



**Business Law Reform and  
Alternative Dispute Resolution  
Development**

Under the USAID/Madagascar Legal Regulatory and  
Judicial Reform Activity

**Commande No 1**

**COMMENTAIRES SUR LES PROJETS DE LOIS MALGACHES**

- Projet de Loi relatif au Statut du Commerçant
- Projet de Loi sur la Concurrence
- Projet de Loi sur la Transparence Financiere
- Projet de Decret sur la Publicite du Credit Immobilier
- Projet de Decret sur le Registre du Commerce et des Societes

A L'attention de  
USAID

Preparé par

Monsieur Alexander B Blumrosen  
Bernard-Hertz-Béjot  
8 rue Murillo  
750008, Paris  
Tel (33) 1-43-18-80-80  
Fax (33) 1-43-18-80-90

Professeur Ratiaray Ramarolanto  
JURECO Etudes et Conseils SA

Contrat USAID No 623-C-00-98-00029-00

- 17 aout 1998 -

ARD Inc and Checchi and Company Consulting Inc  
1915 I Street NW , 6<sup>th</sup> Floor  
Washington DC 20006  
Washington Telephone 202-223 2533  
Local Telephone 033-110-3970  
e-mail ard-chechchi@online mg

JURECO Etudes et Conseils S A  
Boîte Postale 682  
Lot IV M 66 rue Dr Raseta Andraharo  
Antananarivo 101 Madagascar  
Telephone 22-202-37  
e-mail somagi@bow dts mg

## INTRODUCTION

Nous avons eu l'honneur d'être consulté au sujet des projets de lois Malgaches relatives à l'activité économique et financière de ce pays, dans les domaines indiqués ci-dessus

L'objectif de nos commentaires, que vous trouverez ci-après, était de proposer des modifications qui nous semblaient nécessaires ou importants pour conserver la cohérence du texte de loi, ainsi que d'apporter de nouveaux éléments tirés de la jurisprudence et de la pratique

Le temps qui nous a été accordé pour cette consultation était malheureusement très limité, notre mission ayant été confirmée que le 7 août 1998, il y a donc six jours. Cela étant, et même si le rapport ci-après aurait pu être plus complet, nous pensons avoir identifié plusieurs dispositions des projets de loi qui pourront être modifiés afin d'assurer une plus grande cohérence textuelle ainsi qu'une transparence accrue dans la pratique

## I- Projet de loi relatif au statut de commerçant

Avant tout commentaire sur les dispositions de ce projet de loi, il semble important d'établir un lien entre ce projet de loi et celui du décret sur le registre du commerce et des sociétés, afin que toutes les obligations légales soient respectées

1) **article 2** différents actes qui ont le caractère d'actes de commerce sont énumérés dans cet article, mais aucune définition précise de l'acte de commerce n'est donnée

L'acte de commerce est généralement déterminé comme l'acte par lequel une personne s'immisce dans la circulation des biens et des services en cherchant à retirer un profit de son intervention

Il semblerait judicieux d'insérer cette définition dans le texte de loi, afin de prévenir tout litige ultérieur quant à cette notion

2) **article 4** cet article relatif à la preuve n'est pas à sa place

Il pourrait trouver sa place à la fin du projet, sous un chapitre 5, dénommé « Preuve »

3) **article 6** il conviendrait de préciser si le majeur incapable peut ou non être commerçant

4) **article 7** Des dispositions précises ont-elles été prévues pour les étrangers qui désirent être commerçants sur le territoire malgache (du type d'une carte de commerçant étranger) ?

Il serait éventuellement utile d'insérer dans ce projet des dispositions spécifiques sur le statut des étrangers qui désirent avoir une activité commerçante sur le territoire malgache

Deux options se présentent - ne pas subordonner l'activité commerçante des étrangers à l'obtention d'une carte de commerçant étranger, et dans ce cas, nous vous conseillons de le stipuler dans votre projet

- calquer le projet de loi sur la législation française, qui subordonne l'exercice par un étranger d'une « *profession commerciale, industrielle et artisanale* » à la possession « *d'une carte d'identité spéciale portant la mention « commerçant », délivrée par le préfet du département où l'étranger doit exercer son activité* » (décret-loi du 12 novembre 1938), et dans ce cas, il conviendrait d'ajouter des dispositions spécifiques à ce sujet

En outre une reformulation des deux derniers paragraphes de cet article semble utile pour obtenir une plus grande clarté de ces dispositions

Par exemple *«Les actes de commerce accomplis au mépris et en violation d'une incompatibilité sont inopposables aux tiers de bonne foi. Ceux-ci peuvent cependant se prévaloir de ces actes s'ils le désirent»*

5) **article 8** la formulation de la première interdiction (*«d'une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction judiciaire»*) n'est pas claire. Il conviendrait de préciser quelle est l'hypothèse concernée

6) **article 12 à 16** (*chapitre 3 obligations comptables du commerçant*) ces quatre articles semblent s'inspirer du titre II du code du commerce français, sans le retranscrire totalement

Cependant, il nous semble important que certaines dispositions relatives aux livres de commerce du commerçant et aux bilan et comptes annuels soient maintenues

Nous vous donc proposons la reformulation suivante, inspirée de la loi française du 11 février 1984 relative aux obligations comptables du commerçant

*- article 12 Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise, ces mouvements sont enregistrés chronologiquement. Elle doit contrôler par inventaire, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise. Elle doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe. Ils forment un tout indissociable.*

*- article 13 Le bilan décrit séparément les éléments actif et passif de l'entreprise et fait apparaître, de façon distincte, les capitaux propres.*

*Le compte de résultat récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement. Il fait apparaître, par différence après déduction des amortissements et des provisions, le bénéfice ou la perte de l'exercice. Les produits et les charges, classés par catégorie, doivent être présentés soit sous forme de tableaux, soit sous forme de liste. L'annexe complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat.*

*- article 14 Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise.*

*Le bilan, le compte de résultat et l'annexe doivent comprendre autant de rubriques et de postes qu'il est nécessaire pour donner cette image fidèle  
Chacun des postes du bilan et du compte de résultat comporte l'indication du chiffre relatif au poste correspondant de l'exercice précédent*

*Le classement des éléments du bilan et du compte de résultat, les éléments composant les capitaux propres ainsi que les mentions à inclure dans l'annexe doivent être conformes au nouveau plan comptable*

*- article 15 A moins qu'un changement exceptionnel n'intervienne dans la situation du commerçant, la présentation des comptes annuels comme les méthodes d'évaluation retenues ne peuvent être modifiées d'un exercice à l'autre Si des modifications interviennent, elles sont décrites et justifiées dans l'annexe*

*- article 16 A leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, les biens acquis à titre gratuit à leur valeur vénale et les biens produits à leur coût de production  
Pour les éléments d'actif immobilisé, les valeurs retenues dans l'inventaire doivent, s'il y a lieu, tenir compte des plans d'amortissement Si la valeur d'un élément de l'actif devient inférieure à sa valeur nette comptable, cette dernière est ramenée à la valeur d'inventaire à la clôture de l'exercice, que la dépréciation soit définitive ou non*

*Les biens fongibles sont évalués soit à leur coût moyen pondéré d'acquisition ou de production, soit en considérant que le premier bien sorti est le premier bien entré  
La plus-value constatée entre la valeur d'inventaire d'un bien et sa valeur d'entrée n'est pas comptabilisée S'il est procédé à une réévaluation de l'ensemble des immobilisations corporelles et financières, l'écart de réévaluation entre la valeur actuelle et la valeur nette comptable ne peut être utilisé à compenser les pertes, il est inscrit distinctement au passif du bilan*

*- article 17 Les éléments d'actif et de passif doivent être évalués séparément  
Aucune compensation ne peut être opérée entre les postes d'actif et de passif du bilan ou entre les postes de charges et de produits du compte de résultat  
Le bilan d'ouverture d'un exercice doit correspondre au bilan de clôture de l'exercice précédent*

*- article 18 Les comptes annuels doivent respecter le principe de prudence Pour leur établissement, le commerçant est présumé poursuivre ses activités  
Même en cas d'absence ou d'insuffisance du bénéfice, il doit être procédé aux amortissements et provisions nécessaires  
Il doit être tenu compte des risques et des pertes intervenus au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur, même s'ils sont connus entre la date de la clôture et celle de l'établissement des comptes*

- *article 19 Les documents comptables sont établis en franc malgache et en langue malgache ou française*

*Les documents comptables et les pièces justificatives sont conservés pendant 10 ans  
Les documents comptables relatifs à l'enregistrement des opérations et à l'inventaire sont établis et tenus sans blanc ni altération d'aucune sorte, dans des conditions fixées par décret (N B dans le décret, préciser la possibilité de tenir les documents comptables sur support papier ou par procédé informatique)*

- *article 20 La comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce*

*Si elle a été irrégulièrement tenue, elle ne peut être invoquée par son auteur à son profit*

*La communication des documents comptables ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté légale, partage de société et, en cas de règlement judiciaire, liquidation des biens*

- *article 21 Les modalités d'application des articles 12 à 20 seront précisées par décret*

7) **article 2** il ne semble pas que cet article soit à sa place dans ce projet de loi

Les autres dispositions ne semblent pas soulever de commentaires particuliers

## **II- Projet de loi sur la concurrence**

1) **article 3** dans la définition de l'entreprise donnée à l'article 3 3° (« *organisation autonome qui coordonne un ensemble de facteurs en vue de produire pour le marché certains biens et services* »), le terme d'« *organisation autonome* » ne semble pas approprié à la définition de l'entreprise car il est trop vague sur le plan juridique. Le terme d'« *unité économique* » semblerait plus exact.

La définition contenue dans le projet serait donc la suivante « *l'entreprise est une unité économique qui coordonne un ensemble de facteurs en vue de produire certains biens et services pour le marché* »

2) **article 6** Afin de rendre le texte plus clair, il nous semble que la rédaction suivante de cet article est préférable au projet actuel du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 6 « *Le Gouvernement peut, en application des accords et conventions internationaux dont Madagascar est*

*signataire, prendre des mesures de sauvegarde à caractère temporaire par voie de décret pris en Conseil des Ministres»*

3) **article 7** l'énumération d'une liste limitative nous paraît déconseillée Il conviendrait simplement que la dernière phrase de l'article 7 soit ainsi libellée « *Il est donné une énumération non limitative des agissements visés, dans les articles suivants* »

Il nous paraît en effet important que la jurisprudence puisse évoluer et envisager de nouveaux agissements contraires à ces dispositions

4) **article 17** sous cet article, une observation précise « *Il a été recommandé de mettre un article introductif s'inspirant de l'article 7 de l'ordonnance française au 1<sup>er</sup> décembre 1986 Or, cet article concerne uniquement les pratiques collectives (ententes, actions concertées et coalitions)* »

Il est exact que l'article 7 de l'ordonnance précitée ne concerne que les pratiques anticoncurrentielles collectives et il semble difficile de s'y référer pour instaurer une prohibition générale, sans établir un long catalogue

L'article 26 du présent projet s'y réfère en grande partie Il ne semble pas alors nécessaire de placer un article similaire en préambule de la section II

5) **article 19** il est précisé que pour être valable, la clause de non concurrence « *doit être limitée dans son objet ainsi que dans le temps ou dans l'espace* »

Il existe une tendance de la jurisprudence française d'exiger un cumul de ces deux derniers critères, à savoir à la fois une limite dans le temps et dans l'espace (Cass com 04/05/1993)

Ainsi, afin de prendre en compte l'évolution jurisprudentielle et de limiter la pratique de clauses abusives, il paraît utile de remplacer **ou** par **et**

6) **article 25** la définition de dépendance économique contenue dans le projet de loi pourra être modifiée au regard de la jurisprudence française, et afin de réduire la portée que nous considérons excessive du texte du projet En effet, la dépendance est définie par la jurisprudence comme « *la situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre les relations commerciales avec une autre, lorsqu'il lui est impossible de s'approvisionner en produit substituable dans des conditions équivalentes* » (Cour d'appel de Paris, 22 janvier 1992)

Il serait préférable d'inclure cette définition dans la loi à la place de la définition proposée dans le projet

7) **article 26** l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 décrit de façon plus détaillée ce en quoi les ententes qualifiées de pratiques restrictives peuvent consister

Ainsi, en ce qui concerne le point 2, à savoir « *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché* », l'ordonnance française spécifie à la suite « *en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* »

Il nous paraît utile que le projet reprenne également cette dernière précision

Par ailleurs, l'article 7 de l'ordonnance française liste un quatrième point, qui nous paraît essentiel au regard du développement économique de Madagascar, à savoir

« *Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique* »

8) **article 28** il nous paraît utile que le projet de loi reprenne la définition de la position dominante établie par la Cour de Justice des Communautés Européennes, dans l'arrêt *United Brands*, à savoir

« *On entend par position dominante dans le sens de la présente loi la position économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs* »

En outre, l'insertion du terme « *notamment* » dans la première phase du 3<sup>ème</sup> paragraphe semble nécessaire, de manière à ce que cette description n'apparaisse pas comme limitative

Ainsi, « *Une telle position ressort notamment du comportement du ou des entreprises concernées en matière de fixation des prix, de discrimination,* »

9) **article 33** au e), nous vous conseillons d'inclure le terme « *notamment* » dans la première phrase, pour les mêmes raisons que celles que nous venons d'indiquer

« *e) - recueillir les notifications des concentrations économiques et apprécier l'opportunité d'octroi d'autorisation à cet égard en tenant compte pour ce faire notamment des éléments ci-après* »

10) **article 42** il nous semble important de préciser que les décisions du Conseil de la concurrence doivent être motivées, ceci d'autant plus qu'un recours devant la Cour suprême existe

11) **article 66** il apparaît une faute de frappe à la 2<sup>ème</sup> ligne du 1<sup>er</sup> paragraphe, à savoir « *celles-ci peuvent ordonner la mise sous séquestre de tout ou partie des biens du condamné* », et non de « *tout en partie* »

Les autres dispositions n'incitent pas d'observations particulières de notre part

### III- Projet de loi sur la transparence des entreprises

1) **article 4** il n'est pas prévu dans le projet la possibilité pour les personnes physiques de s'immatriculer de façon anticipée

L'article 7, alinéa 5 du décret français du 30 mai 1984 prévoit en effet cette possibilité dans le mois précédant la date de déclaration du début de l'activité commerciale

Les autres dispositions ne nous semblent pas poser de problèmes juridiques

### IV- Projet de décret sur la publicité du crédit mobilier

1) **article 1** il conviendrait de fixer un délai d'inscription du nantissement, au-delà duquel le nantissement sera nul.

En effet, l'article 19 dispose que le nantissement régulièrement inscrit est opposable aux parties et aux tiers. A contrario, à défaut d'inscription valable, le nantissement sera nul

La juridiction compétente pourra utilement être définie par renvoi aux articles applicables du code de procédure civile

2) **article 3** idem

En outre, en ce qui concerne le 2° iii) nous vous conseillons de préciser, à la suite « *d'une description de fonds, objet de nantissement* », « *et de ses succursales s'il y a lieu avec une indication précise des éléments qui constituent et sont compris dans le nantissement* » (article 10 de la loi française du 17 mars 1909)

En ce qui concerne le 2° iv) nous vous conseillons de modifier cette mention, en « *- du montant de la créance exprimée dans le titre et les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité* »

3) **article 8** il conviendrait de fixer un délai d'inscription du nantissement, au-delà duquel le nantissement sera nul, pour les mêmes raisons que celles décrites à l'article 1

La juridiction compétente pourra utilement être définie par renvoi aux articles applicables du code de procédure civile

4) **article 11** idem

5) **article 13** idem

6) **article 15** idem

7) **article 17** idem

#### V- **Projet de décret sur le registre du commerce et des sociétés**

1) **article 5** il conviendrait de fixer un délai pour l'immatriculation, à compter du début de l'activité commerciale. A défaut de s'être immatriculée dans ce délai, la personne physique ne pourra se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers

En France, ce délai est fixé à 15 jours par l'article 7 du décret du 30 mai 1984

En outre, cet article prévoit la possibilité d'une déclaration anticipée dans le mois qui précède le début de l'activité commerciale

2) **article 28** au 1°, il est fait mention des termes prévus à l'article 6 A (6°). Or, ce paragraphe n'existe pas

3) **article 42** le terme de faillite est substitué au terme de liquidation de biens au 1<sup>er</sup> alinéa et au 1°

4) **article 44** il est fait référence aux articles 35 et 36, alors que la législation française fait référence à des articles qui correspondraient aux articles 42 et 43 du projet

5) **article 46** les articles 42 et 44 sont visés alors que, conformément à la législation française, il semblerait que ce soient respectivement les articles 43 et 45

L'article 36 du décret français de 1984 visé dans l'article 39 du même décret ne connaît pas de transposition dans le présent projet. Par conséquent, la mention de l'article 41 n'a pas lieu d'être

6) **article 56** il est fait référence à un commissaire à la transformation, qui devra être défini au Code des sociétés

7) **article 58** il est fait référence à l'article 55 alors que cela devrait être l'article 56

8) **article 59** idem

9) **article 60** idem

10) **article 64** le dernier alinéa fait référence à divers articles Le premier d'entre eux (article 5) a été vraisemblablement repris du texte de la loi française mais il ne correspond à aucune disposition du projet malgache

Il est aussi fait mention de l'article 47 qui devrait être l'article 54 du projet , l'article 67 devrait être l'article 74 , l'article 69 devrait être l'article 75

Enfin, il est fait référence à un article 70, mentionné dans le décret français, mais qui n'a pas d'équivalent dans le présent projet

11) **article 87** Il est fait référence aux articles 64 à 69 alors que les articles désignés devraient être 65 à 70

12) **article 88** il est fait mention de l'article 78 alors que l'article désigné devrait être l'article 87

Les autres dispositions n'incitent pas de commentaires supplémentaires

\* \* \*



**Business Law Reform and  
Alternative Dispute Resolution  
Development**

Under the USAID/Madagascar Legal Regulatory and  
Judicial Reform Activity

**Commande No 1  
COMMENTAIRES SUPPLEMENTAIRES  
SUR LES PROJETS DE LOIS MALGACHES**

- Projet de Loi relatif au Statut du Commerçant
- Projet de Loi sur la Concurrence
- Projet de Loi sur la Transparence Financiere
- Projet de Decret sur la Publicite du Credit Immobilier
- Projet de Decret sur le Registre du Commerce et des Societes

A L'attention de  
USAID

Preparé par

Monsieur Alexander B Blumrosen  
Bernard-Hertz-Béjot  
8 rue Murillo  
750008, Paris  
Tel (33) 1-43-18-80-80  
Fax (33) 1-43-18-80-90

Professeur Ratiaray Ramarolanto  
JURECO Etudes et Conseils SA

Contrat USAID No 623-C-00-98-00029-00

- 24 Septembre 1998 -

ARD Inc and Checchi and Company Consulting Inc  
1915 I Street NW 6<sup>th</sup> Floor  
Washington DC 20006  
Washington Telephone 202-223-2533  
Local Telephone 033-110-3970  
e-mail ard-checchi@online mg

JURECO Etudes et Conseils S A  
Boîte Postale 682  
Lot IV M 66 rue Dr Raseta Andraharo  
Antananarvo 101 Madagascar  
Telephone 22 202 37  
e-mail somagi@bow dts mg

## TABLE DES MATIERES

<b>Introduction</b>	p 2
I      Projet de loi relatif au statut de commerçant	p 2
II     Projet de loi sur la concurrence	p 5
III    Projet de loi sur la transparence financière	p 11
IV     Projet de décret sur la publicité de crédit immobilier	p 11
V      Projet de décret sur le registre du commerce et des sociétés	p 12
<b>English Summary (Résumé en Anglais)</b>	p 14

## INTRODUCTION

Nous avons eu l'honneur d'être consulté au sujet des projets de lois de Madagascar relatives à l'activité économique et financière de ce pays, dans les domaines indiqués ci-dessus

L'objectif de nos commentaires, que vous trouverez ci-après, était de proposer des modifications qui nous semblaient nécessaires ou importants pour conserver la cohérence du texte de loi, ainsi que d'apporter de nouveaux éléments tirés de la jurisprudence et de la pratique

Au cours de notre étude de ces projets, nous avons été en relation avec Monsieur Ramarolanto Ratiaray, avec qui nous avons échangé nos opinions et nous nous sommes accordés sur des commentaires communs

Il est nous semble essentiel que la réforme soit menée par modification des articles ou des titres concernés sans bouleverser le plan et l'architecture initiale du Code de commerce

Toutes nos observations prennent en compte la loi française du 1er juillet 1996, relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, car il nous semblait essentiel que le législateur malgache tienne compte de l'ensemble législatif français afin d'assurer une transparence maximale aux investisseurs étrangers

Dans nos observations sur les projets d'articles, nous avons essayé de prendre au maximum en compte les réalités socio-juridiques de Madagascar. Cette approche nous a paru essentielle, afin que la nouvelle législation soit réellement adaptée aux besoins de Madagascar et non qu'elle soit une copie conforme de la législation française

Malgré le peu de temps qui nous était imparti pour établir notre consultation, eu égard au nombre de projets que nous avons eu à étudier, nous pensons avoir identifié plusieurs dispositions qui pourront être modifiées afin d'assurer une plus grande cohérence textuelle ainsi qu'une transparence accrue dans la pratique

### I- Projet de loi relatif au statut de commerçant

Avant tout commentaire sur les dispositions de ce projet de loi, il semble important d'établir un lien entre ce projet de loi et celui du décret sur le registre du commerce et des sociétés, afin que toutes les obligations légales soient respectées

1) **article 2** différents actes qui ont le caractère d'actes de commerce sont énumérés dans cet article, mais aucune définition précise de l'acte de commerce n'est donnée

L'acte de commerce est généralement déterminé comme l'acte par lequel une personne s'immisce dans la circulation des biens et des services en cherchant à retirer un profit de son intervention

Il semblerait judicieux d'insérer cette définition dans le texte de loi, afin de prévenir tout litige ultérieur quant à cette notion

2) **article 4** cet article relatif à la preuve n'est pas à sa place

Il pourrait trouver sa place à la fin du projet, sous un chapitre 5, dénommé « Preuve »

3) **article 6** il conviendrait de préciser si le majeur incapable peut ou non être commerçant, afin de prévenir d'éventuels problèmes d'interprétation de cette disposition

4) **article 7** Des dispositions précises ont-elles été prévues pour les étrangers qui désirent être commerçants sur le territoire malgache (du type d'une carte de commerçant étranger) ?

Il serait éventuellement utile d'insérer dans ce projet des dispositions spécifiques sur le statut des étrangers qui désirent avoir une activité commerciale sur le territoire malgache

Deux options se présentent - ne pas subordonner l'activité commerciale des étrangers à l'obtention d'une carte de commerçant étranger, et dans ce cas, nous vous conseillons de le stipuler dans votre projet

- calquer le projet de loi sur la législation française, qui subordonne l'exercice par un étranger d'une « profession commerciale, industrielle et artisanale » à la possession « d'une carte d'identité spéciale portant la mention « commerçant », délivrée par le préfet du département où l'étranger doit exercer son activité » (décret-loi du 12 novembre 1938),

et dans ce cas, il conviendrait d'ajouter des dispositions spécifiques à ce sujet

En outre une reformulation des deux derniers paragraphes de cet article semble utile pour obtenir une plus grande clarté de ces dispositions

Par exemple « Les actes de commerce accomplis au mépris et en violation d'une incompatibilité sont inopposables aux tiers de bonne foi. Ceux-ci peuvent cependant se prévaloir de ces actes s'ils le désirent »

5) **article 8** la formulation de la première interdiction (« d'une interdiction générale définitive ou temporaire prononcée par une juridiction judiciaire ») n'est pas claire. Il conviendrait de préciser quelle est l'hypothèse concernée

6) **article 12 à 16** (chapitre 3 obligations comptables du commerçant) ces quatre articles semblent s'inspirer du titre II du code de commerce français, sans le retranscrire totalement

Cependant, il nous semble important que certaines dispositions relatives aux livres de commerce du commerçant et aux bilan et comptes annuels soient maintenues. Ces dispositions permettent en effet d'assurer une plus grande transparence aux investisseurs.

Nous vous donc proposons la reformulation suivante, inspirée de la loi française du 11 février 1984 relative aux obligations comptables du commerçant

- article 12 *Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise, ces mouvements sont enregistrés chronologiquement*

*Elle doit contrôler par inventaire, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise*

*Elle doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe. Ils forment un tout indissociable.*

- article 13 *Le bilan décrit séparément les éléments actif et passif de l'entreprise et fait apparaître, de façon distincte, les capitaux propres*

*Le compte de résultat récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement. Il fait apparaître, par différence après déduction des amortissements et des provisions, le bénéfice ou la perte de l'exercice. Les produits et les charges, classés par catégorie, doivent être présentés soit sous forme de tableaux, soit sous forme de liste.*

*L'annexe complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat*

- article 14 *Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise*

*Le bilan, le compte de résultat et l'annexe doivent comprendre autant de rubriques et de postes qu'il est nécessaire pour donner cette image fidèle*

*Chacun des postes du bilan et du compte de résultat comporte l'indication du chiffre relatif au poste correspondant de l'exercice précédent*

*Le classement des éléments du bilan et du compte de résultat, les éléments composant les capitaux propres ainsi que les mentions à inclure dans l'annexe doivent être conformes au*

*nouveau plan comptable*

- article 15 *A moins qu'un changement exceptionnel n'intervienne dans la situation du commerçant, la présentation des comptes annuels comme les méthodes d'évaluation retenues ne peuvent être modifiées d'un exercice à l'autre. Si des modifications interviennent, elles sont décrites et justifiées dans l'annexe*

- article 16 *A leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, les biens acquis à titre gratuit à leur valeur vénale et les biens produits à leur coût de production*

*Pour les éléments d'actif immobilisé, les valeurs retenues dans l'inventaire doivent, s'il y a lieu, tenir compte des plans d'amortissement. Si la valeur d'un élément de l'actif devient inférieure à sa valeur nette comptable, cette dernière est ramenée à la valeur d'inventaire à la clôture de l'exercice, que la dépréciation soit définitive ou non*

*Les biens fongibles sont évalués soit à leur coût moyen pondéré d'acquisition ou de production, soit en considérant que le premier bien sorti est le premier bien entré*

*La plus-value constatée entre la valeur d'inventaire d'un bien et sa valeur d'entrée n'est pas comptabilisée. S'il est procédé à une réévaluation de l'ensemble des immobilisations corporelles et financières, l'écart de réévaluation entre la valeur actuelle et la valeur nette comptable ne peut être utilisé à compenser les pertes, il est inscrit distinctement au passif du bilan.*

*- article 17 Les éléments d'actif et de passif doivent être évalués séparément*

*Aucune compensation ne peut être opérée entre les postes d'actif et de passif du bilan ou entre les postes de charges et de produits du compte de résultat*

*Le bilan d'ouverture d'un exercice doit correspondre au bilan de clôture de l'exercice précédent*

*- article 18 Les comptes annuels doivent respecter le principe de prudence. Pour leur établissement, le commerçant est présumé poursuivre ses activités*

*Même en cas d'absence ou d'insuffisance du bénéfice, il doit être procédé aux amortissements et provisions nécessaires*

*Il doit être tenu compte des risques et des pertes intervenus au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur, même s'ils sont connus entre la date de la clôture et celle de l'établissement des comptes*

*- article 19 Les documents comptables sont établis en franc malgache et en langue malgache ou française*

*Les documents comptables et les pièces justificatives sont conservés pendant 10 ans*

*Les documents comptables relatifs à l'enregistrement des opérations et à l'inventaire sont établis et tenus sans blanc ni altération d'aucune sorte, dans des conditions fixées par décret (dans le décret, préciser la possibilité de tenir les documents comptables sur support papier ou par procédé informatique)*

*- article 20 La comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce*

*Si elle a été irrégulièrement tenue, elle ne peut être invoquée par son auteur à son profit*

*La communication des documents comptables ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté légale, partage de société et, en cas de règlement judiciaire, liquidation des biens*

*- article 21 Les modalités d'application des articles 12 à 20 seront précisées par décret*

7) **article 2** il ne semble pas que cet article soit à sa place dans ce projet de loi

Les autres dispositions ne semblent pas soulever de commentaires particuliers

## **II- Projet de loi sur la concurrence**

1) **article 2** le projet ne prévoit aucune disposition relative aux secteurs où la concurrence par les prix est limitée en raison de dispositions législatives ou réglementaires, de difficultés durables d'approvisionnement, de situation de monopoles, de situation de crise ou de circonstances exceptionnelles

Nous estimons qu'une telle disposition est nécessaire, afin de permettre au gouvernement de faire face cette situation exceptionnelle et de réguler les prix

En outre, il nous paraît important de se référer au respect des usages loyaux et honnêtes du commerce pour fixer le cadre de la liberté d'entreprendre

Nous vous proposons par conséquent une nouvelle rédaction de cette disposition, qui prend en compte les spécificités malgaches, à savoir

*" Les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence*

*Toutefois, dans les secteurs où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de dispositions législatives ou réglementaires, soit de difficultés durables d'approvisionnement, soit de situation de monopoles, soit de situation de crise ou de circonstances exceptionnelles, un décret peut réglementer les prix pour une durée déterminée, après consultation du conseil de la concurrence*

*Toute personne est libre d'exercer l'activité de son choix*

*Toutefois, cette liberté d'entreprendre qui implique la liberté de concurrencer autrui doit se faire dans le respect des usages honnêtes et loyaux du commerce, de la réglementation en vigueur ainsi que des prescriptions de la présente loi"*

2) **article 3** l'établissement d'une définition de la notion d'entreprise ne nous semble pas recommandé, eu égard au caractère évolutif de la matière

Cependant, si les législateurs optent pour l'établissement d'une définition de la notion d'entreprise, le terme d' "organisation autonome" utilisé dans le projet ne semble pas approprié à la définition de l'entreprise car il est trop vague sur le plan juridique. Le terme d' "unité économique" semblerait plus exact

La définition contenue dans le projet serait donc la suivante « *l'entreprise est une unité économique qui coordonne un ensemble des facteurs en vue de produire certains biens et services pour le marché* »

3) **article 4** Le deuxième alinéa du projet pose un problème puisqu'il confère un pouvoir extra-territorial à la législation malgache, en stipulant que " *la présente loi s'applique aux pratiques restreignant la concurrence qui peuvent y avoir des effets (sur le territoire national)"*

Or, ceci est exorbitant du droit commun puisque cette disposition permettrait au législateur de réprimander des comportements situés en dehors de son territoire, qui n'ont pas eu encore d'effets sur celui-ci, et qui n'en auront peut-être pas, puisque ce projet entend appréhender des pratiques restrictives en raison de leurs seuls effets virtuels

Nous vous proposons par conséquent un projet de reformulation, qui permet l'application de la loi malgache sur la concurrence uniquement si la menace sur le territoire malgache est certaine et réelle, à savoir

*« les dispositions de la présente loi s'appliquent à toutes les activités économiques exercées sur le territoire et concernent toutes les transactions sur les biens et services menées par toute entreprise, publique ou privée dans tout secteur d'activité, dès lors que par leurs actes,*

*ou comportements, les entreprises, les commerçants concernés violent les règles de la concurrence honnête loyale et licite*

*Les accords, conventions, ou opérations effectuées à l'étranger relèvent des dispositions de la présente loi dès lors qu'elles produisent effets sur le territoire malgache »*

4) **article 6** Afin de rendre le texte plus clair, il nous semble que la rédaction suivante de cet article est préférable au projet actuel du 1er alinéa de l'article 6, à savoir « *Le Gouvernement peut, en application des accords et conventions internationaux dont Madagascar fait partie, prendre des mesures de sauvegarde à caractère temporaire par voie de décret pris en Conseil des Ministres* »

5) **article 7** l'énumération d'une liste limitative nous paraît déconseillée Il conviendrait seulement que la dernière phrase de l'article 7 soit ainsi libellée « Il est donné une énumération non limitative des agissements visés, dans les articles suivants »

Il nous paraît en effet important que la jurisprudence puisse évoluer et envisager de nouveaux agissements contraires à ces dispositions

6) **article 17** sous cet article, une observation précise « *Il a été recommandé de mettre un article introductif s'inspirant de l'article 7 de l'ordonnance française du 1er décembre 1986 Or, cet article concerne uniquement les pratiques collectives (ententes, actions concertées et coalitions) »*

Il est exact que l'article 7 de l'ordonnance précitée ne concerne que les pratiques anticoncurrentielles collectives et il semble difficile de s'y référer pour instaurer une prohibition générale, sans établir un long catalogue

Cependant, hormis cette réserve, l'introduction d'une telle disposition ne semble pas poser de problèmes juridiques particuliers

7) **article 19** Il existe une tendance de la jurisprudence française d'exiger un cumul des deux derniers critères de limitation de concurrence, à savoir à la fois une limite dans le temps et dans l'espace (Cass com 04/05/1993)

Ainsi, afin de prendre en compte l'évolution jurisprudentielle et de limiter la pratique de clauses abusives, il paraît utile de remplacer *ou par et*

8) **articles 20 à 31** les particularités malgaches semblent nécessiter un remaniement du plan du projet de loi, afin de raisonner en termes d'abus de domination, de manière à appréhender à la fois l'abus de position dominante et l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique

En effet, les centrales d'achat se développent à Madagascar et exercent des pressions sur les

fournisseurs afin d'obtenir des conditions tarifaires très avantageuses au profit de leurs adhérents

Nous vous proposons par conséquent la reformulation suivante

- articles 20 à 24

*article 20 Les accords d'exclusivité- d'approvisionnement ou de distribution - qui ont pour objet d'obliger un contractant à ne s'approvisionner qu'auprès d'un unique fournisseur ou a ne distribuer que les produits d'une unique entreprise doivent offrir la faculté pour le commerçant ou pour le distributeur de réviser tous les trois ans les termes de leur accord En tout état de cause, la validité des clauses d'approvisionnement ou de distribution exclusive sont limitées a 10 ans de façon a restreindre la dépendance du commerçant*

*Art 20 -Est interdit le fait par toute personne d'imposer directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale Toutefois, cette prohibition ne s'applique pas à la vente des livres, journaux ou autre publication*

*Art 21 - Est interdit sauf motifs légitimes, le fait par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestation de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles sont faites de bonne foi et que le refus n'est pas justifié par les dispositions de l'article 29 de la présente loi*

*La demande d'un acheteur est présumée présenter un caractère anormal au sens de l'alinéa précédent lorsqu'il est établi que cet acheteur procède a l'une ou l'autre des pratiques déloyales visées par les dispositions de l'article 28 de la présente loi*

*Art 22 -Est prohibé le fait de subordonner la vente d'un produit ou la prestation d'un service soit à l'achat concomitant d'autres produits, soit à l'achat d'une quantité imposée, soit a la prestation d'un autre service*

*Art 23 - Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 419 du code pénal, est prohibé le fait de restreindre, d'empêcher ( le reste sans changement)*

*Art 24 - 1 - Est prohibé le fait, pour tout commerçant, de revendre un produit en l'état a un prix inférieur a son prix d'achat effectif Le prix d'achat effectif est présumé être le prix porté sur la facture d'achat, majoré du taxes spécifiques a cette revente et, le cas échéant, du prix du transport*

*II - Cette interdiction n'est pas applicable - aux produits périssables menacés d'altération rapide - aux ventes motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale ,*

*- aux produits ou articles a caractere ,saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ,*

*- aux produits qui ne répondent plus a la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnement technique ,*

*- aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué ou pourrait s'effectuer en baisse, Il, prix d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat - aux produits dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité*

*III - Les exceptions prévues aux paragraphes II ci-dessus ne peuvent en aucun cas faire obstacle a l'application des articles 5 75-5° et 614-6-3° du code de commerce"*

9) **article 25** Il semble que ce projet d'article, relatif à l'abus de dépendance économique ne trouve pas sa place au sein des pratiques collectives, objet de la sous-section 2 (art 26 à 31)

Nous pensons en outre qu'il serait nécessaire d'introduire dans un de ces articles la notion de dépendance économique, qui est définie par la jurisprudence française comme « la situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre les relations commerciales avec une autre, lorsqu'il lui est impossible de s'approvisionner en produit substituable dans des conditions équivalentes » (Cour d'appel de Paris, 22 janvier 1992)

10) **article 26** l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 décrit de façon plus détaillée ce en quoi les ententes qualifiées de pratiques restrictives peuvent consister

Ainsi, en ce qui concerne le point 2, à savoir « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché », l'ordonnance française spécifie à la suite « en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse »

Il nous paraît utile que le projet reprenne également cette dernière précision

Par ailleurs, l'article 7 de l'ordonnance française liste un quatrième point, qui nous paraît essentiel au regard du développement économique de Madagascar, à savoir

*« Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique »*

11) **article 28 et 29** le paragraphe 2 aura alors pour intitulé "les abus de domination"

Il nous paraît en outre utile que le projet de loi reprenne la définition de la position dominante établie par la Cour de Justice des Communautés Européennes, dans l'arrêt United Brands, à savoir

*« On entend par position dominante dans le sens de la présente loi la position économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs »*

Enfin, l'insertion du terme « notamment » dans la première phrase du 3ème paragraphe semble nécessaire, de manière à ce que cette description n'apparaisse pas comme limitative

Ainsi, *« Une telle position ressort notamment du comportement du ou des entreprises concernées en matière de fixation des prix, de discrimination, »*

Nous vous proposons donc la reformulation suivante

*Art 28 Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise*

*1- d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, la position dominante étant entendue comme la position économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs*

*2- de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une*

*entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente  
Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en vente liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées*

Art 29 *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 27 et 28 les pratiques -,*

*1- qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ,*

*2- dont les auteurs justifient qu'elles contribuent à améliorer la production, la qualité ou la distribution des biens et des services ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs des ces biens ou services une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause Ces pratiques, qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origines agricoles, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que de la politique commerciale, y compris en concernant d'un prix de cession commun, ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès*

*3- Certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du conseil de la concurrence*

12) **article 30** la formulation de cet article ne nous paraît pas prévoir toutes les éventualités et ne nous semblent pas offrir assez de sécurité juridique aux investisseurs étrangers

Afin de prévenir tout problème pratique ultérieur, nous vous proposons une nouvelle rédaction, inspirée de l'article 38 de l'ordonnance française de 1986, à savoir

*"Art 30 Tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie, à l'avis du conseil de la concurrence*

*La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante*

*Les dispositions de l'alinéa 1 ne s'appliquent pas lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont soit réalisé ensemble un certain pourcentage de ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables, soit totalisé un chiffre d'affaires dont le seuil est à déterminer, de même que le taux de transaction, est à déterminer par les textes d'application de la présente loi"*

12) **article 31** nous vous proposons de remplacer le terme "personne" par celui d' "entreprise"

13) **article 33** au e), nous vous conseillons d'inclure le terme « notamment » dans la première phrase, pour les mêmes raisons que celles que nous venons d'indiquer

*« e) - recueillir les notifications des concentrations économiques et apprécier l'opportunité d'octroi d'autorisation à cet égard en tenant compte pour ce faire notamment des éléments ci-après »*

14) **article 42** il nous semble important de préciser que les décisions du Conseil de la concurrence doivent être motivées, ceci d'autant plus qu'un recours devant la Cour suprême existe

15) **article 66** il apparaît une faute de frappe à la 2ème ligne du 1er paragraphe, à savoir « celles-ci peuvent ordonner la mise sous séquestre de tout ou partie des biens du condamné », et non de « tout en partie »

Les autres dispositions n'incitent pas d'observations particulières de notre part

### **III- Projet de loi sur la transparence des entreprises**

1) **article 4** il n'est pas prévu dans le projet la possibilité pour les personnes physiques de s'immatriculer de façon anticipée

L'article 7, alinéa 5 du décret français du 30 mai 1984 prévoit en effet cette possibilité dans le mois précédant la date de déclaration du début de l'activité commerciale

Les autres dispositions ne nous semblent pas poser de problèmes juridiques et nous satisfont

### **IV- Projet de décret sur la publicité du crédit mobilier**

1) **article 1** il conviendrait de fixer un délai d'inscription du nantissement, au-delà duquel le nantissement sera nul

En effet, l'article 19 dispose que le nantissement régulièrement inscrit est opposable aux parties et aux tiers. A contrario, à défaut d'inscription valable, le nantissement sera nul

La juridiction compétente pourra utilement être définie par renvoi aux articles applicables du code de procédure civile

2) **article 3** idem

En outre, en ce qui concerne le 2° iii) nous vous conseillons de préciser, à la suite « d'une description de fonds, objet de nantissement », « et de ses succursales s'il y a lieu avec une indication précise des éléments qui constituent et sont compris dans le nantissement » (article 10 de la loi française du 17 mars 1909)

En ce qui concerne le 2° iv) nous vous conseillons de modifier cette mention, en « - du montant de la créance exprimée dans le titre et les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité »

3) **article 8** il conviendrait de fixer un délai d'inscription du nantissement, au-delà duquel le nantissement sera nul, pour les mêmes raisons que celles décrites à l'article 1

La juridiction compétente pourra utilement être définie par renvoi aux articles applicables du code de procédure civile

4) **article 11** idem

5) **article 13** idem

6) **article 15** idem

7) **article 17** idem

**V- Projet de décret sur le registre du commerce et des sociétés**

1) **article 5** il conviendrait de fixer un délai pour l'immatriculation, à compter du début de l'activité commerciale. A défaut de s'être immatriculée dans ce délai, la personne physique ne pourra se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers

En France, ce délai est fixé à 15 jours par l'article 7 du décret du 30 mai 1984

En outre, cet article prévoit la possibilité d'une déclaration anticipée dans le mois qui précède le début de l'activité commerciale

2) **article 28** au 1°, il est fait mention des termes prévus à l'article 6 A (6°). Or, ce paragraphe n'existe pas

3) **article 42** le terme de faillite est substitué au terme de liquidation de biens au 1er alinéa et au 1°

4) **article 44** il est fait référence aux articles 35 et 36, alors que la législation française fait référence à des articles qui correspondraient aux articles 42 et 43 du projet

5) **article 46** les articles 42 et 44 sont visés alors que, conformément à la législation française, il semblerait que ce soient respectivement les articles 43 et 45

L'article 36 du décret français de 1984 visé dans l'article 39 du même décret ne connaît pas de transposition dans le présent projet. Par conséquent, la mention de l'article 41 n'a pas lieu d'être

6) **article 56** il est fait référence à un commissaire à la transformation, qui devra être défini au Code des sociétés

7) **article 58** il est fait référence à l'article 55 alors que cela devrait être l'article 56

8) **article 59** idem

9) **article 60** idem

10) **article 64** le dernier alinéa fait référence à divers articles. Le premier d'entre eux (article 5) a été vraisemblablement repris du texte de la loi française mais il ne correspond à aucune disposition du projet malgache

Il est aussi fait mention de l'article 47 qui devrait être l'article 54 du projet, l'article 67 devrait être l'article 74, l'article 69 devrait être l'article 75

Enfin, il est fait référence à un article 70, mentionné dans le décret français, mais qui n'a pas d'équivalent dans le présent projet

11) **article 87** Il est fait référence aux articles 64 à 69 alors que les articles désignés devraient être 65 à 70

12) **article 88** il est fait mention de l'article 78 alors que l'article désigné devrait être l'article 87

Les autres dispositions n'incitent pas de commentaires supplémentaires

## ENGLISH SUMMARY (Résumé en Anglais)

### 1 The Tradesman's Law

Article 2 Unlike the French equivalent, the draft text does not define a “commercial act”, and hence may lead to some confusion as to what types of activities are covered by the proposed law. We suggest that the accepted definition in the French legislation be incorporated, which provides that is commercial “any act by which a person participates in the circulation of goods and services, with the expectation to benefit from such participation”

Articles 6 and 7 The proposed text does not have any particular provision regarding either adults who are unable to exercise their rights (ie, under trusteeship) or foreigners. This is particularly important with respect to the rights and obligations of foreigners wishing to exercise a commercial activity in Madagascar, as the law does not detail the conditions under which such activity may be exercised (such as President, Chairman of the Board of Directors, or a foreign manager sent to Madagascar from a foreign affiliated company). In France, a governmental decree defines when and how a foreigner may engage in such commercial activities, and we suggest that similar provisions – whether in the Law or an associated Decree – should be adopted. Madagascar law will appear more predictable and reassuring to foreign investors if the local law defines with clarity the rules governing commercial acts engaged in by foreigners.

Article 8 The circumstances in which the general prohibitions contained in this article may be applied are not defined, and we suggest that the legislator may wish to be more specific.

Articles 12-16 These articles refer to basic administrative housekeeping of a company. In order to be clear about the various legal obligations imposed in this regard, we have suggested that certain additional clauses be added concerning the keeping of legal and accounting books and the filing of a company's annual accounts.

### 2 Competition Law

Article 2 We have suggested that this provision be modified to permit the government to intervene in the markets for a short time to regulate prices in cases where the free competition of the marketplace is unable to function correctly, for example regarding supply shortages, monopolies, or major crisis. Also, we have suggested that the freedom to act in the marketplace be circumscribed by basic notions of good faith dealing.

Article 3 The draft text suggests a definition of a corporate enterprise, calling it an “autonomous organization”. Instead, we have suggested that no definition be provided at all, as the notion of an enterprise is always changing, or else that the law refer to “economic unit” for the definition of an enterprise.

Article 4 We have suggested that the final paragraph of this article should be deleted. This provision permits the extraterritorial application of the State's competition law in cases where

extraterritorial conduct “might” have impact on the Madagascar territory. While most national competition laws, including the U.S. Sherman Act, permit the extraterritorial application of their antitrust laws, there needs to be more than a mere suspicion that foreign anti-competitive conduct will have an impact locally; there generally must be proof that such conduct actually does have an impact.

Article 7. This provision sets forth a list of anti-competitive conduct that is meant to be an exhaustive list. We have suggested that the list be expressly open-ended, to give the judges and the government (through decrees) to define new types of activity as anti-competitive if necessary.

Article 19. In order to limit the abusive or excessive application of non-competition clauses, many countries have adopted rules that prohibit such clauses unless they are reasonable in geographic scope and in duration. We have suggested that a similar approach be applied in the draft law.

Articles 20-31. We have suggested certain clarifications of the definition of abuse of dominant market position.

Article 25. We have suggested that the notion of abuse of economic dependence be defined in the draft law. This is a variant of abuse of dominant market position, and has been defined under French law as “the situation in which one company is obligated to continue commercial relations with another, when it is impossible to find substitute goods at similar conditions.”

Article 26. This provision sets out the types of anti-competitive agreements that are illicit. While inspired by French legislation, the draft leaves out one important type of agreement that is in the French text, and which we consider important with respect to foreign investment in Madagascar. The French law prohibits agreements that “limit or oversee production, sales, investments or technical progress.”

Article 28-29. In the discussion of abuse of market power, we have suggested, for the sake of clarity, that the definition adopted by the European Court of Justice be used, and we have suggested that the list of practices that may give rise to this type of violation be left open-ended, as discussed above, in order to provide more flexibility to courts and the government.

Article 30. We have suggested a redraft of this provision, similar to article 38 of the French competition law.

Article 33. We suggest again that it may be unwise to have a fixed and established list of prohibited conduct.

Article 42. The Competition Council, under the current draft, is not required to give an explanation for its decisions. We have suggested that the Council should be required to provide the parties with a written explanation of rulings. This would seem important so that the parties know exactly where they stand, and also so that the appellate court reviewing the matter on appeal will have the benefit of the learning from the Competition Council.

### **3 Law on the Transparency of Companies**

Article 4 The draft law does not provide for the registration of individuals with the Registry of Commerce before the commencement of a commercial activity This may be somewhat limiting, and we have suggested that the French approach be adopted, which does allow such registration This approach in effect gives more flexibility to foreign nationals starting up a commercial venture in Madagascar, as they can assure themselves before their activity even begins of compliance with the necessary administrative formalities

### **4 Decree on the legal notice for real property mortgages**

The draft decree currently does not have a time limit for the registration of a lien Article 19 merely implies that a lien that is not registered will not be valid, but gives no time period for the registration

### **5 Decree on the Commercial Registry**

There is no time limit provided in the decree in which an individual must register with the commercial court We suggest, to ensure compliance, that a time limit be established and that the failure to register with such period will prevent the individual from invoking their commercial status with respect to third parties

\*\*\*\*\*