral au cours de l'instance. La bonne foi procédurale constitue ainsi une condition d'application de ces règles impératives, dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale.

Mots-clés : Faillite · Arbitrage · Procédure collective · Estoppel · Suspension des poursuites individuelles · Ordre public · Annulation de sentence · Convention de New York · Droit marocain · Droit comparé

1. - Les faits. L'interaction du droit de la faillite avec le droit de l'arbitrage génère plusieurs points de friction, que ce soit au niveau de la convention d'arbitrage, de l'instance arbitrale ou encore de la sentence arbitrale. Dans un monde où l'arbitrage tend presque toujours à s'internationaliser, la manière dont les États appréhendent cette interaction varie fortement d'un pays à l'autre, on peut ainsi aboutir à des solutions parfois singulières, voire originales, comme l'illustre précisément l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation marocaine le 29 octobre 2023.

L'arrêt de la Cour de cassation est indéniablement intéressant. Il constitue l'un des rares arrêts dans lesquels la Cour de cassation énonce des règles destinées à réguler les frictions entre la faillite et l'arbitrage.

Dans cette affaire, un protocole d'accord de cession de parts sociales a été signé le 26 juin 2012 entre, d'une part, la société italienne Prefabricati Industriali Stai (devenue ultérieurement la société Prefabricati Indus-

trali Stai à la suite d'un changement de dénomination sociale) et la société Consenergy Afrique (les cédants) et, d'autre part, la société Sotravo ainsi que trois autres personnes physiques (les cessionnaires).

L'objet de ce contrat portait sur la cession de parts sociales dans le capital de la société Stai Préfa. Ce contrat stipulait deux clauses contractuelles importantes. En premier lieu, l'article 5 du contrat prévoyait une garantie de bilan d'une durée de quatre ans, par laquelle les cédants s'engageaient à garantir tout passif ou déficit découvert après la cession des titres sociaux et non déclaré dans les documents comptables. En second lieu, l'article 11 de l'accord de cession prévoyait une clause compromissoire imposant le recours à l'arbitrage pour tout litige pouvant découler de l'exécution du contrat.

Après l'expiration du délai de quatre ans de la garantie de bilan, la société italienne (la cédante) a saisi le tribunal arbitral afin de réclamer à l'ensemble des cessionnaires la restitution ou le remboursement d'un mon-

1. Il convient de noter qu'il peut paraître curieux que ce soit le cédant qui demande l'activation de la garantie de bilan et non le cessionnaire, alors qu'en principe ces garanties sont stipulées au profit de l'acquéreur, comme le prévoit justement l'article 5 de l'accord de cession des parts sociales.

Bien que l'arrêt de la Cour de cassation ne le précise pas, cette situation peut s'expliquer par le fait que la demande du cédant porte justement sur : « la restitution » ou « le remboursement. » Le terme « restitution » est très expressif, car le contrat de cession et la garantie de bilan peuvent prévoir un mécanisme de retenue sur le prix d'achat. Autrement dit, grâce à ce mécanisme, les cessionnaires peuvent retenir le montant de la garantie sur le prix d'achat afin de se couvrir contre une éventuelle défaillance du cédant en cas de découverte de dettes ou de déficits non déclarés.

À l'expiration du délai de quatre ans de la garantie de bilan, et s'il n'y a aucune réclamation concernant la découverte d'un passif ou d'un

tant de 1 200 000 dirhams, au titre de la garantie prévue à l'article 5 du contrat de cession¹.

2. - La procédure arbitrale. Au cours de l'instance arbitrale, la société Sotravo (cessionnaire) a bénéficié, le 1er octobre 2018, d'une sauvegarde judiciaire ouverte par le tribunal de commerce de Casablanca. À la suite de l'ouverture de cette procédure collective, la société italienne Préfabricati Industriali Stai a déclaré, le 20 décembre 2018, sa créance auprès du juge-commissaire.

De manière curieuse, ni la société Sotravo (débiteur en difficulté), ni la société Préfabricati Industriali Stai (créancier dans la procédure collective) n'ont jugé opportun d'informer le tribunal arbitral de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'encontre de l'une des parties à l'instance arbitrale.

Le tribunal arbitral, ignorant l'existence de la procédure collective, n'a ni suspendu l'instance ni attendu la mise en cause des organes de la procédure collective. Au contraire, il a fait droit aux demandes de restitution de la société italienne (cédante) et a condamné, de manière non solidaire, l'ensemble des cessionnaires au remboursement du montant de la garantie, y compris le débiteur en difficulté, en répartissant les sommes selon des quotités différentes.

3. - La décision de la Cour d'appel. Non satisfaite, la société Sotravo a formé un recours en annulation contre la sentence arbitrale. La cour d'appel a rejeté ce recours au motif que la société Sotravo ne pouvait invoquer, devant le juge de l'annulation, l'ouverture de la sauvegarde judiciaire sans l'avoir préalablement soulevée devant le tribunal arbitral. Cette décision a conduit Sotravo à former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel.

4. - Le pourvoi en cassation. La majorité des moyens du pourvoi en cassation portait sur le non-respect, par le tribunal arbitral, des règles impératives du droit de la faillite, même si celui-ci ignorait l'ouverture de la sauvegarde judiciaire. En effet, la société Sotravo reproche à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir violé le principe de l'interdiction des poursuites individuelles en refusant d'appliquer l'article 686 du Code de commerce marocain et, par voie de conséquence, d'avoir refusé d'annuler la sentence arbitrale.

Autrement dit, il découle de ce principe d'ordre pu-

blic, qui s'applique tant à l'arbitrage interne qu'international, que toute poursuite individuelle ayant pour objet de condamner le débiteur en difficulté au paiement d'une somme d'argent, au titre d'une créance antérieure au jugement d'ouverture, est interdite. En conséquence, l'instance en cours doit être suspendue, que l'action soit engagée devant un tribunal arbitral ou devant les juridictions étatiques. La société Sotravo soutient que le terme « action en justice » englobe aussi bien les instances pendantes devant les juridictions étatiques que les instances arbitrales en cours.

Ensuite, la société Sotravo ajoute que la partie adverse a procédé, au cours de l'instance arbitrale, à la déclaration de sa créance auprès du juge-commissaire, sans le signaler au tribunal arbitral et que même si elle n'a pas, à son tour, informé le tribunal arbitral de l'ouverture de la procédure collective, les règles impératives de la faillite empêchent que ce comportement soit qualifié de renonciation à se prévaloir du principe de l'interdiction des poursuites individuelles devant le juge de l'annulation, argument qui a été retenu par la cour d'appel.

De plus, la société Sotravo pense que l'article 566 du Code de commerce soumet le débiteur en difficulté, même en sauvegarde, au contrôle du syndic pour tous ses actes de disposition. En conséquence, l'instance arbitrale aurait nécessité la mise en cause du syndic afin qu'il puisse présenter ses observations, et que son absence constitue une violation d'une règle d'ordre public ainsi que du droit de la défense.

Enfin, la société Sotravo s'appuie sur une jurisprudence de la Cour de cassation française, qui considère que le principe de l'interdiction des poursuites individuelles est une règle d'ordre public interne et internationale, et qu'en conséquence, le tribunal arbitral ne pouvait que constater la créance et en fixer son montant.

5. - La question de droit. Ainsi, la question principale qui se pose à la Cour de cassation est de savoir si, en cas de dissimulation de l'ouverture de la procédure collective par les parties au tribunal arbitral, est-il encore possible d'invoquer, pour la première fois devant le juge de l'annulation, les règles impératives de la faillite, telles que l'interdiction des poursuites individuelles? Autrement dit, est-ce qu'on fait dépendre

déficit non déclaré, les cessionnaires doivent restituer le solde retenu sur le prix d'achat au cédant.

En effet, l'arrêt précise, dans sa version arabe : « درهم 1.200.000,00 في حدته ضمان مبلغ بإرجاع إليهم المفوت وباقى الطاعة طالت ». Le terme clé « إرجاع » signifie « remboursement » ou « restitution ». Ainsi, « elle a réclaté à la demanderesse (SOTRAVO) et aux autres cessionnaires le remboursement / la restitution d'un montant de garantie fixé à 1 200 000 dirhams ».

l'application des règles impératives de la faillite du fait qu'elles aient, ou non, été soulevées devant le tribunal arbitral ?

6. - La solution de la Cour de cassation. À cette question intéressante, la Cour de cassation marocaine apporte une réponse originale. Elle rejette le pourvoi en cassation tout en rappelant les éléments essentiels encadrant le contrôle d'une sentence arbitrale. La Cour de cassation affirme que le juge de l'annulation n'a pas un pouvoir général de révision. Son contrôle est strictement limité. Autrement dit, il ne peut annuler une sentence que si l'un des motifs expressément prévus par l'article 327-36 du Code de procédure civile est caractérisé. La Cour de cassation ajoute un point essentiel : « le juge de l'annulation ne peut contrôler que ce qui a été soumis au tribunal arbitral ».

En se fondant sur ce principe, la Cour de cassation constate que la société Sotravo, alors qu'elle était en difficulté, a dissimulé l'ouverture de la procédure collective au tribunal arbitral. Dès lors, elle ne peut pas, ensuite, reprocher aux arbitres de ne pas avoir appliqué les règles impératives des procédures collectives. En d'autres termes, on ne peut pas cacher une information déterminante aux arbitres, puis venir devant le juge de l'annulation en disant que la sentence viole le droit de la faillite.

La Cour en déduit que la cour d'appel a correctement motivé sa décision en considérant que cette dissimulation ne rendait pas la sentence contraire aux règles impératives de la faillite. En définitive, la société Sotravo ne pouvait pas invoquer, pour la première fois devant le juge de l'annulation, des faits qui n'avaient jamais été portés à la connaissance du tribunal arbitral.

7. - L'annonce du Plan. La décision rendue par la Cour de cassation est, à tout le moins, originale et peut même sembler curieuse tant par son fondement que par son raisonnement (I). Cela étant, elle n'est pas dénuée de cohérence, dès lors qu'on la replace dans le cadre de l'approche territoriale qui caractérise le droit marocain de l'arbitrage (II).

I. Une décision singulière

Avant de traiter ce qui caractérise l'originalité de la décision (B), il convient, au préalable, de voir comment la Cour de cassation a tranché le débat autour de la notion d'« action en justice » (A).

A. Le débat tranché sur la notion de l'action en justice

8. - La controverse doctrinale au Maroc. La Cour de cassation a répondu de manière implicite à la question de savoir si la notion d'« action en justice », prévue à l'article 686 du code du commerce marocain, englobe aussi bien les instances devant la justice étatique que les instances arbitrales en cours.

En effet, l'article 686 du Code de commerce marocain dispose que : « *le jugement d'ouverture suspend... toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement...* ». Cette question, déjà tranchée depuis longtemps par le droit français,² a pourtant suscité de nombreux débats et a été longuement controversée au Maroc. Un courant doctrinal minoritaire estime, de manière tranchée, que « *le jugement d'ouverture de la procédure collective n'a aucune incidence juridictionnelle sur la procédure d'arbitrage, laquelle se poursuit jusqu'à ce que les arbitres rendent leur sentence, le juge n'ayant aucun pouvoir pour la suspendre* »³.

À l'inverse, la doctrine majoritaire se montre favorable à l'idée que le principe de suspension des poursuites individuelles s'applique non seulement aux actions pendantes devant les juridictions étatiques, mais également aux instances arbitrales en cours⁴. Cette position a été suivie par les juridictions du fond du royaume, notamment par la Cour d'appel de commerce de Casablanca, qui a décidé :

« *Attendu qu'il est avéré que la procédure d'arbitrage était en cours au moment de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à l'encontre de l'intimée; (...) que la procédure d'arbitrage est considérée comme une action en justice dès lors qu'elle est soumise à une juridiction d'exception; que le juge-commissaire est, par conséquent, compétent pour constater la suspension de l'ins-*

2. Cass. Fr. com., 27 mai 2008, n° 06-20483; Cass. Fr. 1ère civ., 30 mars 2004, n° 01-11951; V. encore : J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, éd. PUF Thémis, 2016, p. 282; J. EL AHDAB et D. MAINGUY, *Droit de l'arbitrage : Théorie et pratique*, éd. LexisNexis, 2021, p. 296; C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, éd. Montchrestien, 2019, p. 167; A. KALAANI, « Les effets d'une procédure collective sur une instance arbitrale », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 123, 1er février 2017... etc.

3. A. NACERI, « L'arbitrage et sa relation avec la magistrature », *GTM* n° 109, juillet-août 2007, p. 227. V. également, M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 67.

4. M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 67.

tance en cours conformément à l'article 695 du Code de commerce.»⁵

9. - Le débat tranché par la Cour de cassation. Ainsi, la Cour de cassation a tranché de manière définitive le débat relatif à la notion d'« action en justice », bien qu'elle ne l'énonce pas clairement dans le dispositif de la décision. En effet, en raisonnant a contrario, si la Cour de cassation marocaine avait estimé que l'article 686 du Code de commerce ne s'appliquait pas aux instances arbitrales en cours, elle aurait tout simplement cassé l'arrêt de la Cour d'appel pour violation de l'article 686 du Code de commerce. Or, tel n'a pas été le cas. Autrement dit, la Cour de cassation aurait pu, très simplement, écarter toute discussion relative à l'application de l'article 686 du Code de commerce. Au lieu de cela, elle a conditionné l'application de l'article 686 du Code de commerce à ce qu'il ait été soulevé au préalable devant le tribunal arbitral.

Cela démontre que la Cour de cassation est favorable à une interprétation large de la notion d'« action en justice » qui inclut à la fois les instances judiciaires en cours et les instances arbitrales. Le contraire aurait eu pour effet de rendre le droit marocain hostile à l'arbitrage, en fermant, au niveau de l'instance arbitrale, toute possibilité d'articulation entre le droit de la faillite et le droit de l'arbitrage. Par voie de conséquence, l'intégration des instances arbitrales et des sentences arbitrales dans l'écosystème de la faillite marocaine aurait été rendue difficile, voire impossible.

On ne peut dès lors que se réjouir de la position de la Cour de cassation marocaine, qui admet que la notion d'« action en justice » inclut également les instances arbitrales en cours.

Cependant, la Cour a conditionné l'application de ce principe au fait que la suspension des instances arbitrales en cours ait été soulevée préalablement devant le tribunal arbitral, afin qu'elle puisse, ensuite, être invoquée devant le juge de l'annulation. C'est justement ce point qui confère à sa décision ce caractère original.

B. La bonne foi comme condition d'application des règles impératives de la faillite

10. - La divergence des concepts et des idéologies. Le droit de la faillite et le droit de l'arbitrage poursuivent des finalités différentes, à telle enseigne que les juridictions américaines les ont qualifiés de pôles extrêmement opposés⁶. En effet, le droit de la faillite est imprégné d'une logique collective, visant à centraliser le traitement de toutes les créances antérieures au jugement d'ouverture et de concentrer les paiements dans le cadre d'un plan de restructuration ou de liquidation. Autrement dit, aucun paiement ne peut être effectué en dehors de ce plan.

Cette opposition des idéologies et des concepts amène chaque pays à appréhender à sa manière l'interaction de la faillite avec l'arbitrage. Bien qu'il existe des divergences souveraines sur cette interaction, la position marocaine, manifestement favorable à l'arbitrage, présente une conception singulière et originale au niveau de l'instance arbitrale par rapport à la plupart des pays du globe.

11. - L'estoppel face à la faillite en France. En effet, l'étude des rapports nationaux du IBA Toolkit sur l'interaction de la faillite et de l'arbitrage dans plus de 25 pays montre que la plupart des pays considèrent presque systématiquement que la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles est une règle d'ordre public à laquelle on ne peut, en principe, déroger⁷. À titre d'illustration, la Cour de cassation française a jugé que la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles est une règle d'ordre public interne et international, et que la sentence qui viole ce principe, encourt les foudres de l'annulation⁸.

Ainsi, il ressort de la lecture du Code de commerce marocain,⁹ inspiré de la loi française¹⁰, que dès l'ouverture d'une procédure collective, le tribunal arbitral se trouve privé de la faculté de prononcer une condamnation à payer une somme d'argent contre le débiteur en difficulté. En lieu et place, l'arbitre doit suspendre l'ins-

5. CAC Casablanca, 19 juin 2009, doss. n° 5721/2008/11 in M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 67.

6. UNITED STATES, Dist. Ct. D. Mass., 1987, *Societe Nationale algérienne pour la recherche, la production, le transport, la transformation et la commercialisation des hydrocarbures v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606.

7. J. PERMESLY, F. OSSA et M. PENADES, « IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration », IBA Arbitration Committee, mars 2021, p. 42.

8. Exemple : Cass. Fr. 1ère, civ., 8 mars, 1988 n° 86-12.015, Cass. Fr. 1ère civ., 5 févr. 1991, n° 89-14382, Cass. Fr. 1ère, civ., 6 mai 2009, n° 08-10.281, D. 2009 p.1422 et CA Paris, pôle 1 – sect. 1, 27 févr. 2018, n° 16/01358, *Riseria Prodotti del Sole c/ Scamark*, Cah. arb., 2018, n° 1, p. 133, note P. PEDONE.

9. C. com. Marocain, art. 686 à 689.

10. C. com. Français, art. L. 622-22, L.631-14, al. 1 et L.641-3, al. 1)

tance arbitrale, le temps nécessaire pour que le créancier déclare sa créance et que les organes de la procédure collective soient mis en cause devant l'instance arbitrale. Plus encore, lors de la reprise de l'instance arbitrale, le tribunal arbitral doit se limiter à constater l'existence de la créance et à en fixer le montant, lequel sera ensuite intégré dans le cadre de la procédure de déclaration de créance¹¹.

12. - L'estoppel face à la faillite au Maroc. La position de la Cour de cassation marocaine est originale par rapport à la plupart des systèmes juridiques. Elle conditionne l'application du principe impératif de la suspension des poursuites individuelles à la bonne foi procédurale des parties. Autrement dit, le principe de la suspension des poursuites individuelles ne pourra être soulevé pour la première fois devant le juge de l'annulation que si la partie qui s'en prévaut l'a déjà soulevé au préalable devant le tribunal arbitral. L'originalité réside dans le fait que le droit marocain de la faillite permet des condamnations individuelles prononcées par un tribunal arbitral, alors même qu'un jugement d'ouverture a été rendu.

13. - Critique de l'approche marocaine. Cette décision peut, à première lecture, surprendre, voire susciter la critique. En effet, quand bien même l'on chercherait à sanctionner la mauvaise foi des parties ayant dissimulé une information aussi importante que l'ouverture d'une procédure collective, un tel raisonnement se heurte immédiatement au caractère public du jugement d'ouverture. Publiée au bulletin officiel et au registre du commerce, cette décision est opposable, dès son prononcé, à l'ensemble des tiers, qu'il s'agisse des créanciers du débiteur ou du tribunal arbitral lui-même¹². La même observation s'impose, du reste, à l'égard du créancier ayant régulièrement déclaré sa

créance mais qui n'a pas estimé nécessaire de porter l'existence de la procédure collective à la connaissance du tribunal arbitral.

On peut également critiquer cette décision en faisant valoir que privilégier les poursuites individuelles de certains créanciers au détriment des autres conduit non seulement à violer le principe de suspension des poursuites individuelles, mais également le principe fondamental d'égalité entre créanciers.

Une telle approche viderait de sa substance la logique collective qui est au cœur du droit de la faillite. Dans cette configuration, l'arbitrage pourrait devenir un instrument permettant d'obtenir des paiements individuels de la part du débiteur en difficulté, en cas de mauvaise foi procédurale de la part des parties.

En définitive, subordonner l'application d'une règle impérative à la volonté des parties revient, tout simplement, à lui retirer son caractère impératif...

Néanmoins, si cette décision peut sembler, de prime abord, critiquable, elle a du sens en raison de l'approche territoriale que prône le droit de l'arbitrage marocain.

II. Une décision qui a du sens

Bien que la décision de la Cour de cassation puisse paraître curieuse, dans un premier temps, elle a du sens et se justifie par l'approche territoriale du droit marocain de l'arbitrage (A). Cette approche fait écho à la doctrine française, même si le droit français s'inscrit, pour sa part, dans une logique diamétralement opposée, fondée sur une conception universaliste de l'arbitrage (B).

¹¹. En France, il convient en réalité de distinguer deux situations

- La première concerne les instances antérieures au jugement d'ouverture et lorsque le tribunal arbitral n'a pas encore rendu sa sentence. Dans ce cas précis, comme indiqué ci-dessous, l'instance arbitrale doit être suspendue jusqu'à la déclaration des créances et la mise en cause des organes de la procédure collective. Une fois l'instance reprise, le tribunal arbitral ne doit plus que constater la créance et en fixer le montant. La Cour de cassation française a jugé que l'exequatur d'une telle décision ne pose aucun problème, puisqu'il ne contrevient pas au principe de suspension des poursuites individuelles. L'instance arbitrale voit ainsi sa physionomie modifiée pour s'aligner sur la logique collective de la faillite. Cass. Fr. 1ère civ., 5 févr. 1991 ; V. encore A. KALAANI, « Les effets d'une procédure collective sur une instance arbitrale », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 123, 1er février 2017.

- La deuxième hypothèse concerne les instances arbitrales qui, bien qu'ayant débuté avant le jugement d'ouverture, se sont clôturées au moment de ce jugement et ont donné lieu au prononcé d'une sentence arbitrale. Selon la Cour de cassation française, il ne peut être reproché au tribunal arbitral d'avoir violé une règle impérative de la procédure collective au moment où la sentence a été rendue. En revanche, la haute juridiction précise que l'exequatur doit se limiter à constater l'existence de la créance et à reconnaître son montant, afin de permettre au créancier de procéder à sa déclaration dans le cadre de la procédure collective. Cass. Fr. com., 12 nov. 2020, n° 19-18849.

Enfin, on peut signaler une troisième hypothèse. Si l'instance arbitrale a été introduite postérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'au préalable la déclaration des créances n'ait été effectuée, dans ce cas précis, la sanction est catégorique et la Cour de cassation prive l'instance et la sentence arbitrale de toute efficacité. Cass. Fr. com., 8 févr. 2023, n° 21-15771.

¹². C. com. Marocain, art. 669 ; C. com. Français, art. R. 621-4, qui énonce que « le jugement prend effet à compter de sa date » ; V. encore : F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, 4ème éd. PUF, 2022, p. 276.

A. L'approche territoriale du droit de l'arbitrage marocain

14. - Le sort des sentences annulées dans le pays de siège de l'arbitrage. La décision de la Cour de cassation marocaine présente ainsi une singularité, en ce qu'elle admet la validité de sentences arbitrales qui ne respectent pas, une règle pourtant impérative du de la faillite.

Cette solution peut néanmoins s'expliquer à la lumière de l'approche territoriale qui manifestement structure le droit marocain de l'arbitrage. Ainsi, la problématique qui se pose, est celle de la manière dont chaque ordre juridique appréhende les effets de l'annulation d'une sentence arbitrale dans l'État du siège. En d'autres termes, une sentence annulée dans le pays du siège de l'arbitrage peut-elle obtenir l'exequatur ou être reconnue, dans un autre État ?

Sur ce point, les États signataires de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères divergent profondément quant à l'interprétation de son article V, § 1, e) et de son article VII. Deux grandes conceptions s'opposent¹³ :

15. - L'approche française ou l'approche universaliste. En premier lieu, certains États adoptent une approche dite délocalisée ou universaliste, selon laquelle

l'annulation de la sentence arbitrale dans l'État du siège ne constitue pas, en soi, un obstacle à sa reconnaissance ou à son exécution sur leur territoire. La France en est le chef de file. Cette conception a été consacrée par les arrêts Norsolor¹⁴, Hilmarton¹⁵, Chromalloy¹⁶ et Putrabali¹⁷. La jurisprudence française s'appuie sur l'article VII de la Convention de New York afin de faire prévaloir des règles nationales plus favorables à l'arbitrage. Le système français des règles matérielles internationales de l'arbitrage, reconnu comme l'un des plus favorables à l'arbitrage dans le monde, considère que la sentence arbitrale est une décision de justice internationale qui n'est soumise à aucune juridiction nationale. Autrement dit, il s'agit de la consécration de l'autonomie totale de la sentence arbitrale par rapport aux lois et aux juridictions étatiques, sous la seule condition du respect des critères de contrôle limitativement énumérés à l'article 1502 du Code de procédure civile. Cette conception trouve également un écho dans plusieurs pays, tels que les États-Unis¹⁸, les Pays-Bas¹⁹ ou encore la Belgique²⁰... etc. avec quelques subtilités selon les pays.

16. - L'approche territorialiste. En second lieu et à l'opposé, une conception territorialiste prévaut dans de nombreux États, selon laquelle l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays du siège constitue un motif déterminant pour refuser son exequatur. Tel

13. Les États signataires de la Convention de New York se fondant sur la lettre de l'article V, qui prévoit que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence « may be refused » « peut être refusée », conférant ainsi aux juridictions étatiques la faculté de refuser ou non l'exequatur lorsque la sentence a été annulée dans l'État du siège de l'arbitrage. V. encore : E. GAILLARD, « The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin », *ICSID Rev.*, vol. 14, 1999, p. 16 s. et S. KLIM, « The Emerging Framework for the Recognition & Enforcement of Annulled Arbitral Awards in U.S. Jurisprudence », *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 51, n° 2, 2025, p. 1 s.

14. Cass. Fr. 1ère, civ., 9 oct. 1984 n° 83-11.355.

15. Cass. Fr. 1ère, civ., 23 mars, 1994, n° 92-15.137.

16. CA Paris, 14 janv. 1997, n° 95/23025, Chromalloy.

17. Cass. Fr. 1ère, 29 juin 2007, n° 05-18.053 et 06-13.293. V. encore : TH. CLAY et M.-D. FONTMICHEL, *Code de l'arbitrage commenté*, éd., LexisNexis, 2021, p. 277 et 278.

18. Une première décision des juridictions américaines, qui a reconnu le principe d'universalité de l'arbitrage, est l'affaire Chromalloy. *Arbitration Between Chromalloy Aeroservices and Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996). Cette tendance a été confirmée par des décisions ultérieures, notamment *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, 832 F.3d 92 (2d Cir. 2016), et *Compañía de Inversiones Mercantiles S.A. v. Grupo Cementos de Chihuahua S.A.B. de C.V.*, 58 F.4th 1251 (10th Cir. 2023).

Cependant, la doctrine américaine estime que les décisions Pemex et Compañía ont rendu le principe d'universalité exceptionnel, et que la reconnaissance d'une sentence arbitrale annulée à l'étranger suppose une violation de l'ordre public. V. encore : S. KLIM, « The Emerging Framework for the Recognition & Enforcement of Annulled Arbitral Awards in U.S. Jurisprudence », *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 51, n° 2, 2025, p. 1 s.

19. CA d'Amsterdam (Gerechtshof Amsterdam), 28 avril 2009, n° 200.005.269/01, *Yukos Capital SARL c. OAO Rosneft*. « a Dutch court is not compelled to deny leave for recognition of an annulled arbitral award if the foreign decision annulling the arbitral award cannot be recognised in the Netherlands » in M. SCHERER, « Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the "Judgment Route" the Wrong Road? », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, n° 3, juillet 2013, p. 587-628.

20. E. GAILLARD, « The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin », *ICSID Rev.*, vol. 14, 1999, p. 16 s.

21. High Court (England and Wales), EWHC 2188 (Comm), *Yukos Capital S.a.r.l v. OJSC Oil Company Rosneft*; UK Supreme Court, 1 AC 763, *Dallah Real Estate and Tourism Co. v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*. V. encore : R. RANA, « The Enforceability of Awards Set Aside at the Seat: An Asian and European Perspective », *Fordham International Law Journal*, vol. 40, n° 3, 2017, p. 773 s.; S. KLIM, « The Emerging Framework for the Recognition & Enforcement of Annulled Arbitral Awards in U.S. Jurisprudence », *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 51, n° 2, 2025, p. 1 s.

22. Bundesgerichtshof [BGH], 22 fév. 2001, III ZB 71/99 et Bundesgerichtshof [BGH], 23 avril 2013, III ZB 59/12 in S. KLIM, « The Emerging Framework for the Recognition & Enforcement of Annulled Arbitral Awards in U.S. Jurisprudence », *Ohio N. U. L. Rev.*, vol. 51, n° 2, 2025, p.

est notamment le cas en Angleterre²¹ ou en Allemagne²² ... etc. où l'exécution d'une sentence annulée au siège est, en principe, refusée.

17. - L'approche marocaine manifestation territorialiste. Maintenant, qu'en est-il de la position marocaine ? Contrairement à la jurisprudence française, la position marocaine penche plutôt vers l'approche territoriale. C'est dans ce sens que la doctrine marocaine semble établie, en commentant un arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca²³.

Dans cette décision, la sentence arbitrale faisait l'objet, d'une part, d'une demande d'annulation devant les juridictions étatiques du siège de l'arbitrage et, d'autre part, d'une demande d'exequatur devant la juridiction de Casablanca. Confrontée à cette situation, la cour d'appel a accordé l'exequatur au motif que la sentence n'avait pas encore été annulée. Elle précise que l'introduction d'un recours en annulation, à elle seule, ne saurait justifier un refus d'exequatur, seule une annulation effective, et non une simple demande d'annulation, peut produire un tel effet²⁴.

18. - Une décision censée nécessitant des éclaircissements supplémentaires. C'est ainsi, dans cette perspective, que l'arrêt de la Cour de cassation marocaine prend tout son sens. En effet, bien que la sentence arbitrale viole le principe impératif de la suspension des instances en cours, la Cour de cassation marocaine n'a pas jugé nécessaire de faire respecter le droit de la faillite au niveau de l'instance arbitrale, mais probablement, au niveau de la sentence arbitrale.

Cette solution d'équilibre permet de réaliser deux objectifs. En premier lieu, elle n'empêche pas la sentence arbitrale de circuler au-delà des frontières marocaines, notamment pour obtenir l'exequatur dans les pays qui

adoptent une approche territoriale. En second lieu, le droit de la faillite marocain conserve sa logique collective et assure l'égalité des créanciers, non pas tant sur le fondement du principe de la suspension des instances, mais sur la base d'un autre principe tout aussi impératif, celui de l'interdiction des voies d'exécution et des saisies²⁵. En effet, c'est à ce moment précis que l'exécution forcée de la sentence arbitrale devra s'aligner et se conformer à la logique collective. L'exequatur devra alors jouer un simple rôle déclaratoire de l'existence et du montant de la créance. À défaut, le droit de la faillite risquerait de perdre toute substance ainsi que la logique collective qui le structure. C'est sur ce point précis que la Cour de cassation marocaine sera attendue pour apporter les éclaircissements nécessaires.

B. La convergence avec la perception doctrinale française

19. - Le rapport du projet de réforme du Code de l'arbitrage français. La position actuelle de la Cour de cassation marocaine se rapproche de manière sensible de celle préconisée par le rapport du projet de réforme du Code de l'arbitrage français. Cette convergence s'inscrit dans une volonté commune de lutter contre les manœuvres dilatoires des parties à l'arbitrage, qui dissimulent volontairement certaines irrégularités au cours de l'instance arbitrale pour ne les invoquer qu'ultérieurement, devant le juge de l'annulation ou de l'exequatur, dans le seul but de retarder l'issue du litige.

20. - Le droit positif de l'arbitrage en France face à l'estoppel. En effet, l'article 1466 du CPC français²⁶ impose aux parties, de soulever leurs moyens en temps

1 s.

23. « Contrairement à la jurisprudence française exposée ci-dessus, laquelle autorise l'exécution, en France, d'une sentence arbitrale annulée à l'étranger, et ce sur la base de l'article VII de la Convention de New York (...), la jurisprudence marocaine ne paraît pas encline à s'engager dans cette voie. En atteste un arrêt de la Cour d'appel de commerce de Casablanca (...) La juridiction précitée a ainsi considéré que « l'article V de la Convention de New York exige, pour rejeter la demande d'exequatur, que la sentence arbitrale ait été effectivement annulée et pas seulement qu'elle ait fait l'objet d'un recours en annulation » » CAC Casablanca. 26 août 2008, GTM n° 117, novembre-décembre 2008, p. 79. in M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 518 et 519.

24. Un auteur s'interroge toutefois sur l'attitude qu'aurait adoptée la cour d'appel de Casablanca dans l'hypothèse où la sentence aurait effectivement été annulée. Par un raisonnement a contrario, il estime que la juridiction marocaine aurait probablement refusé l'exequatur. Néanmoins, l'auteur plaide, pour une approche plus nuancée. Il propose ainsi de distinguer deux situations : lorsque les motifs ayant conduit à l'annulation de la sentence coïncident avec les motifs de refus de l'exequatur prévus par le droit marocain, l'exequatur doit être refusé ; en revanche, lorsque les motifs de l'annulation prononcée à l'étranger ne sont pas recevables au regard de la loi marocaine, l'exequatur devrait être accordé, abstraction faite de l'annulation intervenue dans l'État du siège de l'arbitrage. M.-D. TOUMLILT et A.-A. TOUMLILT, *Le droit de l'arbitrage au Maroc*, éd., Maghrébines, 2014, p. 519.

25. C. com. Marocain, art. 686, al. 4.

26. Pour sa part, le droit marocain prévoit une disposition similaire. La loi n° 95-17 relative au Code de l'arbitrage et de la médiation conventionnelle, Dahir n° 1.22.43 du 24 mai 2022, B.O n° 7099 du 13 juin 2022 (en langue arabe), prévoit à son article 18 : « Il est interdit de se prévaloir des motifs justifiant le refus d'accorder l'exequatur, du recours en annulation ou du recours en rétractation pour la première fois devant la juridiction compétente, si l'une des parties pouvait soulever ce motif devant le tribunal arbitral avant le prononcé de la sentence arbitrale. »

utile devant le tribunal arbitral. Le non-respect de cette règle conduit à une fin de non-recevoir devant le juge étatique saisi de l'exequatur ou de l'annulation. Autrement dit, les parties sont réputées avoir renoncé à se prévaloir ultérieurement de ces arguments, comme ce fut précisément le cas dans l'affaire soumise à la Cour de cassation marocaine.

Cependant, cette règle n'est pas absolue. Le droit français prévoit deux exceptions. La première concerne la compétence du tribunal arbitral, qui peut être soulevée à tout moment, y compris pour la première fois devant le juge de l'annulation ou de l'exequatur²⁷. La deuxième exception porte sur la violation de l'ordre public international, laquelle peut également être invoquée à tout moment devant le juge du contrôle de la sentence²⁸.

21. - La proposition du projet de réforme du Code de l'arbitrage français. Dans ce contexte, le rapport du projet de réforme du Code de l'arbitrage a formulé une proposition qui, bien que non retenue, révèle la volonté de la doctrine française de combattre, en toute hypothèse, les manœuvres dilatoires fondées sur la mauvaise foi procédurale. L'objectif est clair celui, d'accélérer le traitement du contentieux arbitral. Cette proposition veut limiter les exceptions à la règle de la renonciation à se prévaloir des moyens non soulevés devant le tribunal arbitral.

En effet, pour éviter certaines formes de déloyauté procédurale, la proposition visait à supprimer l'exception relative à la possibilité de soulever l'incompétence du tribunal arbitral à tout moment. L'idée est simple et proche de celle retenue par l'arrêt de la Cour de cassation marocaine, est que les parties qui se taisent volontairement au cours de l'instance arbitrale ou dissimulent une information capitale relative à la compétence du tribunal arbitral doivent être réputées avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation ou de l'exequatur.

Afin de préserver l'équilibre avec les règles impératives de la faillite, la proposition maintenait toutefois

l'exception relative à l'ordre public, laquelle peut être soulevée à tout moment, y compris pour la première fois devant le juge du contrôle de la sentence. Ainsi, la position de la Cour de cassation marocaine converge sensiblement avec celle défendue par la doctrine française²⁹.

22. - Convergence avec la perception marocaine. La principale différence entre le droit positif français et la solution retenue par la Cour de cassation marocaine tient à la qualification du principe de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles. En droit français, ce principe est considéré comme une règle d'ordre public interne et international, susceptible d'être invoquée à tout moment. En revanche, en droit marocain, au regard de l'arrêt commenté, ce principe ne semble pas être qualifié de règle d'ordre public international. En conséquence, comme l'a jugé la Cour de cassation, il ne peut être soulevé pour la première fois devant le juge du contrôle de la sentence, sans avoir été au préalable, débattu devant le tribunal arbitral.

En définitive, la Cour de cassation marocaine a tenté, à sa manière, de trouver un équilibre entre le droit des procédures collectives et l'arbitrage. En refusant d'annuler une sentence pourtant rendue en méconnaissance du principe de la suspension des poursuites individuelles, elle lui laisse la possibilité de produire des effets et de circuler dans les États qui, à l'instar du Maroc, retiennent une approche territoriale de l'arbitrage.

Néanmoins, la question principale à laquelle l'arrêt de la Cour de cassation ne répond pas demeure entière : qu'en est-il de la suite ? Le principe de l'interdiction des voies d'exécution et des saisies permettra-t-il effectivement de faire respecter la logique collective et l'égalité des créanciers, en cantonnant la sentence arbitrale à un rôle purement déclaratoire dans la procédure de déclaration de créance, et non à un mécanisme permettant l'obtention d'un paiement individuel privilégié au détriment des autres créanciers de la procédure collective ?

²⁷. Cass. Fr. 1^{ère}, civ., 2 déc. 2020, n° 19-15.396. (Schooner).

²⁸. F. ANCEL et T. CLAY (dir.), « Rapport et propositions de réforme du droit français de l'arbitrage », Groupe de travail sur la réforme du droit français de l'arbitrage, remis au ministre de la Justice, mars 2025, p. 65 et 66.

²⁹. F. ANCEL et T. CLAY (dir.), « Rapport et propositions de réforme du droit français de l'arbitrage », Groupe de travail sur la réforme du droit français de l'arbitrage, remis au ministre de la Justice, mars 2025, p. 66.

JURISPRUDENCE

Sommaire

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Cass. M. Ass. plén., 3 octobre 2022, n°2015/1/3/373 p. 133

CHAMBRE CIVILE

Cass. M. Civ., 13 février 2024, n°1203/1/1/2022 p. 133

CHAMBRE COMMERCIALE

Cass. M. Com., 08 novembre 2023, n° 2022/1/3/1486 p. 134

Cass. M. Com., 22 mars 2023, n° 2021/1/3/240 p. 134

Cass. M. Com., 1^{er} novembre 2023, n° 2022/1/3/1488 p. 135

Cass. M. Com., 23 juin 2015, n° 2016/1/3/198 p. 136

Cass. M. Com., 04 octobre 2023, n° 2023/1/3/495 p. 136

Cass. M. Com., 3 mai 2023, n° 2022/3/3/812 p. 137

Cass. M. Com., 20 décembre 2023, n° 2021/1/3/1382 p. 138

Cass. M. Com., 23 juillet 2025, n° 2024/1/3/1928 p. 139

Cass. M. Com., 15 novembre 2023, n° 2022/1/3/1256 p. 139

Cass. M. Com., 30 juin 2022, n° 2021/1/3/464 p. 140

Cass. M. Com., 25 janvier 2023, n° 2021/1/3/1510 p. 141

Cass. M. Com., 29 nov. 2023, n° 2021/1/3/1341 p. 141

CHAMBRE SOCIALE

Cass. M. Soc., 06 mai 2025, n° 2022/1501/3189 p. 142

Cass. M. Soc., 24 juin 2025, n° 2023/1/5/3987 p. 143

Retrouvez le texte des décisions sur le site internet de la revue (<https://revue.mda-euromed.com/>)

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Extension de la clause compromissoire à un tiers non signataire : principe et conditions

Cass. M. Com. Ass. plén., 3 octobre 2022, n° 2015/1/3/377

A la suite d'un appel d'offres international lancé pour la construction d'une cimenterie, un contrat de marché a été conclu entre la société Ynna Asment S.A., filiale de Ynna Holding S.A., et les sociétés FCB S.A. et CPC, avec intervention de BDS Maroc. Après la résiliation du contrat par Ynna Asment S.A., les cocontractantes ont engagé l'arbitrage prévu par la convention. Par sentence arbitrale internationale rendue le 21 septembre 2011 par la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris, la clause compromissoire a été étendue à Ynna Holding S.A., qui a été condamnée solidairement avec Ynna Asment S.A. au paiement de diverses sommes. Saisies d'une demande d'exequatur au Maroc, les juridictions du fond ont d'abord accordé l'exequatur contre Ynna Asment S.A. et l'ont refusé contre Ynna Holding S.A., avant que la cour d'appel de commerce n'infirmé partiellement cette décision et n'accorde également l'exequatur contre Ynna Holding S.A.

Devant la Cour de cassation, la société Ynna Holding S.A. contestait l'extension à son égard de la clause compromissoire, en soutenant qu'elle n'avait pas signé le contrat et qu'elle n'avait pas adhéré à la convention d'arbitrage. La

Cour de cassation rappelle que le principe de la force obligatoire du contrat constitue une règle d'ordre public interne et international, mais qu'il admet des exceptions, notamment en cas de simulation, d'apparence ou d'adhésion implicite au contrat. Dans ces hypothèses, un tiers peut être regardé comme partie au contrat, même en l'absence de signature, de sorte qu'une clause compromissoire peut lui être étendue.

La Cour précise toutefois que les actes, comportements et circonstances invoqués pour justifier cette extension doivent être établis avec clarté et sans équivoque, de manière à révéler manifestement l'adhésion du tiers au contrat. Or, en l'espèce, la cour d'appel s'est fondée sur divers éléments tenant au rôle prêté à Ynna Holding S.A. dans le financement, les réunions, la conduite du projet et la prise de certaines décisions, sans caractériser de façon suffisamment claire et convaincante que cette société devait être tenue pour partie au contrat. La Cour de cassation juge dès lors que l'arrêt attaqué n'a pas légalement justifié sa décision et casse l'arrêt ayant accordé l'exequatur contre Ynna Holding S.A., avec renvoi devant la cour d'appel de commerce autrement composée.

CHAMBRE CIVILE

L'appréciation de l'expertise médicale relève du pouvoir souverain des juges du fond

Cass. M. Civ., 13 février 2024, n° 1203/1/1/2022

Le 23 avril 2016, E.G. a saisi le tribunal de première instance de Fès en soutenant qu'une intervention chirurgicale de l'œil pratiquée par A.M.M. avait entraîné des complications, à savoir une inflammation et un décollement aigu de la rétine. Elle invoquait une erreur médicale, demandait une indemnité provisionnelle de 5 000 dirhams et sollicitait une expertise médicale pour déterminer l'étendue de son préjudice. Le défendeur a contesté toute faute médicale et a demandé subsidiairement la mise en cause de son assureur de responsabilité. La compagnie d'assurance a elle aussi conclu au rejet de la demande pour défaut de preuve d'une erreur médicale. Par jugement du 9 mai 2018, le tribunal a rejeté la demande. E.G. a interjeté appel, et, après expertise réalisée par le docteur

M.L.B., la cour d'appel a confirmé le jugement.

Devant la Cour de cassation, la requérante soutenait que l'arrêt d'appel était entaché d'un vice de motivation et d'une contradiction de motifs, au motif que la cour d'appel s'était fondée sur le rapport d'expertise, lequel retenait que les complications relevaient des risques prévisibles de la chirurgie de la cornée, sans préciser la nature de ces risques ni distinguer entre les risques prévisibles et les complications provenant d'une erreur médicale, alors que cela était exigé par la décision avant dire droit.

La Cour de cassation énonce que l'expertise constitue une mesure d'instruction destinée à réunir les éléments néces-

saies à la solution du litige, et que son appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond, hors le cas de dénaturation, laquelle n'était pas alléguée en l'espèce. Elle ajoute que la juridiction du fond, ayant estimé les éléments du dossier suffisants pour statuer, n'était pas tenue d'ordonner un complément d'instruction ni de suivre les parties dans l'ensemble de leurs moyens et arguments sans incidence sur l'is-

sue du litige. Relevant que la cour d'appel s'était fondée sur le rapport d'expertise pour retenir qu'aucune faute ne pouvait être imputée au défendeur et que les complications subies par la patiente relevaient des risques prévisibles de la chirurgie de la cornée, elle juge l'arrêt suffisamment motivé, écarte le moyen unique et rejette le pourvoi.

CHAMBRE COMMERCIALE

Le juge d'appel ne peut substituer l'action en simulation à l'action paulienne

Cass. M. Com., 08 novembre 2023, n° 2022/1/3/1486

Z.A., créancier de R.A.M. au titre de deux chèques impayés, a soutenu que ce dernier avait cédé, le 27 mai 2014, les parts sociales qu'il détenait dans une société à B.M.D. dans le but de faire échec au recouvrement de sa créance. Il a alors saisi le tribunal de commerce de Marrakech pour demander l'annulation de l'acte de cession de parts sociales et la radiation correspondante au registre du commerce. Le tribunal a ordonné une mesure d'instruction puis a rejeté la demande, au motif que les conditions de l'action paulienne n'étaient pas réunies.

Saisie de l'appel, la cour d'appel de commerce a infirmé le jugement et a prononcé la nullité de l'acte de cession du 27 mai 2014, avec ordre d'en opérer la radiation des registres de la société. Le pourvoi soutenait notamment que la cour d'appel avait statué au-delà des demandes dont elle était saisie, en substituant à l'action paulienne invoquée par le deman-

deur une action en simulation, et en prononçant la nullité du contrat alors que la demande portait sur son annulation.

La Cour de cassation relève qu'il ressort de la requête introductive d'instance que le demandeur sollicitait l'annulation de l'acte de cession au motif qu'il portait atteinte à ses intérêts de créancier. Elle constate que le tribunal avait rejeté cette demande pour défaut des conditions de l'action paulienne, tandis que la cour d'appel a fondé sa décision sur l'existence d'une simulation et a prononcé la nullité du contrat. Elle juge qu'en procédant ainsi, la cour d'appel a modifié la cause de la demande en passant de l'action paulienne à l'action en simulation, et qu'elle a statué ultra petita en prononçant la nullité du contrat au lieu de son annulation. La Cour de cassation en déduit que l'arrêt a violé l'article 3 du Code de procédure civile, casse l'arrêt attaqué et renvoie l'affaire devant la même cour autrement composée.

CHAMBRE COMMERCIALE

La clause compromissoire couvrant l'interprétation du contrat s'étend à l'action en nullité

Cass. M. Com., 22 mars 2023, n° 2021/1/3/240

A.J. a saisi le tribunal de commerce de Casablanca pour demander la nullité d'un contrat de vente conclu le 23 novembre 2012 avec S.K.D. en vue de l'acquisition d'une villa, ainsi que la restitution de la somme de 307.500 dirhams versée à titre d'acompte. Il soutenait que le contrat n'avait pas été conclu conformément à l'article 618 du Code des obligations et contrats. Le tribunal de commerce l'a débouté de sa demande. Sur appel principal d'A.J. et appel incident de S.K.D., la cour d'appel de commerce a infirmé le jugement, prononcé la nullité du contrat de vente, ordonné la restitution de la somme versée avec intérêts légaux à compter de la

demande, et rejeté l'appel incident.

Devant la Cour de cassation, la demanderesse au pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir écarté le moyen tiré de l'irrecevabilité de l'action pour défaut de recours à la procédure d'arbitrage prévue à l'article 21 du contrat. L'arrêt attaqué avait retenu que, si cet article visait l'exécution ou l'interprétation de la convention, la demande en nullité de l'engagement n'était pas soumise à l'arbitrage, cette procédure étant selon lui d'interprétation stricte.

La Cour de cassation relève que l'article 21 du contrat pré-

voit que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage tous les litiges résultant de l'exécution ou de l'interprétation du contrat. Elle juge qu'en considérant que la demande en nullité de l'engagement n'était pas soumise à l'arbitrage visé par cette clause, la cour d'appel a méconnu l'article 230 du dahir formant Code des obligations et contrats, selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elle énonce également que la détermi-

nation du champ de l'arbitrage et l'interprétation du contrat relèvent de la compétence du tribunal arbitral et non de celle des juridictions de droit commun. Elle ajoute qu'en tout état de cause, la clause compromissoire est autonome par rapport au contrat principal, de sorte que la nullité de celui-ci n'entraîne pas, par elle-même, la nullité de la clause compromissoire. La Cour casse donc l'arrêt attaqué et renvoie l'affaire devant la même juridiction autrement composée.

CHAMBRE COMMERCIALE

Le créancier ne peut demander l'extension de la liquidation judiciaire aux gérants fautifs

Cass. M. Com., 1^{er} novembre 2023, n° 2022/1/3/1488

T. Ben M., créancier de la société Ch. R. F. SARL pour une somme résultant de lettres de change et bénéficiaire d'ordonnances d'injonction de payer, a saisi le tribunal de commerce de Meknès en faisant valoir que la société avait cessé ses paiements et que ses gérants, H. Ch. et M. B., avaient cédé le siège social puis transféré celui-ci à une adresse fictive, ce qui aurait entraîné la dispersion du fonds de commerce et conduit à la cessation des paiements. Il demandait en conséquence l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire contre la société et l'extension de cette procédure aux gérants, en raison de leur responsabilité dans la cessation des paiements. Le tribunal a rejeté la demande, puis la cour d'appel de commerce, après expertise et réquisitions du ministère public, a infirmé le jugement et a ouvert une procédure de liquidation judiciaire contre la société, tout en fixant provisoirement la date de cessation des paiements, en désignant les organes de la procédure et en ordonnant les mesures de publicité.

Devant la Cour de cassation, le demandeur au pourvoi reprochait à l'arrêt de ne pas avoir fait droit à sa demande d'extension de la procédure aux gérants alors que, selon lui, les constatations de l'expertise établissaient des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, notamment des

retraits de fonds par les associés, l'absence d'activité commerciale réelle et l'irrégularité de la comptabilité. Il soutenait que la cour d'appel, après avoir relevé ces faits, aurait dû étendre la procédure aux gérants et permettre le recouvrement de sa créance sur leurs biens propres.

La Cour de cassation rappelle les articles 738, 739, 742 et 762 du Code de commerce. Elle énonce qu'il résulte de ces textes que la demande tendant au comblement de l'insuffisance d'actif ou à l'extension de la procédure aux dirigeants ne peut être formée que par le tribunal d'office, par le ministère public ou par le syndic. Elle précise également que l'appel en matière de sanctions civiles est réservé au syndic, au ministère public ou aux personnes condamnées. Elle en déduit que le créancier n'avait pas qualité pour demander l'extension de la procédure aux gérants ni pour interjeter appel sur ce point. Elle juge en outre que le fait, pour la cour d'appel, de ne pas tenir compte de cette demande, équivalait à son rejet implicite. Enfin, elle relève que le grief tiré de la contradiction de motifs n'était pas précisé. La Cour de cassation rejette donc le pourvoi et condamne le demandeur aux dépens.

CHAMBRE COMMERCIALE

L'ouverture d'une procédure collective suppose l'audition préalable du dirigeant ou sa convocation régulière

Cass. M. Com., 23 juin 2015, n° 2016/1/3/198

La société (...) a saisi le tribunal de commerce de Casablanca le 1er novembre 2010 en exposant qu'elle rencontrait de graves difficultés financières, qu'elle avait subi des pertes de 1.436.650,15 dirhams, qu'un jugement l'avait condamnée au paiement de 5.000.000,00 dirhams et que son gérant, Salah (K.), avait cessé l'activité. Elle demandait l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Le tribunal a déclaré la demande irrecevable au motif que la société ne disposait pas d'un siège social propre, ce qui faisait obstacle, selon lui, à son admission à une procédure collective.

La société a interjeté appel. Une expertise judiciaire a été ordonnée en cause d'appel et l'expert a conclu que la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise. La cour d'appel de commerce a alors infirmé le jugement, puis, statuant à nouveau, a prononcé l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société et a fixé la date de cessation des paiements à dix-huit mois avant la date de son arrêt. Les gérants, Ahmed (K.) et Salah (K.), ont formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation relève que, selon l'article 567 du Code de commerce, la juridiction ne peut statuer sur l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise qu'après avoir entendu le dirigeant de l'entreprise ou l'avoir légalement convoqué à comparaître devant la chambre du conseil. Elle énonce que cette formalité permet à la juridiction de connaître la situation financière, économique et sociale réelle de l'entreprise, la nature de ses difficultés et le degré de cessation des paiements, afin de déterminer s'il y a lieu d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Constatant que la cour d'appel a prononcé la liquidation judiciaire sans avoir entendu le dirigeant ni l'avoir convoqué à cette fin, la Cour de cassation juge qu'elle a omis une formalité substantielle imposée par l'article 567 du Code de commerce. Elle ajoute qu'en statuant ainsi en appel après avoir infirmé un jugement d'irrecevabilité, la cour d'appel s'est substituée à la juridiction de première instance. Elle casse en conséquence l'arrêt attaqué.

CHAMBRE COMMERCIALE

L'ordonnance d'injonction de payer définitive fait obstacle à l'allégation ultérieure d'un paiement partiel

Cass. M. Com., 04 octobre 2023, n° 2023/1/3/495

Dans le cadre d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise ouverte contre Ch. A. B., la société défenderesse a déclaré, le 15 septembre 2017, une créance de 80.000,00 dirhams. Cette créance a été contestée par le gérant de l'entreprise. Après proposition du syndic subordonnant l'admission à la production de pièces établissant le caractère définitif de l'ordonnance d'injonction de payer invoquée, la réponse de l'entreprise et l'accomplissement des formalités requises, le juge-commissaire a admis la créance au rang chirographaire dans la limite de 65.684,80 dirhams. Ch. A. B. a interjeté appel, puis la cour d'appel de commerce a confirmé cette décision.

Devant la Cour de cassation, la demanderesse soutenait avoir versé à la défenderesse une somme de 10.000,00 dirhams à valoir sur la créance déclarée et reprochait à l'arrêt de ne pas avoir déduit ce montant. Elle faisait valoir que la défende-

resse n'avait pas contesté la réception de cette somme et invoquait l'article 406 du D.O.C., en soutenant qu'un tel silence constituait un aveu judiciaire.

La Cour de cassation relève que la cour d'appel s'est fondée sur l'ordonnance d'injonction de payer n° 543 rendue le 03/07/2017 par le président du tribunal de commerce d'Agadir, ainsi que sur l'attestation de non-opposition établie après notification de cette ordonnance à l'appelante le 30/10/2018. Elle retient que les jugements disposent d'une force probante et établissent une présomption légale dispensant la partie qui en bénéficie de toute preuve complémentaire, et que les jugements définitifs ayant acquis l'autorité de la chose jugée font foi des droits qu'ils ont tranchés.

La Cour juge en conséquence que la contestation de la créance déclarée et l'allégation d'un paiement partiel ne

pouvaient plus être utilement soulevées, dès lors qu'elles n'avaient pas été présentées dans le cadre des voies de recours ouvertes contre l'ordonnance d'injonction de payer devenue définitive. Elle ajoute que les conditions d'application

de l'article 406 du D.O.C. relatif à l'aveu judiciaire n'étaient pas réunies en l'espèce. Elle en déduit que l'arrêt attaqué est suffisamment motivé, rejette le moyen unique et rejette le pourvoi.

CHAMBRE COMMERCIALE

La garantie à première demande reste autonome malgré le redressement judiciaire du débiteur principal

Cass. M. Com., 3 mai 2023, n° 2022/3/3/812

La société Z a saisi le tribunal de commerce de Casablanca en exposant qu'elle avait fourni du gasoil et ses dérivés à la société D, et que la banque BMCE s'était engagée à payer à la place de cette dernière, dans la limite de 250.000,00 dirhams, dès la première demande et sans discussion. La créance totale s'élevait à 421.757,96 dirhams, dont 171.757,96 dirhams avaient été payés, laissant un solde de 250.000,00 dirhams. La société Z indiquait avoir appris que la débitrice principale faisait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ouverte par jugement du 5 octobre 2020, et qu'après mise en demeure adressée le 30 novembre 2020, aucun paiement n'était intervenu. Le jugement de première instance a rejeté la demande, mais la cour d'appel de commerce l'a infirmé et a condamné la banque à payer 250.000,00 dirhams ainsi que 10.000 dirhams de dommages-intérêts pour retard.

Devant la Cour de cassation, la banque soutenait que son engagement devait être analysé comme un cautionnement, de sorte qu'elle devait bénéficier des effets attachés à l'ouverture de la procédure collective contre le débiteur principal, notamment de la suspension des poursuites individuelles prévue par le Code de commerce. Elle invoquait également les règles du D.O.C. selon lesquelles l'extinction ou l'irrégularité de l'obligation principale affecte l'obligation accessoire du cautionnement. Elle faisait en outre valoir que le recours

contre elle supposait que la créance principale eût été régulièrement déclarée au syndic, sous peine d'extinction.

La Cour de cassation relève qu'en vertu de l'article 3 du Code de procédure civile, le juge doit donner au contrat sa qualification juridique correcte avant d'appliquer les règles de droit pertinentes. Elle constate que la cour d'appel a relevé que le document produit portait expressément l'intitulé de "garantie à première demande" et prévoyait que la banque s'engageait à payer dès la première demande, dans la limite du montant garanti et sans contestation. Elle retient que la cour d'appel a ainsi qualifié le contrat de garantie à première demande et non de cautionnement ordinaire, en en déduisant que la banque était tenue en qualité de débitrice principale d'une obligation autonome, indépendante de la relation entre le créancier bénéficiaire et le débiteur principal. Elle relève également que la cour d'appel a constaté que la société bénéficiaire avait produit la preuve de la déclaration de sa créance au syndic et qu'aucune décision n'avait constaté son extinction. La Cour de cassation en déduit que la banque ne pouvait se prévaloir ni des règles propres au cautionnement ordinaire ni de la suspension des poursuites individuelles résultant du redressement judiciaire du débiteur principal. Elle rejette en conséquence le pourvoi.

CHAMBRE COMMERCIALE

Le juge marocain peut décliner sa compétence au profit du juge étranger en présence d'un élément d'extranéité prépondérant*Cass. M. Com., 20 décembre 2023, n° 2021/1/3/1382*

É.B.B. a saisi le tribunal de commerce de Marrakech en soutenant qu'un protocole d'accord conclu le 29 novembre 2018 avec M.-C.R. portait sur l'échange de parts et d'actions de deux sociétés françaises, la société civile immobilière « VIEILLIR » et la société « CLICHY MONCEY », afin que chaque partie acquière la pleine propriété des titres concernés. Elle exposait que, selon cet accord, elle devait céder 498,4 parts dans la société « VIEILLIR » en contrepartie de l'obtention de 3.110 actions du capital de la société « CLICHY MONCEY », mais que la défenderesse refusait d'exécuter l'accord. Elle demandait en conséquence que le contrat soit considéré comme un acte de cession des 3.110 actions détenues par la défenderesse, que le jugement à intervenir vaille cession d'actions, et qu'il soit procédé aux inscriptions correspondantes dans les registres sociaux et au registre du commerce. La défenderesse a opposé que les deux sociétés étaient soumises au droit français, avaient leur siège à Paris et étaient immatriculées au registre du commerce de Paris, en demandant principalement que les juridictions marocaines se déclarent incompétentes au profit du tribunal de commerce de Paris, et subsidiairement que la demande soit déclarée irrecevable. Le tribunal de commerce a rejeté l'exception d'incompétence, déclaré la demande recevable et, au fond, ordonné le transfert de propriété des actions ainsi que les inscriptions correspondantes. Sur appel, la cour d'appel de commerce a infirmé le jugement et déclaré la demande irrecevable.

Devant la Cour de cassation, la demanderesse reprochait notamment à l'arrêt d'avoir confondu incompétence et irrecevabilité, de ne pas avoir statué expressément sur l'exception d'incompétence, d'avoir retenu à tort le caractère international du contrat et d'avoir méconnu plusieurs dispositions du Code de procédure civile, du Code des obligations et contrats,

du dahir sur la condition civile des étrangers et de la convention franco-marocaine du 5 octobre 1957. La Cour de cassation relève toutefois que la clause 10 du protocole d'accord se bornait à prévoir que les litiges seraient soumis aux juridictions compétentes, sans désigner ni la juridiction compétente ni la loi applicable. Elle énonce qu'il appartient alors au juge saisi d'un litige comportant un élément d'extranéité de rechercher, à la lumière des règles de compétence juridictionnelle internationale, si le litige entre dans le ressort des juridictions de son pays. Elle retient que la cour d'appel a qualifié le contrat d'international en raison de son objet, qui portait sur la cession d'actions de deux sociétés françaises soumises au droit français, ayant leur siège en France, et dont l'exécution nécessitait des formalités en France, notamment l'inscription des opérations sur les actions au registre du commerce compétent.

La Cour de cassation relève encore que la cour d'appel a estimé que l'élément d'extranéité était prépondérant et qu'il existait une juridiction étrangère plus appropriée pour statuer sur le litige et garantir l'efficacité internationale de la décision à intervenir. Elle précise que le fait, pour la cour d'appel, de considérer que le litige relevait de la compétence de la justice française ne constituait pas une annulation du contrat, lequel demeurait existant et productif d'effets entre les parties. Elle ajoute que la cour d'appel n'a violé ni l'article 13 du dahir sur la condition civile des étrangers, ni l'article 243 de la loi n° 17-95, ni la convention franco-marocaine du 5 octobre 1957, dès lors qu'elle s'est bornée à déterminer l'autorité compétente au regard des règles de compétence internationale. La Cour de cassation juge en conséquence que l'arrêt est légalement justifié, suffisamment motivé, qu'il n'a dénaturé ni les faits ni les pièces, et rejette le pourvoi.



CHAMBRE COMMERCIALE

La garantie à première demande échappe au régime protecteur de la caution en procédure collective

Cass. M. Com., 23 juillet 2025, n° 2024/1/3/1928

La société LafargeHolcim Maroc a saisi le tribunal de commerce de Marrakech en demandant la condamnation de la Banque Populaire de Marrakech Béni Mellal au paiement d'une somme de 1.000.000,00 dirhams au titre d'une garantie bancaire à première demande n° 4579004534 du 10 juillet 2020, consentie en garantie de la dette de la société Entreprise Sofyani. Elle exposait avoir appelé la garantie par lettre du 2 octobre 2020, sans obtenir paiement. Le tribunal de commerce a déclaré irrecevables l'assignation principale et la demande en intervention. Cette décision a été confirmée en appel, puis cassée par la Cour de cassation pour défaut de réponse au moyen tiré de l'autonomie de la garantie à première demande. Après renvoi, la cour d'appel de commerce a infirmé le jugement et a condamné la banque à payer 804.327.36 dirhams avec intérêts légaux à compter de l'arrêt.

Devant la Cour de cassation, la banque soutenait, d'une part, que le contrat litigieux constituait un cautionnement personnel solidaire et non une garantie à première demande, de sorte que la cour d'appel aurait procédé à une interprétation prohibée d'un acte clair en violation des articles 230, 461 et 462 du DOC. La Cour de cassation relève toutefois que la cour d'appel s'est fondée sur les clauses mêmes du contrat, qui mentionnent expressément une « garantie à première de-

mande » et l'engagement de la banque de payer au bénéficiaire, à première demande, la somme garantie, sans pouvoir opposer contestation, objection ou exception, de manière irrévocable et sans condition. Elle retient que la cour d'appel a ainsi qualifié le contrat de lettre de garantie, c'est-à-dire de garantie bancaire à première demande, sans interpréter ni dénaturer ses termes.

La banque soutenait, d'autre part, qu'en présence d'une procédure de redressement judiciaire du débiteur principal, elle devait bénéficier des articles 686 et 695 du Code de commerce, applicables à la caution. La Cour de cassation relève que la cour d'appel a retenu que l'engagement de la banque envers le bénéficiaire était direct, principal et autonome, indépendant de la relation principale liant la société garantie à sa créancière. Elle en déduit que les articles 686 et 695 du Code de commerce, qui ne s'appliquent qu'à la caution ordinaire dont l'engagement est accessoire, ne régissent pas la lettre de garantie. Elle retient également que la déclaration de créance effectuée dans la procédure collective du débiteur principal ne pouvait être opposée à l'action engagée contre la banque au titre de la garantie indépendante. La Cour de cassation rejette en conséquence le pourvoi et laisse les dépens à la charge de la demanderesse au pourvoi.

CHAMBRE COMMERCIALE

La marque notoirement connue est protégée au Maroc même sans enregistrement local

Cass. M. Com., 15 novembre 2023, n° 2022/1/3/1256

La société demanderesse a saisi le tribunal de commerce de Casablanca en soutenant que sa marque (L), enregistrée aux Émirats arabes unis depuis le 4 septembre 2013, était exploitée et commercialisée au Maroc par l'intermédiaire d'un distributeur exclusif depuis plusieurs années. Elle exposait avoir découvert que la défenderesse avait enregistré au Maroc, le 12 novembre 2013 sous le numéro 155596, une marque reproduisant intégralement sa propre marque pour des produits de la classe 03. Elle demandait en conséquence la revendication de cette marque, sa substitution à la défenderesse comme titulaire avec effet rétroactif, la radiation de cette dernière du registre national des marques, l'interdiction de l'usage de la marque litigieuse et des mesures de publication. Le jugement

de première instance a accueilli l'essentiel de ces demandes, et cette décision a été confirmée en appel.

Devant la Cour de cassation, la demanderesse au pourvoi soutenait notamment que la cour d'appel s'était fondée sur des pièces rédigées en langue étrangère, que l'action en revendication était prescrite au regard du délai de trois ans prévu à l'article 142 de la loi n° 17-97, qu'aucune mauvaise foi n'était établie à sa charge, et que la défenderesse ne pouvait bénéficier d'une protection au Maroc faute d'y avoir enregistré sa marque. La Cour de cassation rejette d'abord le grief tiré des pièces en langue étrangère, en retenant que l'arabisation ne concerne que les requêtes, conclusions, plaidoiries et juge-

ments, et non les pièces produites à l'appui des prétentions. Sur le fond, la Cour de cassation relève que la cour d'appel a qualifié l'action de demande en revendication de propriété d'une marque au sens de l'article 142 de la loi n° 17-97. Elle retient que la cour d'appel a constaté, à partir des pièces du dossier, que la défenderesse était titulaire de la marque aux Émirats arabes unis depuis le 4 septembre 2013, qu'elle exploitait et distribuait au Maroc des produits portant cette marque par l'intermédiaire d'un distributeur exclusif, et que la demanderesse au pourvoi avait connaissance de cet usage public et antérieur lorsqu'elle a procédé à l'enregistrement au Maroc d'une reproduction intégrale de cette marque. La Cour

approuve ainsi la déduction de la mauvaise foi de la demanderesse au pourvoi, ce qui faisait obstacle à la prescription triennale prévue par l'article 142.

La Cour de cassation relève en outre que la cour d'appel a retenu que la défenderesse bénéficiait de la protection prévue par l'article 162 de la loi n° 17-97, relatif à la marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris, même en l'absence d'enregistrement au Maroc. Elle juge que cette motivation est suffisante pour fonder l'arrêt, rejette les moyens invoqués et rejette le pourvoi en condamnant la demanderesse aux dépens.

CHAMBRE COMMERCIALE

Le gérant visé par une action en comblement de l'insuffisance d'actif doit être convoqué selon les formes de l'article 709 du Code de commerce

Cass. M. Com., 30 juin 2022, n° 2021/1/3/464

Le syndic (B. A.) a déposé un rapport devant le tribunal de commerce d'Agadir en exposant qu'une procédure de redressement judiciaire avait été ouverte contre la société (M) Services par jugement du 9 janvier 2007, puis étendue par confusion de patrimoine à la société (D) Services du port par jugement du 29 mars 2011. Une expertise ordonnée le 21 juin 2012 avait évalué la situation des deux sociétés et faisait apparaître d'importantes pertes, une absence de déclaration de cessation des paiements dans le délai légal, l'absence d'augmentation du capital social prescrite par le jugement arrêtant le plan de continuation, ainsi qu'une insuffisance provisoire d'actif évaluée à 8.387.754,68 dirhams. Le syndic sollicitait en conséquence l'application des articles 703, 704 et suivants du Code de commerce contre le gérant, (F. J.).

Après renvoi du dossier au ministère public et dépôt du rapport du juge-commissaire, le tribunal de commerce a condamné le gérant des deux sociétés à supporter intégralement l'insuffisance d'actif, à titre provisoire, dans la limite de 8.387.754,68 dirhams, et a ordonné les mesures de publicité correspondantes. La cour d'appel de commerce a confirmé

ce jugement. Le demandeur au pourvoi soutenait notamment qu'il n'avait pas été régulièrement convoqué à comparaître et qu'aucune preuve de réception d'une citation conforme aux règles du Code de procédure civile ne figurait au dossier, ce qui portait atteinte à ses droits de la défense.

La Cour de cassation rappelle que l'article 704 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure, permet au tribunal, en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, de décider que celle-ci sera supportée par les dirigeants. Elle relève également que l'article 709 du même code prévoit que les dirigeants mis en cause sont dûment convoqués huit jours au moins avant leur audition par le secrétariat-greffe du tribunal. Elle constate que la cour d'appel, en confirmant le jugement ayant condamné le demandeur à supporter provisoirement l'insuffisance d'actif, l'a fait sans qu'il ait été convoqué dans les formes prévues par cet article. La Cour de cassation déclare par ailleurs le pourvoi irrecevable à l'égard du ministère public, qui n'était pas partie à l'arrêt attaqué, puis casse l'arrêt et renvoie l'affaire devant la même juridiction autrement composée.

CHAMBRE COMMERCIALE

Le refus de communication complète des documents comptables suffit à justifier la révocation du gérant

Cass. M. Com., 25 janvier 2023, n° 2021/1/3/1510

F.H., associée à parité avec S.H. dans la société M.M.A., a saisi le tribunal de commerce de Rabat en demandant la révocation de S.H. de ses fonctions de gérante. Elle invoquait plusieurs fautes de gestion, tenant notamment au refus de communication des documents sociaux et comptables, à l'irrégularité de certaines assemblées générales et à d'autres manquements dans la gestion de la société. Après renvoi du dossier devant le juge du fond et rectification de la dénomination sociale de la société, le tribunal de commerce a ordonné la révocation de S.H. de ses fonctions de gérante de la société M.M.A.Kh et a rejeté le surplus des demandes. La cour d'appel de commerce a confirmé ce jugement.

Devant la Cour de cassation, la demanderesse au pourvoi soutenait notamment que la cour d'appel s'était fondée à tort sur le défaut de convocation aux assemblées générales et sur l'irrégularité d'une augmentation de capital pour justifier la révocation, alors que les convocations avaient, selon elle, été régulièrement adressées et que l'augmentation de capital relevait de sa qualité d'associée et non de ses fonctions de gérante. Elle soutenait également avoir permis à l'autre associée d'exercer son droit de consultation, en exécution d'une décision judiciaire, et reprochait à l'arrêt d'avoir retenu à tort l'existence d'un manquement sur ce point. Enfin, elle invo-

quait l'irrecevabilité de l'action pour insuffisance des droits judiciaires acquittés.

La Cour de cassation relève que la cour d'appel s'est fondée sur l'ordonnance judiciaire du 17 décembre 2018 ayant permis à l'intimée de consulter les documents de la société en présence d'un huissier de justice, ainsi que sur le procès-verbal de constat dressé le 27 février 2019, lequel faisait apparaître que les documents remis étaient incomplets. Elle retient que l'absence de communication complète des documents comptables à un associé suffit, à elle seule, à constituer un motif légitime de révocation du gérant, indépendamment des autres griefs invoqués. Elle juge ainsi que la décision attaquée était suffisamment motivée sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant les autres motifs critiqués.

Sur le troisième moyen, la Cour de cassation retient que l'insuffisance des droits judiciaires acquittés n'entraîne pas, par elle-même, l'irrecevabilité de l'action dès lors que le service compétent peut en percevoir le complément, et que l'article 25 de la loi relative aux frais judiciaires ne prévoit pas une telle sanction. Elle rejette en conséquence les trois moyens et rejette le pourvoi, avec maintien des frais à la charge de la demanderesse.

CHAMBRE COMMERCIALE

La procédure collective dissimulée ne peut être invoquée pour la première fois devant le juge de l'annulation

Cass. M. Com., 29 nov. 2023, n° 2021/1/3/1341

En vertu d'un protocole d'accord conclu le 26 juin 2012, complété par un avenant du 9 août 2012, les sociétés « Consiner-gy Afrique » et « Stai Prefabricati SPA » se sont engagées à céder 75 000 parts sociales de la société Stai Préfa à la société SOTRAVO ainsi qu'à F.A.E.H., H.A.E.H. et Hi.A.E.H. Le protocole prévoyait également, à son article 5, une garantie d'actif et de passif plafonnée à 3 000 000,00 dirhams, dont 1 200 000,00 dirhams à la charge de la société « Stai Prefabricati », ainsi qu'une clause compromissoire à l'article 11. La société « Prefabricati Industriali Stai », se prévalant de ces stipulations bien que cette dénomination ne figure pas dans le

protocole ni dans l'avenant, a réclamé le paiement de la garantie puis a engagé une procédure arbitrale. La société SOTRAVO a contesté sa qualité pour agir, puis a discuté subsidiairement le fond. Par sentence du 19 juillet 2019, le tribunal arbitral a déclaré valable la clause compromissoire et s'est reconnu compétent, puis, par sentence définitive du 22 juillet 2019, a condamné notamment la société SOTRAVO à payer 562 115,16 dirhams au titre de la garantie d'actif et de passif, outre intérêts et frais.

La société SOTRAVO a formé un recours en annulation contre ces sentences. Elle soutenait notamment que la so-

ciété demanderesse à l'arbitrage était soumise à une procédure de sauvegarde, de sorte que la sentence violait l'ordre public en méconnaissant la suspension des poursuites individuelles prévue à l'article 686, alinéa 1er, du Code de commerce. Elle invoquait également l'absence de convocation du syndic dans l'instance arbitrale, une violation de l'article 687 du Code de commerce, ainsi que l'absence de qualité pour agir de la société « Prefabricati Industriali Stai S.à.r.l. ». La cour d'appel de commerce a rejeté le recours en annulation et ordonné l'exécution des sentences.

Saisie du pourvoi, la Cour de cassation juge d'abord que, l'arbitrage en cause étant un arbitrage international régi par l'article 327-50 du Code de procédure civile, la procédure applicable devant la cour d'appel est celle d'urgence, laquelle ne prévoit pas la communication du dossier au ministère public. Elle écarte ensuite les moyens tirés de la procédure collective en relevant qu'il ne ressort ni des éléments soumis aux arbitres ni de la sentence que la société SOTRAVO ait infor-

mé le tribunal arbitral de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Elle retient qu'une partie qui dissimule l'existence d'une procédure collective au tribunal arbitral ne peut ensuite exiger de celui-ci qu'il applique les textes relatifs aux procédures collectives, ni invoquer pour la première fois devant le juge de l'annulation les dispositions issues de cette procédure. Elle ajoute que le juge de l'annulation ne peut contrôler que ce qui a été soumis au tribunal arbitral. Sur la qualité pour agir, elle relève que la cour d'appel s'est fondée sur un extrait du registre de commerce traduit en français établissant que la société « Stai Prefabricati S.P.A. » avait changé de dénomination pour devenir « Prefabricati Industriali Stai S.à.r.l. », sans changement de dirigeant, d'adresse de siège ni d'identifiant fiscal. Enfin, elle rappelle que le recours en annulation d'une sentence arbitrale constitue une action principale limitée aux cas d'annulation prévus par la loi et qu'il ne permet ni de corriger, ni de modifier, ni de compléter la sentence. Elle rejette en conséquence le pourvoi et condamne la demanderesse aux dépens.

CHAMBRE SOCIALE

La clause compromissoire du contrat de travail s'impose au salarié après le licenciement

Cass. M. Soc., 06 mai 2025, n° 2022/1501/3189

Monsieur [Y] a saisi le tribunal de première instance de Casablanca pour obtenir le paiement des indemnités résultant de la rupture de son contrat de travail, en soutenant qu'il avait été licencié abusivement le 21 février 2021 par la société [X]. Le jugement de première instance a condamné l'employeur au paiement des indemnités pour préjudice, licenciement et préavis. La société [X] a relevé appel, puis la Cour d'appel a confirmé le jugement.

Devant la Cour de cassation, l'employeur invoquait l'existence, à l'article 15 du contrat de travail, d'une clause compromissoire prévoyant que tous les litiges relatifs à l'exécution ou à la résiliation du contrat seraient tranchés conformément au règlement d'arbitrage de la Cour marocaine de l'arbitrage. Il soutenait que l'engagement de la procédure de licenciement prévue par les articles 62 à 64 du Code du travail ne constituait pas une renonciation à cette clause, dès lors que cette procédure disciplinaire relève exclusivement de l'employeur et obéit à des règles impératives d'ordre public, indépendamment de l'instance appelée à trancher le litige né du licenciement.

La Cour de cassation retient qu'une clause compromissoire

était bien stipulée dans le contrat de travail et qu'aucune disposition n'interdit le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges individuels du travail. Elle relève qu'à l'expiration du contrat de travail, l'élément de subordination disparaît et que les parties retrouvent une situation d'équilibre contractuel. Elle constate en outre que l'employeur s'était prévalu, dans sa déclaration d'appel, de la clause compromissoire et reprochait au salarié de ne pas l'avoir mise en œuvre avant de saisir la juridiction étatique.

La Cour de cassation juge que la Cour d'appel, en considérant que la décision de licenciement prise par l'employeur signifiait que celui-ci avait renoncé à la clause compromissoire, a méconnu la spécificité de la procédure de licenciement, dont l'exercice relève exclusivement de l'employeur. Elle énonce qu'il appartenait au salarié contestant la décision de licenciement d'activer la clause compromissoire avant de saisir la justice. En statuant au fond sans tenir compte de la convention d'arbitrage convenue entre les parties, la Cour d'appel a entaché son arrêt d'une motivation insuffisante équivalant à son absence. La Cour de cassation casse en conséquence l'arrêt attaqué et renvoie l'affaire devant la même juridiction autrement composée.

CHAMBRE SOCIALE

La suspension provisoire du délégué des salariés pendant le recours contre le refus d'autorisation ne constitue pas un licenciement abusif*Cass. M. Soc., 24 juin 2025, n° 2023/1/5/3987*

Monsieur AD. BEN., salarié de la Société Centre de l'Automobile Chérienne et délégué des salariés, a saisi le tribunal en soutenant qu'il avait été licencié abusivement après avoir été suspendu de son travail en application de l'article 459 du Code du travail, dans l'attente de l'issue du recours en annulation formé par l'employeur devant le tribunal administratif contre la décision de l'inspecteur du travail refusant d'autoriser son licenciement. Il demandait le paiement des indemnités en résultant. Le tribunal de première instance a condamné l'employeur à lui verser diverses indemnités, puis la Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Devant la Cour de cassation, l'employeur soutenait qu'il n'avait pas procédé au licenciement du salarié à la date retenue par les juges du fond, mais qu'il s'était borné à le suspendre provisoirement dans l'attente de la décision définitive rendue sur le recours en annulation exercé contre la décision de l'inspecteur du travail. Il faisait valoir que le licenciement n'avait été prononcé que postérieurement, après l'arrêt de la Cour d'appel administrative de Rabat ayant confirmé l'annulation de la décision de refus de l'inspecteur du travail. Il soutenait également que la suspension prévue dans ce cadre n'était pas soumise au délai de l'article 37 du Code du travail, ce texte concernant la suspension disciplinaire et non la suspension provisoire liée à la procédure spéciale de licenciement des délégués des salariés.

La Cour de cassation relève que le délégué des salariés bénéficie d'une protection spéciale au titre du Code du travail

et qu'il ressort des pièces du dossier que l'employeur a suivi la procédure prévue par l'article 459 avant de procéder au licenciement définitif. Elle constate que, le 19 décembre 2022, l'employeur n'a pas licencié le salarié, mais l'a seulement suspendu provisoirement dans l'attente de l'issue du recours judiciaire dirigé contre la décision administrative de refus de l'inspecteur du travail. Elle retient que, tant que ce recours n'a pas abouti, la demande du salarié tendant au paiement des indemnités découlant du contrat de travail demeure prématurée, dès lors que le contrat reste suspendu pendant cette période jusqu'à la fin du litige devant le tribunal administratif. Elle précise en outre que cette suspension, prise dans le cadre des dispositions du Titre III du Code du travail, est distincte de la suspension disciplinaire régie par l'article 37.

La Cour de cassation relève par ailleurs que l'employeur avait également interjeté appel du jugement de première instance en ce qu'il avait rejeté sa demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour violation du devoir de loyauté et de fidélité. Elle constate que la Cour d'appel n'a pas statué sur cette demande, ni par adoption ni par rejet des motifs du premier juge. Elle juge qu'une telle omission constitue une insuffisance de motivation équivalant à une absence de motifs.

En conséquence, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt attaqué et renvoie l'affaire devant la même Cour pour qu'il soit statué par une formation différente.



RFMDA

Revue franco-marocaine de droit des affaires

Revue semestrielle franco-marocaine consacrée au droit des affaires, la RFMDA est publiée conjointement par l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et l'Université Euro-med de Fès. Elle accueille des travaux doctrinaux, des décisions de jurisprudence commentées et des études comparées portant sur le droit des affaires français et marocain.



<https://revue.mda-euromed.com/>

القانون

ISSN 3119-6780

Dépôt légal 2026PE0011

Université Euromed de Fès (UEMF) et Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

المغرب

<https://revue.mda-euromed.com/>

فرنسا

RFMDA