

SOMMAIRES

Etudes et Recherches

Les principaux apports de la nouvelle réglementation des marchés publics(Décret du 20 mars 2013)/ Driss MOULAY HICHAM	3
Quelle place occupe la notion de frontière dans un monde mondialisé ? Meryem QORCHI,.....	19
Deficits Jumeaux Dans Une Économie En Voie De Développement Cas Du Maroc : Une Modélisation Vectorielle Autorégressive (Var).....	35
Le Cumul D'un Contrat De Travail Et D'un Mandat Social : Conditions Et Effets / Kouaouchi AbdelKarim	53
une Approche Sur La Delimitation Administrative Cas du domaine privé de l'Etat et des terres collectives/ EL HALLIOUI Mouhssine	81
Normes Déontologiques Et Marchés Financiers/ Mounia BOULACH	96
L'aménagement Contractuel De La Préférence En Matière De Copropriété./ Anas Hmina	106
« La Relation Banque/Entreprise En Difficulté: Cas De La Pme Marocaine » / BOUKHIMA ASMAA ET NAJAB AMAL	121
Le Droit A La Sécurité Et Ses Implications Dans La Constitution Marocaine / Khalid EL ANTRI	136
Le Travail D'intérêt Général En Droit Marocain : Une Nouvelle Alternative A L'incarcération./ SANAA DAHBI	146
Les Rapports Entre La Commune Et Les Associations A La Lumière De La Loi Organique N° 113.14 / Mohamed EL AMRAOUI.....	159
Les Finalités De L'interprétation Des Textes Fiscaux Au Maroc/ El Bakkay DARGHALI	166

Etudes et Recherches

Les principaux apports de la nouvelle réglementation des marchés publics (Décret du 20 mars 2013)

DRISS MOULAY HICHAM

Etudiant chercheur

Université Mohamed V- Rabat

Faculté des sciences juridique, Economique et Sociale- salé

Introduction

Le décret n° 2-12 du 20 mars 2013 relatif aux marchés publics, publié au Bulletin Officiel n° 6140 du 4 avril 2013, p1645-1704, se surpasse sur les dispositions des articles 72 à 90 de la Constitution approuvée, unanimement, par la nation, le premier juillet 2011 et promulguée par le Dahir du 29 juillet 2011¹, ainsi qu'à la loi n° 69-00 relative au contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques et autres organismes, édictée par le Dahir n° 1-03-195 du 11 novembre 2003, outre la loi n° 45-08 relative à l'organisation des finances des collectivités locales et de leurs groupements, ordonnée par le Dahir n° 1-09-02 du 18 février 2009, notamment son article 55, de même qu'au décret n° 2-98 du 26 avril 1999 relatif à l'élaboration et à l'exécution de la loi des finances, notamment son article².

A ce stade, on peut observer la continuité qu'assurait le décret n° 2-12 du 20 mars 2013 par rapport plus particulièrement au décret n° 2-06-388 du 5 février 2007 fixant les conditions et les formes des passations des marchés de l'Etat, ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et leur contrôle (B.O, n°

¹ - Bulletin officiel n° 5964 bis, du 30 juillet 2011, p 3600 reproduite sous le thème :

« La nouvelle Constitution du Royaume du Maroc Publications de la revue marocaine d'administration locale et de développement, collection : textes et documents, n° 245, 2011, Impression El Maârif Al Jadida, Rabat.

² - A vrai dire la réglementation des marchés public remonte jusqu'à l'acte d'Algésiras du 7 avril 1906, entrant pour la première fois, au Maroc, le régime du marchés public, surposant sur la technique de l'adjudication et des demandes d'offres. Mais seulement au profit des ressortissants des puissances ayant des intérêts sur le sol marocain, c'est-à-dire ceux qui étaient membres à la conférence d'Algésiras de 1906 en l'occurrence la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, l'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique, la Grande Bretagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, La Russie, Le Suède. Sachant que le Danemark était absent en dépit qu'il était membre de la conférence d'Algésiras.

5518 du 19 avril 2007, p 529), où ce décret n° 2-06-388 prenait soin d'exposer ses motifs de la manière suivante :

La réforme de la réglementation sur la passation des marchés de l'Etat s'inscrit alors dans le cadre des grands chantiers de réformes visant l'adaptation de l'administration publique aux changements en cours et des engagements du Maroc vis-à-vis de ses partenaires.

En effet, les exigences de modernité, de bonne gouvernance et d'ouverture économique encouragent tous à se doter d'une réglementation des marchés qui tient compte de l'objectif de consolidation de la transparence et des intérêts de l'administration et du secteur privé, dans le cadre d'un partenariat équilibré en vue d'assurer des prestations de meilleure qualité et au coût optimum.

En outre, le présent décret a été conçu en adéquation avec la nouvelle approche de la gestion des finances publiques, basées sur la responsabilisation des ordonnateurs, et la recherche de la performance, la contractualisation des rapports entre les administrations centrales et leurs services déconcentrés.

Par ailleurs, la réforme sur les marchés publics traduit l'orientation des pouvoirs publics, tendant à moraliser la vie publique, et à lutter contre toutes les pratiques de fraude et de corruption. Cette exigence est d'autant plus nécessaire que les marchés publics constituent le principal moyen de satisfaction des besoins de l'administration.

En somme, le présent décret exprime la détermination des pouvoirs publics d'inscrire, de manière irréversible la passation des marchés de l'Etat dans une logique de respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence et de simplification des procédures.

D'un autre côté, le décret n° 2-12 du 20 mars 2013, relatif au marchés publics, se compose d'un nombre de règles que contiennent cent soixante treize (173), articles corroborés par trois annexes, dont le premier englobe une liste des prestations pouvant faire l'objet de contrats ou de conventions de droit commun, tandis que le deuxième annexe concerne une liste des prestations pouvant faire l'objet de marchés-cadre, quant au troisième annexe, il contient une liste des marchés reconductibles.

Revenant au décret n° 2-12 du 20 mars 2013, relatif au marchés publics, il a exposé ses dispositions à travers un chapitre premier contenant des « Dispositions générales », détaillées tout au long des articles premier jusqu'au cinquième article. En revanche, le deuxième chapitre, c'est-à-dire les articles 6 à 12, régit les « types et prix des marchés », sachant que le dit-chapitre se subdivise en deux sections, la première concerne les « types de marchés », le deuxième regarde les « prix des marchés ». Pour le troisième chapitre, c'est-à-dire les articles 13 à 16, il est intitulé « formes des marchés et mode de leur

passation », contrairement au chapitre quatrième réglementant « les procédures de la passation des marchés publics », à savoir les articles 17 à 88, ainsi dévisées :

Section première : Appel d'offre

Sous-section première : Appel d'offre ouvert ou restreint

Sous-section II : Appel d'offre avec présélection.

Section II : Le concours (Art 63-83)

Section III : Marchés négociés (Art 84-87)

Section IV : Prestations sur bons de commande (Art 88).

Chapitre Cinquième : Dispositions relatives aux prestations architecturales

Section première : Dispositions générales et communes (Art. 89-90).

Section II : Modes de passation des contrats des prestations architecturales
(Art. 91)

Sous-Section I : Consultation architecturale (Art. 92-111).

Sous-Section II : Concours architecturale (Art. 112-129).

Chapitre sixième : Dispositions relatives aux marchés des régions, des préfectures, des provinces et des communes (Art. 130-146).

Chapitre septième : Dématérialisation des procédures (Art. 147-151).

Huitième Chapitre : Gouvernance des marchés publics
(Art. 161-168).

Onzième Chapitre : Dispositions finales et dérogations (Art. 171-173).

Annexes

Annexe première : Liste des prestations pouvant faire l'objet de contrats ou de conventions de droit commun.

Annexe seconde : Liste des prestations pouvant faire l'objet de marchés-cadre.

-/-

Les objectifs de la réforme

Il est à noter que les différentes réformes du système des marchés publics, au Maroc¹, tout au long de la réglementation de la matière, c'est-à-dire depuis le Dahir du 19 juin 1917 relatif à la comptabilité publique jusqu'au décret sus-visé, n° 2-12 du 20 mars 2013, s'efforcent à aboutir à des fins parmi autres, notamment les suivantes :

- 1) Consolider les principes susceptibles de consacrer la libre concurrence entre tous les candidats aux marchés publics.
- 2) Prescrire les mécanismes pouvant garantir la transparence pendant toute la période de la préparation et de l'exécution des marchés publics.
- 3) Déplorer le maximum des efforts garantissant le respect du principe de l'égalité entre tous les entrepreneurs, candidats à présenter et à exécuter les marchés publics.

¹ - Pour plus de détail, CF, notamment RAFALA (A), Contribution à l'étude des marchés de l'Etat au Maroc, thèse de doctorat en droit, Grenoble, 1983, p 27 – ROKHSSI (D), les marchés des collectivités locales au Maroc, mémoire de cycle supérieur de l'E.N.A.P (Ecole Nationale de l'Administration Publique), devenu ENA, Rabat, 1979-1978, p. 130.

- BOUTAQBOU (A), la réglementation des marchés publics d'architecture et d'ingénierie, aspects critiques, revue marocaine d'administration locale et de développement (R.E.M.A.L.D), collection : Etudes, n° 23, 1998, p 175.

- FILALI (F) : La transparence dans la gestion de marchés publics, Revue marocaine d'administration locale et de développement, n° 96, 2011, p 131.

RAGALA (A) :

1) Les marchés publics et l'ingénierie, pour une convergence des objectifs, REMALD, n° 30-21, juillet – décembre 1997, p 97.

2) L'importance des marchés publics et l'ingénierie, pour une convergence des objectifs, REMAD, n° 17, octobre – décembre 1996, p 37.

3) Pour une réglementation spécifique des marchés publics des collectivités locales au Maroc, REMAL, n° 6 janvier – mars, 1994, p 57.

4) De la simplification des procédures en matière de marchés publics, Revues marocaine des marchés publics (AMMP), n° 6 septembre 1989, p 31.

5) Le sous-traitant en matière de marchés publics, revue de droit et d'économie (RDE, Fès), n° 1, 1985, p 83.

- YACHOU (M) : Les incidences d'exécution des marchés de travaux publics, REMALD, n° 1, 1983, p 45 – ZARROUK (N), la concession technique de développement des services publics locaux, les leçons des expériences. R.E.M.A.D, n°15, 1998n p 75.

- 4) Rendre l'obligation d'informer tous les intéressés une règle obligatoire envers le maître d'ouvrage, afin de faciliter la connaissance de l'existence et des caractères du marché public en question.
- 5) La collaboration à diffuser les normes de la moralisation de la vie publique au sein de l'administration, en vue, d'une part, de dématérialiser les procédures administratives en matière des marchés publics, ainsi que mettre fin à tous les procédés d'intervention, de fraude ou de corruption. D'autre part, rendre les modes d'attaquer ou de demander l'annulation des procédures des moyens habituels et normaux, en cas de nécessité, et selon les règles à poursuivre.

En outre, la réforme voulue par le Décret n° 2-12 du 20 mars 2013, à l'instar du mouvement législatif contemporain, notamment au cours des années 2000, prescrivait le recours voire l'engagement de procéder aux méthodes extrajudiciaire susceptibles de régler les différends, entre l'administration et l'entrepreneur, particulièrement par le biais de l'arbitrage, de la conciliation ou les différents modes de médiation¹.

En effet, le décret, dans son article premier, fait référence aux buts susmentionnés, prescrivant ainsi les termes suivants :

« La passation des marchés publics obéit aux principes :

- de liberté d'accès à la commande publique ;
- d'égalité de traitement des concurrents ;
- de garantie des droits des concurrents ;
- de transparence dans les choix des maître d'ouvrage ».

¹ - Pour de profondes analyses, sur le thème en question nul ne pourrait se dispenser de consulter des études d'importance de taille et de qualité, telles qu'à titre d'exemple :

- عبد الله حداد: الصفقات العمومية ودورها في التنمية الاقتصادية الاجتماعية، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، 1984-1985، طبع وتوزيع مكتبة دار السلام، الرباط 1986، ص 19.

- محمد الاعرج: القانون الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 74، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2011، ص 281.

- الجيلالي أمزيل: الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المذكورة من قبل، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 79، 2008، ص 17.

- حمادي حميدي: طرق إبرام الصفقات العمومية، رسالة دبلوم الدراسات العليا في الحقوق، فرع القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال . الرباط، 1982-1983، ص 72.

أسماء شطبي: قراءة في المرسوم الجديد المتعلق بالصفقات العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 116، ماي . يونيو 2014، ص 145.

Il est à signaler que l'article premier du décret, comme il énumère les principes dominant la candidature et l'octroi du marché public, il a aussi pris soin de préciser les bases d'intérêt public imposant les dits principes, à savoir, selon les deux derniers alinéas de l'article premier : « assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Il exige une définition préalable des besoins de l'Administration, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », au lieu d'une vieille idée, selon laquelle le marché doit être offert au concurrent proposant le coût le plus bas, après l'ouverture des plis.

A ce propos, le gouvernement marocain avait par une circulaire émanant du premier ministre, sous le numéro 07/2007, prescrivant « la publication électronique des informations et des documents relatifs aux marchés de l'Etat »¹, notant, en particulier que :

« Conscient des enjeux de la dématérialisation de la commande publique et de son intérêt primordial dans la moralisation de la vie publique et la lutte contre la corruption, le nouveau décret, n° 2-06-388, fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat, ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur gestion, adopté en conseil des ministres le 31 janvier 2007, a prévu la création du portail national des marchés publics.

La mise en place d'un tel outil permet :

- D'informer, en toute transparence, et de manière régulière, les entreprises sur les intentions d'achat régulière, des différentes administrations publiques ;
- D'élargir la base de la concurrence, dans la mesure où les informations contenues dans le dit portail sont mises en ligne et en temps réel à la disposition de l'ensemble des fournisseurs potentiels des administrations de l'Etat ;

¹ - Revue marocaine d'administration locale et de développement, collection : textes et documents, n° 255 où est publié une autre circulaire du ministre de l'économie et des finances, n° 2/0709 du 4 mars 2008, sur la « publication des dossiers d'appel d'offres dans le portail électronique marocain des marchés publics », précisant qu'au sein de ce portail sont publiés les textes législatifs et réglementaires régissant les marchés de l'Etat. Le dit portail est domicilié au Ministère de l'économie et des finances, et sa gestion est assurée par la Trésorerie Générale du Royaume.

Pourtant, on constate qu'au Maroc il n'y a pas de revue spécialisée en la matière. A l'exception de la revue marocaine des marchés publics qui a abouti le numéro 6. A la différence de la France où s'est créée « La Revue des marchés publics », ses numéros dépassent, en 2016, cent soixante (160) volumes, participe, ainsi, à la reproduction des textes législatifs, réglementaires, outre les études doctrinales, note de jurisprudence, jugements et arrêts des tribunaux et cours administratives et conseil d'Etat.

- D'optimiser les circuits d'informations, dès lors que les entreprises intéressées peuvent télécharger les dossiers d'appel d'offres et présenter leurs offres dans les meilleures conditions de transparence et célérité requises.

De plus, le gouvernement marocain a mis en place une commission des marchés qui a pour mission, conformément à l'art. de 7 de décret n° 2-75-840, du 30 décembre 1975 (BO, n° 3297 du 7 juillet 1976), les attributions suivantes concentrées sur son avis envers les :

- 1- Les projets des textes législatifs ou réglementaires relatifs aux marchés publics ;
- 2- Les problèmes généraux ou particuliers, relatifs à la préparation, à la passation, à l'exécution et au règlement des marchés de travaux, fournitures ou services ;
- 3- Les projets de conventions, concessions ou actes administratifs comportant exécution d'un service public, ainsi que sur les modifications à apporter à ces conventions, concessions ou actes ;
- 4- Les projets de marchés ou d'avenants sur lesquels elle est consultée à la demande de l'ordonnateur ;
- 5- Les contestations relatives à la procédure et aux résultats d'adjudications, des appels d'offres et concours.

De même, que, d'après l'article 8 du décret n° 2-75-840, la commission des marchés, a également, pour objet :

- 1- D'élaborer des instructions à l'intention des services de marchés et de les soumettre à l'approbation du Chef du Gouvernement ;
- 2- De proposer les dispositions destinées à compléter la réglementation des marchés et d'entreprendre la codification de cette réglementation et sa mise à jour permanente ;
- 3- D'entreprendre toute étude d'ordre administratif, financier ou technique, en vue de permettre une amélioration des conditions de placement des commandes et marchés de l'Etat ¹ ;

¹ - Nonobstant le nombre modeste des études et analyses profondes et riches sur les questions et pratiques des marchés publics au Maroc. les bibliothèques des universités marocaines contiennent des recherches présentées sous forme de mémoires ou thèses, récentes et d'une importance non négligeable. A titre d'exemple ; Consultez :

- MALLYANI Mustapha, Pour une rationalisation des dépenses publiques au Maroc, cas de la gestion des marchés publics, mémoire d'études supérieures approfondies en droit, section droit public, faculté des sciences juridiques, économiques, économiques, et sociales, Agdal, Rabat, 2001-2002.
- ZIAD Sana, le contrôle de la qualité dans le secteur du bâtiment, mémoire d'études supérieures approfondies en droit, droit public, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Agdal, Rabat, 1998-1999.

Comme le décret du 20 mars 2013 essaie de suivre le mouvement de réforme législative, réglementaire et administrative, il a aussi, rend compte aux exigences d'environnement édictées, d'un côté, par les instances internationales, et de l'autre, en conséquence de l'acceptation, l'approbation, et l'adhésion de royaume du Maroc aux multiples et différents pactes internationaux convenus en vue de la protection, de sauvegarde et de collaborer au développement de l'environnement et à la bonne gouvernance des ses composant pour le bien de l'être-vivant.

A cet égard, l'alinéa seconde de l'article premier du décret, stipule que « la passation des marchés publics prend en considération le respect de l'environnement et les objectifs du développement durable »¹.

Quant à l'objet et au champ d'application du décret n° 2-12, en question, il est indispensable de distinguer entre deux domaines différents. D'une part, les marchés de travaux, de fourniture et de service, pour le compte de l'Etat et des établissements publics figurant dans la liste fixée par un arrêt du ministre chargé des finances, prévue par l'article 19 de la loi n° 69-00 relative au contrôle financier de l'Etat sur les entreprises publiques et autres organismes. Cela veut dire que les marchés sus indiqués sont soumises aux dispositions du décret n° 2-12 du 20 mars 2013.

Tandis, d'autre part, à titre transitoire, et en attendant l'entrée en vigueur de la loi organique fixant le régime financier des régions et des autres collectivités territoriales, prévues à l'article 146 de la constitution et des textes pris pour son application, le décret n° 2-12 détermine, également les conditions et les formes dans lesquelles sont passés les marchés de travaux et de services pour le compte des régions, des provinces et des communes.

RHOLI Khalid, La concession de services publics au Maroc, mémoire d'études supérieures approfondies en droit, droit public, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Agdal, Rabat, 1999-2000.

¹ - En arabe, également le lecteur pourrait trouver d'autre lectures et points de vue à travers des analyse aussi pertinents a titre d'exemple, voir notamment :

- الجليلي أمزيل، منازعات المنافسة في مجال الصفقات العمومية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 19، 2000، ص 173.
- حمادي حميدي: الجزاءات المطبقة في ميدان الصفقات العمومية، المجلة المذكورة، العدد 22، يناير. مارس 1998، 224.
- عبد الله العليج: الرقابة القضائية على القرارات الصادرة بشأن تطبيق أحكام وقواعد صفقات الأشغال والتوريدات والخدمات المبرمة لحساب الدولة، المجلة السابقة الذكر، العدد 19، أبريل يونيو 1997، ص 115
- محمد باهي: تسوية المنازعات المتهتبة عن مخالفة شروط إبرام الصفقات العمومية، المرجع السابق، العدد 87-88، أكتوبر 2009، ص 265.
- محمد الزياتي: القاضي الإداري والصفقات العمومية بالمغرب، المرجع السابق، العدد 78-79، 2008، ص 131.
- عبد الله ركالة الوزاني: بعض أوجه إصلاح نظام الصفقات العمومية، مجلة القانون والاقتصاد (فاس)، العدد 15، 1998، ص 73.

II – Notions fondamentales

Parmi les innovations qu'apportait le décret du 20 mars 2013 il y a un certain nombre de définitions d'un immense intérêt, théorique et pratique, outre qu'elles sont de nature à entraver les différents et les contestations pouvant se soulever à ce stade, tant au sein de la doctrine ou de la jurisprudence, qu'au niveau des rapports unissant le maître d'ouvrage et l'administration publique.

En effet, l'article 4 du décret s'est efforcé à préciser les sens des notions suivantes :

1) Attributaire :

Cette notion comprend tout concurrent dont, l'offre a été retenue avant la notification de l'approbation du marché.

2) Autorité compétente :

Cette définition vise l'ordonnateur ou la personne déléguée par lui, pour approuver le marché, ou toute autre personne habilitée à cet effet, par un texte législatif ou réglementaire.

3) Bordereau des prix :

Document qui contient une décomposition par poste des prestations à exécuter et indique, pour chacun des postes, le prix applicable.

4) Bordereau des prix des approvisionnements :

Document indiquant la liste des matériaux à approvisionner sur le chantier et les prix unitaires correspondants.

5) Bordereau du prix global :

Document qui, pour un marché à prix global, indique la prestation à réaliser et le prix forfaitaire correspondant.

6) Concurrent :

Toute personne, physique ou morale, qui propose une offre en vue de la conclusion d'un marché.

7) Conventions ou contrats de droit commun :

Ces termes comprennent toutes les conventions ou les contrats qui ont pour objet soit la réalisation de prestation déjà définies quant aux conditions de leur fourniture et de prix, et que le maître d'ouvrage ne peut modifier ou qu'il n'a pas intérêt à modifier, soit la réalisation de prestations qui en raison de leur nature particulière, peuvent être passées selon les règles de droit commun.

De surcroît, l'article 4 du décret n° 2-12 du 20 mars 2013 souligne que la liste des prestations qui peuvent faire l'objet de contrats ou de conventions de droit commun est prévue à l'annexe 1 dudit décret. Cependant la liste sus-indiquée peut être modifiée ou complétée par arrêté du ministre

chargé des finances, sur proposition du ministre concerné, et après avis de la commission des marchés.

8) Décomposition du montant global :

Document qui, pour un marché à prix global, contient une répartition des prestations à exécuter par poste, effectué sur la base de la nature de ces prestations, ce document peut indiquer les quantités forfaitaires pour les différents postes.

9) Détail estimatif :

Document qui, pour un marché à prix unitaire, contient une décomposition des prestations à exécuter par poste, et indique, pour chaque poste, la quantité présumée et le prix unitaire correspondant du bordereau des prix. Le détail estimatif et le bordereau des prix peuvent constituer un document unique dit « bordereau des prix – détail estimatif ».

10) Groupement :

Notion fait référence à deux ou plusieurs concurrents qui souscrivent un engagement unique, dans les conditions prévues à l'article 157.

11) Maître d'ouvrage :

Autorité qui, au nom de l'un des organismes publics, visés à l'article 2 du décret n° 2-12, passe le marché avec l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services.

12) Maître d'ouvrage délégué :

Administration publique, établissement public, société d'Etat ou filiale publique auxquels sont confiées certaines missions du maître d'ouvrage dans les conditions prévues à l'article 161 du décret n° 2-12.

D'après le dit article 161 du décret n° 2-12, le Ministre ou le Directeur de l'établissement public, selon les cas, peut confier, par convention, l'exécution, en son nom, et pour son compte, de tout ou partie des missions de maîtrise d'ouvrage, soit à une administration publique, habilitée, conformément à la réglementation en vigueur, soit à un établissement public, société d'Etat, ou filiale publique, par décision du Chef du gouvernement, prise après avis du ministre chargé des finances.

Les missions de maîtrise d'ouvrage à déléguer peuvent porter, en particulier, sur les opérations suivantes :

- Le suivi et la coordination des études ;
- L'examen des avant-projets et des projets ;
- L'agrément des avant-projets, et des projets ;

- La préparation des dossiers de consultation ;
- La passation des marchés, conformément aux dispositions du décret n° 2-12.
- La gestion du marché après son approbation par l'autorité compétente ;
- Le suivi, la coordination et le contrôle de travaux ;
- La réception de l'ouvrage.

Le Maître d'ouvrage délégué n'est tenu, envers le maître d'ouvrage, que de la bonne exécution des attributions dont il a personnellement été chargé par celui-ci.

Il représente le maître d'ouvrage à l'égard des tiers, dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées jusqu'à ce que le maître d'ouvrage ait constaté l'achèvement de sa mission dans les conditions définies par la convention.

13) Marché :

Contrat à titre onéreux conclu entre, d'une part, un maître d'ouvrage et, d'autre part, une personne physique de service ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fourniture ou la réalisation de prestations de services, tels que définis ci-après.

a) Marchés de travaux :

Contrats ayant pour objet l'exécution de travaux relatifs notamment à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation, à l'aménagement et à l'entretien d'un bâtiment, d'un ouvrage ou d'une structure ainsi que les travaux de reboisement.

Les marchés de travaux comprennent également les prestations accessoires aux travaux tels que les sondages, les forages, les levées topographiques, la prise de photographie et de film, les études sémiques ou études géotechniques et les services similaires fournis dans le cadre du marché.

b) Marchés de fournitures :

Contrat ayant pour objet l'achat ou la location, avec option d'achat, de produits ou de matériels. Ces marchés englobent, également, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation nécessaires à la réalisation de la prestation. La notion de marchés de fourniture recouvre notamment :

* Les marchés de fournitures courantes ayant pour objet l'acquisition par le maître d'ouvrage de produits existant dans le commerce et qui ne sont pas fabriqués sur spécifications techniques particulières exigées par le maître d'ouvrage.

** Les marchés de fournitures non courantes qui ont pour objet principal l'achat de produit qui ne se trouve pas dans le commerce et que le titulaire doit réaliser sur spécifications techniques propres au maître d'ouvrage.

*** Les marchés de location, avec option d'achat, qui ont pour objet la location de biens d'équipement, de matériel ou d'outillage qui, donne au locataire la possibilité d'acquérir, à une date préalablement fixée, tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers.

Pourtant, toujours selon la même liste figurée dans le paragraphe 13 de l'article 4 du décret n° 2-12, la notion de marché de fourniture ne recouvre pas l'acquisition et la location avec option d'achat relatives à des biens immobiliers.

c) Marchés de services :

Contrats ayant pour objet la réalisation de prestations des services qui ne peuvent être qualifiés ni de travaux, ni de fournitures. La notion de marché de services recouvre notamment :

- 1- Les marchés de prestations d'études et de maîtrise d'œuvre qui comportent, le cas échéant, des obligations spécifiques liées à la notion de propriété intellectuelle ;
- 2- Les marchés de services courant qui ont pour objet la réalisation de services pouvant être fournis sans spécifications techniques particulières exigées par le maître d'ouvrage.
- 3- Les marchés de location, sans option d'achat, notamment la location d'équipements, de matériels, de logiciels, de mobiliers, de véhicules et d'engins. La notion de marché de location ne recouvre pas la location de bien immobiliers.
- 4- Les marchés portant sur les prestations d'entretien et de maintenance des équipements, des installations et de matériel, de nettoyage et de gardiennage des locaux administratifs et des prestations de jardinage.
- 5- Les marchés portant sur les prestations d'assistance au maître d'ouvrage.
- 6- Les marchés portant sur les prestations de formation.
- 7- Les marchés de prestations de laboratoires de bâtiment et travaux publics, relatives aux essais, contrôles de qualité des matériaux et essais géotechniques.
- 8- Les contrats portant sur les prestations architecturales.

14) Prestations :

Travaux, fournitures ou services.

15) Prestataire :

Entrepreneur, fournisseur, ou prestataire de services.

16) Signataire au nom du maître d'ouvrage :

L'ordonnateur, son délégué ou le sous-ordonnateur désigné conformément à la réglementation en vigueur.

17) Sous détail des prix :

Document qui fait apparaître, pour chacun des prix du bordereau, ou seulement pour ceux d'entre eux, désignés dans le cahier des prescriptions spéciales, les quantités et le montant des matériaux et fournitures, de la main d'œuvre, des frais de fonctionnement du matériel, des frais généraux, taxe et marges, sachant que ce document n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire prévue dans le cahier des prescriptions spéciales.

18) Titulaire :

Attributaire auquel l'approbation du marché a été notifiée.

IV – Formes de marchés publics

1) Les types des cahiers de charges :

Selon l'article 13 du décret n° 2-12, les marchés publics sont des contrats écrits, dont les cahiers des charges précisent les conditions de leur passation et de leur exécution.

Outre la nature de la convention relative au marché public qu'est une convention écrite et formel ; l'article 13 sus-visé distingue entre trois types de cahiers des charges composant, essentiellement, les obligations concurrent vis-à-vis l'administration, maître d'ouvrage.

Ainsi, les cahiers des charges comprennent :

Premièrement : les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), qui précisent les dispositions administratives applicables à tous les marchés de travaux, fournitures ou services ou à une catégorie particulière de ces marchés.

Il est à noter que les cahiers des clauses administratives générales doivent être approuvés par décret.

De même, il doit être signaler que si le marché comporte plusieurs catégories de prestations, le cahier des clauses administratives générales applicable est celui correspondant à la catégorie prépondérante de ces prestations.

En revanche, pour le cas où il n'existe pas de cahier de clauses administratives générales propre aux prestations, objet du marché, celui-ci est régi par l'un des cahiers des clauses administratives générales en vigueur le plus adapté en procédant aux ajustements nécessaires.

Deuxièmement : Les cahiers des prescriptions communes (C.P.C), fixent, essentiellement, les dispositions techniques applicables à tous les marchés portant sur une même nature de travaux, de

fournitures ou de services ou à tous les marchés passés par un même département ministériel ou par un même service spécialisé ou par un établissement public.

Cependant, les cahiers des prescriptions communes peuvent, d'une part, contenir, dans le respect des prescriptions du cahier des clauses administratives générales, toutes prescriptions communes, autres que techniques, à tous les marchés de la catégorie à la quelle ils sont applicables ou au département ministériel ou service qu'ils concernent.

D'autre part, Les cahiers des prescriptions communes ont la faculté de déterminer, en particulier, les clauses financières communes qui concernent la nature des prestations, notamment, la définition des prix et les formules de révision des prix, et ce conformément à la réglementation en vigueur.

A la différence des cahiers des clauses administratives générales ; l'attention doit être tiré que les cahiers des prescriptions communes doivent être approuvés par arrêté du ministre concerné, comme ils doivent approuvés le cas échéant, par le ministre chargé des finances, lorsque les dits cahiers comportent des clauses ayant une incidence financière.

De plus, les cahiers des prescriptions communes, propres à un département ministériel ou à un établissement public peuvent être étendus à d'autres départements ministériels ou établissements publics, selon le cas, par arrêté du ministre concerné ou par décision du conseil d'administration de l'établissement public concerné.

Troisièmement : Les cahiers des prescriptions spéciales, (CPS), sont les documents visent à fixer les clauses propres à chaque marché et compte la référence aux textes généraux applicables et l'indication des articles des cahiers de prescriptions communes et, le cas échéant, de ceux des cahiers des clauses administratives générales auxquels il est éventuellement dérogé, en vertu des dispositions des dits-cahiers sans, toutefois, reprendre les clauses des cahiers des clauses administratives générales ou du cahier de prescriptions communes toutefois auxquels ils ne dérogent pas.

Quant à l'autorité compétente d'approuver les cahiers des prescriptions spéciales, c'est le maître d'ouvrage qui doit en apposer sa signature, et ce avant le lancement de la procédure de passation du marché. Notant que la signature du maître de l'ouvrage sur les cahiers des prescriptions spéciales prend la forme d'une signature scannée ou électronique pour le cahier des prescriptions spéciales publié dans le portail des marchés publics.

(2) Contenu du cahier des prescriptions spéciales

Les cahiers des prescriptions spéciales doivent contenir au moins, les mentions suivantes :

- 1) Le mode de passation ;
- 2) La référence expresse aux alinéas, paragraphes et articles du décret n° 2-12 du 20 mars 2013, en vertu desquels le marché est passé ;
- 3) L'indication des parties contractantes, les noms et qualités des signataires agissant au nom du maître d'ouvrage et du contractant ;
- 4) L'objet et la consistance des prestations avec indication de la ou des préfectures ou provinces ou localités du lieu d'exécution des prestations ;
- 5) L'énumération, par ordre de priorité, des pièces incorporées au marché ;
- 6) Le prix, sous réserve des dispositions concernant les marchés à prix provisoires ;
- 7) Le délai d'exécution ou la date d'achèvement du marché ;
- 8) Les conditions de réception, et, éventuellement, de livraison des prestations ;
- 9) Les conditions de règlement, conformément à la réglementation en vigueur ;
- 10) Les clauses de nantissement ;
- 11) L'approbation du marché par l'autorité compétente.

Outre les indications sus-visées, les cahiers de prescriptions contiennent, aussi, conformément au même article 13 du décret du 20 mars 2003, les autres mentions obligatoires prévues à propos des cahiers des clauses administratives générales.

De surcroît, les cahiers des prescriptions spéciales peuvent comporter, selon les cas, une clause relative à la composition industrielle, et ce dans le respect des engagements internationaux du Maroc.

Conclusion

Nul n'ignore l'importance primordiale actuelle que revêtus les marchés publics entant qu'ils constituent un levier solide et puissant pour que le développement économique et social soit au niveau de satisfaire les besoins et les prévisions des bénéficiaires des prestations des services publics, ainsi que des partenaires et opérateurs dans le cadre duquel les marchés public proposent d'animer, d'activer ou d'aménager.

En effet, l'administration publique, à l'instar de tout le monde, a des besoins, ambitions, programmes, et prévisions ; pourtant elle ne pourrait pas en satisfaire elle-même ou en soutenant seulement sur ses capacités, ou exclusivement moyennant ses ressources propres. Par conséquent l'administration publique se préoccupe de ses activités propres et son domaine exclusif, partant elle demande aux autres opérateurs d'entre avec elle à présenter, offrir, et exécuter les programmes et les plans incluant dans leur compétences, métiers ou activités. Pourtant, étant donné que les programmes et projets de l'administration publique sont destinés à répondre les besoins du public, c'est-à-dire à exécuter un service d'utilité public, cela exige que les conventions, les commandes et les offres concernant les marchés publics sont soumises à des techniques, des exigences, et à des normes rendant l'administration publique dans une situation, de fait et de droit, non comparable ou à pied d'égalité avec son partenaire, le concurrent, ou l'entrepreneur ,candidat à l'exécution des exigences du marché public. Cela veut dire que l'administration publique, maître de l'ouvrage occupe, toujours, la place prépondérante au milieu de la relation juridique, ce qui lui permet d'imposer, à son partenaire, un certain nombre de conditions ou de restrictions, contenues, couramment, dans un ensemble d'écrits ou de documents, nommés cahiers couramment des charges, édités, règlementés, et approuvés par l'administration publique.

Outre le but d'achever un service public, la condition privilégiée dumaitre d'ouvrage est due à la responsabilité administrative qu'assume l'autorité compétente envers le public, les consommateurs et tous les bénéficiaires des services publics. Pour cette raison justement, il ne serait plus question de se contenter à d'exécuter ou à réaliser les dispositions du contrat et les règles formulées dans le ou les cahiers des charges, mais en plus l'administration publique s'efforce et prenait les soins les plus attentifs que la réalisation et l'exécution du marché public soient à un certain niveau réel et sérieux, garantissant la qualité voulue et demandée aux prestations et résultats que produisent l'exécution du marché public, ce qui explique la possession par le concurrent d'une attestation de classement de qualité, comme ISO, exigée, souvent par des établissements, organismes et entités sous le contrôle de l'autorité publique.

Quelle Place Occupe La Notion De Frontière Dans Un Monde Mondialisé ?

Meryem QORCHI / Doctorante chercheuse,

Droit International Public, Université Hassan II – Casablanca / Maroc.

La frontière, marquant la société internationale, a subi des transformations importantes durant ces dernières décennies. Avec la disparition de l'Empire soviétique et la fin de la Guerre Froide plusieurs reconfigurations politiques et idéologiques ont eu lieu, affectant à la fois les Etats et les régimes de souveraineté.

L'expansion planétaire des modes de production et de consommation, liée aux progrès techniques en matière de communication et d'information, mais également aux orientations politiques des Etats industrialisés, a renforcé les interactions et les confusions entre les espaces étatiques et la sphère de la politique internationale. En outre, cette avancée inégale, fragmentée et faiblement régulée de la mondialisation a engendré, paradoxalement un monde très disparate, économiquement et surtout socialement, s'imposant comme révélateur des violences qui sont inhérentes aux rapports de souveraineté et aux conflits de légitimité.

Dans ce contexte, on a vu proliférer des analyses sur la fin de la souveraineté étatiques ou sur l'émergence des formes hybrides de gouvernance impliquant de nouveaux rapports de commandement dans une gestion transnationale.

Si les frontières internationales peuvent perdre de leur importance¹ avec l'expansion des échanges de biens et de services, elles se recomposent au sein même des Etats en particulier lorsqu'ils sont fragiles. Certes, les frontières politiques sont en dynamique perpétuel et n'ont pas cessé de changer de configuration et de fonction au cours de l'histoire (1). Comme par le passé, même aujourd'hui elles restent mouvantes tout en asseyant d'être à la hauteur des défis actuels (2).

1. Une notion qui conserve sa dimension classique :

¹ P. DE SENARCLENS, Les frontières dans tous leurs états : les relations internationales au défi de la mondialisation. Bruylant – 2009. p. 2

La frontière, pour le droit international public contemporain, est une ligne qui sépare deux champs d'exercice d'autorités étatiques concurrentes. En d'autres termes, elle constitue toujours la délimitation nette entre les territoires de deux Etats (A). C'est-à-dire qu'il faut chercher à limiter la survenue de différends territoriaux. A cet effet, trois étapes se manifestent impérativement (B): délimitation, démarcation et abornement. Pourtant ces efforts ne suffisent pas à briser l'obsession territoriale, et les désaccords frontaliers demeurent l'une des sources majeures des conflits armés depuis 1945.

A- Les élémentaires de la notion de frontière toujours en vigueur :

Selon la tendance classique, on peut aborder la frontière territoriale sous deux dimensions : la frontière-ligne et la frontière-zone. A cet effet, on trouve que les anglais utilisent deux termes distincts pour désigner ces deux réalités « the boundary », qui signifie la ligne frontière, et « the frontier » qui signifie la zone frontalière :

1. la frontière ligne ;

Au fil du temps, le droit international s'est progressivement orienté vers l'établissement de lignes nettes et précises, comme le rappelle la Cour International de Justice dans la célèbre affaire du temple de Préah-Vihéar¹. En principe, et selon le droit international contemporain, la frontière est une ligne séparant des espaces territoriaux où s'exercent deux souverainetés différentes². Ainsi, cette ligne est constituée de l'ensemble des points extrêmes d'un espace déterminé, où sont valables les normes et les lois d'un Etat.

La frontière doit être distinguée aussi des lignes établies selon une procédure internationale mais qui ne séparent pas les Etats. Il s'agit de simples limites tracées entre différentes collectivités intra-étatiques selon un procédé de droit interne. Force est de souligner, d'ores et déjà, que la frontière constitue une limite de caractère international.

Cela dit, la frontière aujourd'hui ne peut plus être conçue seulement comme un trait tracé sur le sol, puisque, en fonction de la nature physique de l'espace, on parle de frontière terrestre, des frontières maritimes ou de frontières aériennes³. Cependant, la fixation de cette frontière consiste en une opération juridique complexe. Cette dernière comprend trois étapes : la détermination (fixation des grandes

¹ J.P. Cot, « L'arrêt de la CIJ dans l'affaire du temple de Préah-Vihéar », AJDI, 1962, p. 217.

² N.Q. DINH, Droit International Public, Paris, LGDJ, 6^{ème} édition, 1999, p. 253.

³ J. SALMON, Dictionnaire du Droit International, Bruylant – 2001, p. 520.

orientations de la frontière entre les Etats), la délimitation (tracage technique d'une ligne séparant les territoires), enfin la démarcation (opération matérielle d'abornement sur le terrain).

Sur la forme, le droit international n'impose aucune nature de frontières qu'un Etat doit avoir. En fonction des critères employés pour déterminer cette ligne, on parle de frontières naturelles, s'il s'agit d'un obstacle géographique séparant deux contrées voisines (fleuve, montagne ...) et de frontières artificielles, si elles relient des points déterminés par des repères astronomiques ou géométriques¹. En ce sens la CIJ précise « la Chambre a jugé légitime de tenir compte dans une certaine mesure de l'aptitude de certaines caractéristiques topographiques à définir une frontière identifiable et commode. La chambre fait ici appel, non pas tant à une notion de 'frontières naturelles', qu'à une présomption inhérente aux délimitations de frontières, sur laquelle se fonde l'*uti possidetis juris* »².

Le choix des frontières terrestres est artificiel et politique, elles sont généralement soit, par voie conventionnelle, négociées entre les Etats limitrophes en tenant compte des caractéristiques de nature, soit par voie juridictionnelles sous forme de sentences arbitrales ou décisions d'une instance internationale (mettent parfois fin à un état de guerre). Chaque partie dresse, à cette occasion, une sorte de catalogue des différents éléments d'ordre géographique, ethnique, économique, stratégique ou autres, pouvant aider à choisir la ligne divisoire. Deux éléments sont à souligner : d'abord concernant la frontière naturelle, portant sur un obstacle naturel, revêt une certaine légitimité mais elle ne peut être une exigence juridique. Ensuite, le principe de l'*uti possidetis*, qui est le cas de succession d'Etats (ex. accession à l'indépendance ...), les parties peuvent le choisir du moment où il est vu comme une règle générale et aujourd'hui comme un principe général par le droit positif³.

L'ensemble de ces règles de droit international qui permettent de fixer les frontières soulève un grand nombre de question. Il s'agit notamment du caractère immuable des frontières ; la souveraineté des Etats à l'intérieur du territoire ; la possibilité d'empiètement sur des espaces inoccupés (maritimes ou polaires).

S'agissant des frontières maritimes, un premier constat s'impose. Comparées à celles terrestres, l'apparition des premières est récente par rapport à l'existence et l'historique des secondes, et que le processus de délimitation des frontières maritimes est peu avancé puisque ces dernières, sur un total

¹ J. SALMON, Dictionnaire du Droit International, op cit, note 6, p. 520.

² CIJ, Différends frontaliers, terrestre, insulaire et maritime, arrêt du 11 septembre 1992, Rec. 1992, p. 390.

³ Commission d'arbitrage de la conférence pour la paix en ex-Yougoslavie, avis n°3, 11 janvier. 1992, RGDIP 1992, p. 268, se référant à l'arrêt de la CIJ, 22 décembre 1986, aff. Différent frontalier, Rec. 1986, p. 565.

approximatif de 450, n'ont été établies formellement (par voie d'accord bilatéral ou par décision judiciaire) que dans une proportion d'à peine 30%¹. Ceci peut être expliqué du fait que la délimitation de cette frontière revêt une certaine complexité vu l'existence de plusieurs frontières. La « mer territoriale » ou « zone de mer adjacente » est fixée actuellement par convention à 12 milles marins des côtes. A cet espace maritime s'ajoute « le plateau continental » : fonds marins et leur sous-sol sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de l'Etat. Enfin, reste la « zone économique exclusive » qui est une zone située au-delà de la mer territoriale et adjacente à celle-ci dont la frontière est fixée à 200 milles marins. Entre Etats limitrophes, les eaux seront délimitées en principe par la règle, simple mais rigide, de l'équidistance².

Quant aux frontières aériennes, celle-ci est beaucoup plus récente que les deux premières. Chaque Etat dispose d'une souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire. A partir des années 1950, d'autres questions se sont posées, notamment celles relatives au statut de l'espace extra-atmosphérique. Les règles stipulées par le Traité du 27 janvier 1967 ont pris la valeur de règles coutumières et consacrent un espace international sans frontière ni souveraineté, ainsi qu'un libre accès. La question portant sur la frontière entre l'espace aérien (espace national) et l'espace extra-atmosphérique (espace international) revêt donc une importance pratique. Cette question, non encore résolue, ne pourra rester ouverte que tant que les activités aéronautiques et cosmonautiques demeureront nettement distinctes.

2. la frontière-zone :

La totalité des écrits portant sur la notion de frontière sont consacrés à la question si la frontière est une ligne ou une zone.

Historiquement, cette antonymie est d'origine anglo-américaine, « the frontier » s'opposant à « boundary ». Marquée par l'interprétation de la formation territoriale des Etats-Unis, cette distinction pourrait être rendue en français par « régions frontières » et « lignes frontières »³. Ainsi, J. HOUSE souligne que la frontière est une zone s'étendant des deux côtés d'une ligne qui démarque une frontière internationale, ce qui tente de concilier deux conceptions.

¹ G. LABRECQUE, Les frontières maritimes internationales ; Essai sur une classification pour un tour du monde géopolitique. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 122.

² Convention de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982, article 15.

³ M. FOUCHER, Front et Frontières, un tour du monde géopolitique, Fayard. 2004, p. 45.

Cette distinction anglo-américaine met en évidence un inconvénient du moment où les frontières commencent à être considérées comme des objets en soi. Ligne et zone, il s'agit de deux ordres de grandeur différents.

Laprabelle dans son ouvrage¹ a développé une conception selon laquelle en droit les zones frontières étaient des espaces où des régimes juridiques particuliers s'appliquent. La frontière est alors « une circonscription spatiale de droits exercés », dotée d'institutions spécifiques².

Longtemps dans certaines zones ont substitué des pratiques traditionnelles des « marches » ou les conceptions patrimoniales des monarques. Ainsi, la question s'est posée sur la survivance de la « frontière-zone » par opposition à la « frontière-ligne ». La jurisprudence a considéré que la « frontière-zone » n'est rien d'autre qu'une expression doctrinale et qu'elle ne pouvait « ajouter une obligation à celles que consacre le droit positif »³. Par contre la sentence arbitrale du 19 février 1968, rendue dans l'affaire du Kuth admet qu'une zone où prévalait une situation politique fluide ait pu être une frontière entre deux entités étatiques.

Iftene Pop⁴, quant à lui, précise que la frontière ligne sépare les compétences étatiques, elle cloisonne l'espace et pas seulement les espaces terrestres, mais aussi ceux maritimes. Elle constitue donc le lien privilégié des tensions entre les Etats. Par conséquent, on constatera que la jurisprudence internationale est particulièrement riche en la matière.

Cependant, cette frontière est un espace où l'unité et la contiguïté pèsent aussi lourd que la séparation. La frontière-ligne ne pouvait ne pas être estompée par la coopération des Etats. Par ailleurs, la protection de l'environnement est un domaine qui met en évidence la frontière-zone où les richesses nationales font en même temps partie d'un patrimoine commun et partagé. Cette coopération qui s'installe dans la zone frontalière fait apparaître de nouveaux principes de droit international et mène vers une nouvelle approche de la souveraineté territoriale.

Partant de cela, Pop s'est attaché à la conception selon laquelle il faut délaisser l'idée absolutiste de la souveraineté des Etats et que ces derniers doivent se préoccuper de leur voisins et prendre conscience de l'émergence d'un droit du voisinage ayant comme base la coopération, la solidarité,

¹ P. DE LAPRADELLE P. « *La Frontière - Étude de droit international* », Paris, Les Éditions internationales, 1928, p. 26

² M. FOUCHER, *Front et Frontières*, op. cit. note 12, p. 46.

³ Tribunal Arbitral, Lac Lanoux, 1957, R.S.A., vol. XII, p. 307.

⁴ Coussirat-Coustère Vincent. La frontière. Colloque de Poitiers 1979; Iftene Pop. Voisinage et bon voisinage en droit international. In: *Politique étrangère*, n°4 - 1980 - 45 année. pp. 1042-1043.

l'interdiction des abus de droit de propriété, interdiction d'agir unilatéralement et sur l'information et la consultation mutuelle.

Le droit international du voisinage a pour objet de restreindre les pouvoirs de l'Etat. Ainsi, quand la frontière est constituée par un fleuve, il sera interdit à chaque Etat de modifier unilatéralement son cours par des travaux effectués sur son territoire, de construire des canalisations et des barrages qui en modifient le régime, de capter la force hydraulique sans compensation, ou d'utiliser ses eaux de toute autre manière préjudiciable aux intérêts des autres riverains de ce fleuve¹.

Dans ce contexte, la coopération volontaire monte en relief. Elle se réalise soit par des décisions unilatérales, soit par la conclusion des traités. Traditionnellement, ces mesures de coopération organisent la collaboration des services publics frontaliers (police, lutte contre l'incendie, communications routières et ferroviaires...) et facilitent les déplacements des travailleurs frontaliers (assouplissement des régimes douaniers et de police des étrangers). Plus récemment, la protection de l'environnement a été considérée comme d'intérêt commun, particulièrement pour la prévention de la pollution des fleuves et lacs-frontières.

Quelles soient naturelles ou artificielles, terrestres, maritimes ou aériennes, les frontières ont besoin d'être tracées, délimitées et démarquées. Toutefois, ces phases de la concrétisation sur le territoire nécessitent des mécanismes et des règles complexes à appliquer et à respecter. Nous nous attarderont pas sur les détails de démarquages des frontières mais nous allons essayer de tracer l'essentiel des pratiques internationales pour démontrer que, malgré un environnement qui changent et en mutation perpétuelle, le régime juridique international des espaces reste le même et constitue le fondement de l'exercice et le respect de la souveraineté étatique.

B- La détermination de la frontière ne peut être dépassée :

La détermination des limites des différents territoires étatiques est un facteur essentiel de sécurité juridique et de paix internationale. En conséquence, les méthodes utilisées ne peuvent être laissées de côté et une ligne de frontière ne peut être négligée sans qu'elle soit concrétisée et légitimée. D'ailleurs l'ouverture de frontières ne signifie guère la rupture avec sa détermination matérielle sur le territoire.

1. Délimitation du territoire terrestre

La fixation complète de la ligne de frontière passe par trois phases. La délimitation, constituant la première phase, consiste en une opération juridique et politique qui fixe l'étendue spatiale du ou des

¹ L. Lanoux, sentence arbitrale de 1957, RSA, Vol. XII, p. 307.

pouvoirs étatiques. La deuxième étape, qui est la démarcation, porte sur la phase technique d'exécution qui reporte sur le sol les termes d'une délimitation établie. La distinction entre ces deux premières phases reste un peu difficile à admettre. Reste, comme troisième et dernière étape, l'abornement. Il s'agit de l'opération qui matérialise la frontière sur le terrain par des repères convenus (bornes, piquets...).

La CIJ affirme, dans son affaire du Temple de Preah Vihear, que « d'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution et définitive »¹. Cela veut dire que le fait d'établir une frontière engage l'avenir ce qui conduit les Etats à prendre toutes les mesures nécessaires pour que cette opération se passe dans de bonnes conditions tout en consacrant leur engagement mutuel par voie de traité.

L'établissement d'un tracé de frontière peut être à la suite d'une négociation, d'un règlement unilatéral ou collectif d'un concert de puissance, en général après une guerre, en vertu d'une règle coutumière ou d'un règlement juridictionnel ou arbitral. Dans tous les cas, il sera toujours concrétisé par un accord conventionnel.

Le droit international public ne retient aucune technique particulière pour l'établissement d'une frontière. Les Etats ont la liberté de prendre en compte des données naturelles et des délimitations antérieures, en faisant prévaloir les considérations d'opportunité les plus diverses. D'ailleurs, ils peuvent, s'ils se mettent d'accord, faire table rase du passé sur certains points ou lignes tout à fait artificiel. Il en résulte que la liberté des Etats de choisir leur tracé de frontière constitue un élément majeur en la matière.

Frontières naturelles ou artificielles, les négociateurs se trouvent en face de ces deux choix en fonction de la zone traversée. Par ailleurs, les indices géographiques sont les plus utilisés dans la mesure où ils offrent une grande sécurité juridique et facilitent l'opération de démarcation comparés aux lignes artificielles.

Au XIX siècle en Amérique puis au XX siècle en Asie et en Afrique, le principe politique dit l'uti possidetis a été retenu par les Etats nouveaux au cours des phases de décolonisation. Il s'agit d'un principe ayant pour but de geler les contentieux territoriaux et contribuer à la limitation des tensions. Les Etats décident de fixer leurs frontières en respectant les limites administratives existant entre les colonies ; dès lors, « le jus en question n'est pas le droit international, mais le droit constitutionnel ou administratif du souverain avant l'indépendance »². Toutefois, le recours à ce principe ne demeure plus nécessaire si la

¹ CIJ, affaire du Temple de Preah Vihear, Recueil, 1962, p. 34.

² CIJ, arrêt du 11 septembre 1992, Différends frontaliers terrestre ou insulaire § 333, Rec. 1992, p. 558.

délimitation coloniale résulte d'un accord international et que ce dernier soit accepté par les Etats décolonisés.

Apparu en Amérique latine, le principe de l'uti possidetis, en raison de sa confirmation dans de nombreuses conventions internationales, il acquiert le caractère d'une règle générale. A ce stade, la CIJ affirme que « il constitue un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance où il se manifeste. Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux Etats ne soient mises en danger »¹.

Ce principe a été aussi consacré, non seulement en Afrique et en Amérique, mais en Europe après la dissolution de l'URSS et de la Yougoslavie. Par conséquent, aucun gain ou changement territorial par la force à l'intérieur de la Yougoslavie n'a été acceptable. Plus explicitement, la Commission d'arbitrage de la conférence pour la paix en Yougoslavie s'est référée à l'arrêt précité de la CIJ pour estimer que le principe de l'uti possidetis juris constitue un principe à caractère général² et que le droit à l'autodétermination ne peut tenir en échec « sauf en cas d'accord contraire de la part des Etats concernés »³.

En outre, on ne peut imaginer (ou au moins difficilement) l'application de ce principe en dehors des hypothèses de décolonisation ou de dissolution d'un Etat fédéral. De plus, il a une portée limitée du moment où il ne fige pas pour toujours les frontières des nouveaux Etats, qui restent libres de les modifier par voie d'accords⁴.

2. Délimitation de l'espace maritime et aérien :

S'agissant de la délimitation des territoires maritimes et aériens, force de noter de prime à bord, que les règles sont trop complexes pour être approfondies dans le cadre de ce travail. Nous nous limiterons à en indiquer les grandes lignes pour justifier à quel point, malgré les flux et les transformations, ces règles n'ont pas perdu de leur valeur juridique existentielle.

Notons d'abord que les besoins de la recherche scientifique, les nécessités militaires, les caractéristiques des transports internationaux et des communications ont, au fil du temps, conduit les Etats à revendiquer l'accès libre à des zones étendues de l'espace terrestre et surtout maritime. Au XX siècle, la même exigence a été formulée à l'égard des espaces aériens et extra-atmosphérique et depuis,

¹ CIJ, arrêt du 22 décembre 1986, différends frontaliers, Rec., 1986, 565.

² Avis n°3, 11 janvier 1992, RGDIP, 1992, p. 268.

³ Avis n° 2, 11 janvier 1992, RGDIP, p. 266.

⁴ CIJ arrêt du 11 septembre 1992, différends frontaliers, terrestres et insulaires, §67 et 80, Rec., 401 et 408.

certaines espaces échappent à toute appropriation nationale et font l'objet d'une réglementation avant tout internationale.

Cependant, les règles applicables à ces espaces sont extrêmement diversifiées et dépendent des rapports des forces internationaux, des priorités défendues par les grandes puissances, mais aussi les conceptions juridiques dominantes à chaque époque quant aux intérêts publics (protection de l'environnement, nécessité de la recherche scientifique, exploitation optimale des ressources naturelles, sécurité de communications...).

Dans le même ordre d'idées, il n'existe pas une solution de continuité entre les espaces insusceptibles d'appropriation nationale et ceux relevant de la souveraineté de l'Etat ; entre les uns et les autres existent des espaces au statut mixte, sur lesquels un Etat exerce des compétences étendues mais qui ne sont pas exclusives ou, en tout cas, pas plénière. C'est ainsi que le régime juridique international apparaît comme la juxtaposition de régimes juridiques très divers tentant d'organiser les compétences étatiques pouvant s'y exercer en fonction des activités qui y sont menées.

Sur le plan pratique, on trouvera des espaces maritimes et aériens, soumis la juridiction des Etats, sont limitrophes tantôt de territoires d'autres Etats, tantôt d'espaces ouverts à l'usage de tous. En conséquence, leur délimitation répond en partie à des considérations d'ordre international différentes de celles qui s'imposent pour les territoires terrestres.

En schématisant les différents espaces maritimes et aériens on trouvera ceux sur lesquels s'exerce une compétence exclusive de l'Etat et ceux sur lesquels se laisse jouer le plus librement la concurrence des compétences étatiques.

Le régime de la haute mer et de l'espace extra-atmosphérique est caractérisé par les non appropriation et la liberté d'accès et d'exploitation pour chaque Etat, avec en contrepartie, l'obligation de ne pas porter atteinte à l'égale liberté des autres Etats.

Concernant les grands fonds marins, ou la Zone, la Convention sur le droit de la Mer de 1982 met la lumière sur le principe de la non-appropriation et celui de la gestion collective. Ainsi, l'établissement d'une organisation internationale aux compétences étendues.

S'agissant du plateau continental et la zone contiguë, leur régime est marqué par celui de la zone économique exclusive. Ce qui entraîne une non-appropriation mais des droits exclusifs réservés, à certaines fins, à un Etat déterminé.

Le régime traditionnel de la mer territoriale se caractérise par une appropriation nationale avec pouvoir de gestion subordonné au respect de certaines libertés des Etats tiers.

L'espace aérien et les eaux intérieures adoptent l'exercice d'une souveraineté nationale exclusive mais généralement tempéré par l'octroi des droits d'accès ou d'exploitation aux Etats tiers, par voie conventionnelle ou coutumière.

Prenant en considération toutes ces manifestations classiques du découpage frontalier (espace terrestre, maritime et aérien), on assiste aujourd'hui à une certaine dévaluation de la notion de frontière et par conséquent, elle perd de son importance à cause de la multiplication des échanges entre nations et même que les progrès techniques. Par ailleurs, les contraintes frontalières sont sûrement plus fortes de nos jours qu'au début du siècle par la circulation des personnes du moment où elles sont toujours là omniprésentes.

Toutefois, la notion de frontière conserve et conservera toujours ses bases qui constituent les rouages d'équilibre du système international dans la mesure où elle affecte, de manière assez sensible et directe, l'ampleur de l'exercice de la souveraineté étatique.

2. Une notion en mouvement avec les défis actuels :

Il est bien évident, qu'avec la cadence actuelle des événements mondiaux, la notion classique de frontière ne peut rester en dehors de cette tendance. A cet effet, elle est susceptible de faire l'objet d'évolution au gré des besoins surtout qu'elle porte directement sur la mobilité des personnes (A). Ainsi, plusieurs mécanismes semblent vouloir ne pas se plier à la définition classique. Ces mécanismes, comme leurs semblables, à caractère fonctionnel ne manquent pas de susciter des controverses et par conséquent laisse la notion de frontière en position de contraste à une atmosphère qui ne jure que par son ouverture (B).

A- La frontière suit les aspirations de la mondialisation :

Nous avons vu qu'avant tout la frontière délimite tout le territoire de l'Etat. Ainsi, la frontière est l'un des éléments constitutifs de l'Etat. On peut dire, dans ce contexte, que l'Etat est la représentation, dans l'univers du droit, de la réalité sociale et spatiale qu'est un pays. Seuls peuvent donc se constituer en Etats des « pays », c'est à dire des collectivités regroupées dans un espace déterminé.

Partant directement sur les personnes et leur liberté de circulation, le « droit des étrangers » tente à son tour de démontrer dans quelles mesures les frontières peuvent être franchies. Ce droit regroupe plusieurs questions. Ainsi, vu la taille de ce présent article, il ne sera pas évident de développer chacun des domaines en question. Toutefois, il sera opportun de souligner que ces questionnements sont tout à fait

actuels et risquent de le demeurer dans le temps. Il s'agit notamment, de la question portant sur droit de l'immigration qui met en évidence, avec les mouvements actuels, un droit à la mobilité.

Si l'on définit la mondialisation comme un processus d'internationalisation à la faveur duquel les barrières s'estompent et les nations paraissent se rapprocher et devenir plus accessibles les unes aux autres, ce qui se traduit par le renforcement des communications, des réseaux et des interdépendances transfrontières, il semble que les flux migratoires fassent aujourd'hui partie de ce processus.

La frontière, ligne ou zone, génère à l'heure de la mondialisation des mobilités aux formes diverses : migrations pendulaire, migrations frontalière, migration forcée, migration circulation, migration d'installation. Par conséquent, il est temps d'entamer les discussions sur un droit général à la mobilité, qui porterait à la fois sur l'émigration et l'immigration. Ainsi, elle devient une ressource centrale à laquelle tous les êtres humains devraient avoir accès.

La mobilité, comme un mouvement des personnes, peut être considérée comme une prérogative fondamentale de l'être humain, « A un moment donné futur de la civilisation mondiale, il se peut fort bien que l'on découvre que le droit à la circulation libre et ouverte des personnes sur la surface de la terre est un élément fondamental de la structure des possibilités qui s'offrent à l'homme et est donc essentiel au même titre que la liberté de religion et d'expression »¹.

La reconnaissance du droit à la mobilité cadre parfaitement avec les autres principes des droits de l'homme et il ne s'agit pas seulement d'ajouter un droit à la liste existante mais de favoriser le respect des droits de l'homme déjà reconnus comme fondamentaux.

On pourrait concevoir un monde sans frontières ou aux frontières ouvertes où les migrants seraient libres de traverser celles qui séparent les Etats mais dans l'impossibilité d'accéder aux institutions des autres sociétés que leur société d'origine. C'est le cas où les migrations internationales ont contribué à la création des communautés sociales, éthiques ou religieuses. Et par conséquent, la notion de frontière change de sens et de fonction et devient « multiforme, d'ordre social, politique et économique »². Toutefois, ce scénario d'ouverture de frontière apparaît si simple mais crée de nouveaux problèmes et c'est pour cette raison qu'il faut envisager des solutions pratiques.

1. La nécessité du multilatéralisme ;

¹ A. PECOUD et P. DE GUCHTENEIRE, Migrations sans frontières, Collection études en sciences sociales, Editions UNESCO – ONU – Paris, 2009. p. 26.

² *Ibidem*, p. 31.

Le premier principe de la gouvernance de la libre circulation porte sur la coopération des Etats en la matière. On ne peut s'attendre qu'un Etat seul puisse marcher vers la libre circulation et faire naître un droit à la mobilité. Ainsi, cette volonté unilatérale ne pourra être que potentiellement nuisible¹.

Le deuxième principe quant à lui portera sur la nécessité du mécanisme de supervision afin d'étudier et assurer un suivi des transformations sociales induites par une liberté de circulation accrue et permettre une couverture moins chaotique des frontières.

Les deux principes, sus mentionnés, font appel à la signature des accords multilatéraux pour assurer une bonne gouvernance portant sur une libre circulation, plus globale que celle de l'OMC portant sur le commerce. Ces dernières années, plusieurs propositions ont été exprimées : « un nouveau régime international pour une circulation ordonnée des personnes » ; « un accord général sur la circulation des personnes » ; « un accord général sur la politique en matière de migrations et de réfugiés » ; « un accord mondial sur la circulation des personnes » ; « un accord général sur la migration, la mobilité et la sécurité ».

L'ensemble de ces textes ont pour point commun c'est une gestion conjointe des flux migratoires par les Etats d'origine et les Etats de destination. Deux façons se départagent quant à la vision de cette approche multilatérale. D'abord, ceux qui affirment qu'un système ordonné de gestion des migrations est bien meilleurs que la liberté de circulation du moment où il éviterait les tensions et les inégalités entre les bénéficiaires². En suite, ceux qui considèrent la coordination multilatérale comme une simple étape vers la liberté de circulation qui rendrait la transition plus aisée. Autrement dit que sur le plan pratique même si les Etats se mettent d'accord en principe sur un droit universel de circuler, il en résulterait probablement une situation chaotique du moment où toutes les frontières s'ouvriraient en même temps. Mais les Etats, dans le but de se méfier de cette menace, ont pensé à un certain nombre de droit en se mettant d'accord par le biais d'un accord ou une convention. La question qui se pose est celle de savoir s'il ne s'agit pas d'un premier pas vers une liberté totale de circulation ? Bien évidemment le résultat ne pourra être immédiat, mais est ce qu'un texte international prévoyant une libre circulation ne pourrait voir le jour en vertu duquel chaque Etat partie accepterait, outre les personnes qu'il admet en vertu de ses lois sur les réfugiés et autres migrants, un quota de personnes qui en font simplement la demande.

2. Le rôle du régionalisme ;

¹ *Ibidem*, p. 40.

² *Ibidem*, p. 41.

Nous savons tous que la mise en place d'un système multilatéral des migrations au niveau mondial présente une tâche difficile et il sera donc raisonnable d'envisager une approche régionale en la matière comme étape préliminaire.

Le fait de discuter de la migration régionale prouve que les efforts nationaux ont été insuffisants. Cependant, le cas le plus illustratif, à ce niveau, est celui portant sur l'Union Européenne où la libre circulation des citoyens est bien réalisée et concrétisée. Il s'agit en fait d'octroyer aux citoyens des possibilités de circuler librement d'un Etat membre à un autre. Toutefois, on constate que les frontières extérieures de l'U.E. sont fermées et créent une certaine « forteresse Europe »¹.

Ces deux éléments, disparition des frontières internes et renforcement de celles externes, font appeler à une approche commune des migrations en les Etats membres de l'U.E. chose qui n'est pas aisée vu les différentes approches politiques des dirigeants, mais ceci n'empêche que l'U.E. se voit comme le modèle le plus avancée et le plus aboutie concernant la mise en œuvre de la libre circulation au sein d'un grand espace supranational.

Cette volonté de libre circulation a été aussi exprimée au niveau d'autres expériences. Il s'agit notamment du cas de l'Afrique (avec l'UMA et le NEPAD²), où une proposition sur la création d'un « passeport africain » a été faite ayant pour but de faciliter la circulation des personnes sur le continent. Sur ce même continent, on trouve les efforts de la CEDEAO dont les traités visent à éliminer tous les obstacles à la circulation des marchandises, des capitaux et des personnes : une première mesure exige à abolir les visas exigés des citoyens des pays de la CEDEAO.

Ces différentes expériences illustrent la complexité de l'établissement de cette libre circulation et le nombre d'obstacles auxquels les Etats peuvent faire face pour un arrangement régional, mais ce dernier reste une solution pour faire face à cette nouvelle tendance de frontière qui s'estompe avec la cadence des flux et d'échanges imposés par le phénomène de la mondialisation.

B- La frontière en contraste avec les aspirations de la mondialisation :

Bien évidemment, on vient de le souligner, que le contexte actuel est marqué par l'augmentation des flux transnationaux et la proclamation sans cesse d'un droit à la mobilité et à la libre circulation. Ceci

¹ *Ibidem*, p. 43.

² New Partnership for Africa's Development : il s'agit d'un nouveau cadre stratégique de l'Union Africaine pour le développement socio-économique du continent au XXIème siècle. Pour plus amples informations, voir Kassé, Moustapha, « *Le NEPAD dévoyé ou L'éclipse d'une grande espérance* », in Critique économique : revue trimestrielle. - N. 20, 2007, p. 165-174. – Rabat.

pourra bien nous mener à penser qu'on est devant une époque où la frontière devient illusoire. Toutefois, l'observation sur la scène internationale nous n'empêche pas de constater que la frontière existe bel est bien et n'a pas tout à fait disparu. Plus encore, leur nombre s'est intensifié durant la période récente.

Pour prendre la mesure de ce singulier contraste entre le mouvement d'ouverture aux flux et celui de fermeture des frontières, il semble nécessaire, de définir le mur frontalier contemporain qui constitue un élément ignoré, dans nos jours, pour laisser place à l'avènement d'un monde sans frontière.

1. le mur frontalier comme action sécuritaire ;

Ils prennent la forme de clôtures, dotées d'une structure maçonnée, parfois cernées de routes d'enceinte et de chemins de garde, ourlées de câbles reliés à des capteurs de bruits et de mouvements, des fois ponctuées par des postes de surveillance, des champs de mines, des caméras infrarouges, des dispositifs d'éclairage, des mesures biométriques, des senseurs¹, telle pourra être la description d'un mur frontalier sur le plan pratique.

D'ailleurs, l'appellation des murs varie selon les points de vue, les positions politiques, les idéologies ou l'imaginaire : muraille, obstacle, mur, clôture, barrière, barrage, frontière... d'empêchement, de sécurité, de séparation, d'apartheid, contre la terreur. Il s'agit de la déclinaison la plus illustrée.

Aussi, la notion du mur frontalier n'est pas forcément synonyme de frontière (son dessin ne suit pas toujours la ligne frontalière) et, de la même manière, la frontière n'est pas nécessairement une ligne hermétique, puisqu'elle est un point de contact, une interface, une zone : son tracé est en principe bilatéral, régi par convention ou accord, établi par les Etats frontaliers, tandis que le tracé du mur est unilatéral et exclusif.

Le déclin du rôle des frontières, voir même leur disparition annoncée dans le contexte d'un monde sans frontières, pour laisser aux contestations sur un monde statocentré pour enterrer les bornes étatiques, a été largement suffisant pour mettre de côté le phénomène du mur sur la scène internationale.

L'érection des murs est expliquée par le besoin de sécurité. Les multiples usages du mur, à savoir : la protection, la pacification et la séparation, ainsi que les dispositifs de territorialisation sécuritaire représentent autant de moyens susceptibles de lui permettre de répondre à ce besoin. Par ailleurs, les murs représentent un marqueur identitaire fort, un outil de service de la souveraineté étatique, une frontière blindée, un instrument de différenciation. Il incarne la souveraineté primitive de l'Etat : alors que

¹ E. VALLET et C.P. DAVID, « Du retour des murs frontaliers en relations internationales », *Études internationales*, vol. 43, n° 1, 2012, p.7.

la frontière est une zone de contact et d'influence, tandis que le tracé d'une frontière est, par définition, un acte bilatéral, l'existence d'un mur vient figer une ligne de démarcation.

Partant le mur est un objet politique et social, il représente un ensemble de discours, d'institutions et de normes juridiques reliés entre eux dans une fonction stratégique centrale qui va contribuer à légitimer les pratiques du blindage des frontières.

2. le mur frontalier comme action légitime ;

Certes, de nos jours les fonctions des murs frontaliers évoluent, mais elles se regroupent en trois secteurs sécuritaires centraux qui légitiment leur érection.

Sur les murs établis récemment, sept ont pour objectif principal de figer une frontière de fait et de maintien d'une paix fragile. Il s'agit notamment du cas du : Sahara occidental, entre les deux Corées, à Chypre, entre le Koweït et l'Irak, entre l'Ouzbékistan et le Kirghizstan, et la ligne bleue entre Israël et le Liban. Dans ce contexte « les murs marquent les antagonistes qui n'arrivent pas à se résoudre »¹. Et par conséquent on obtient non seulement la fin du conflit mais aussi la fin du dialogue : c'est un moyen de sécuriser une zone contestée.

Le reste des murs ont un autre objectif qui consiste à emmurer ou d'ex murer², c'est à dire de sanctuariser un territoire et de tenir l'Autre hors de cet espace redéfini³. D'ailleurs, il ne s'agit plus de transformer une ligne de front en frontière mais de prévenir de deux risques que les Etats conçoivent comme une menace : les flux migratoires et les mouvements de groupe terroriste. A cet effet, le mur frontalier établi est conçu, au niveau externe comme un moyen de protection, et au niveau interne comme un obstacle d'enfermement.

Dans ce contexte, c'est l'immigration illégale et la lutte contre le terrorisme qui légitiment la prolifération des murs frontaliers. D'autre part, les pratiques de barriérisation ont été mises en œuvre pour but de manifester la capacité des gouvernements à reprendre le contrôle de la scène frontalière⁴.

En définitive, on ne peut (sous ces prétextes de légitimité) prétendre un monde sans frontières. Il est vrai que l'après 11 septembre 2001 a consacré le retour des frontières, des barrières et des murs frontaliers comme un instrument central de la protection de la souveraineté de l'Etat, mais celle ci a été

¹ *Ibidem*, p.17.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ M. Foucher, « Le retour des frontières », Géopolitique, Institut international de géopolitique ». 2009, p. 6.

aussi affecté par le phénomène de la mondialisation et a fait l'objet d'un immense nombre d'écrit et de réflexions.

Il en résulte que, la frontière, comme une notion clé du Droit International Public, est un élément dynamique et en perpétuelles mutations. Une notion qui ne peut rester immobile, sans être affectée, au sein d'un environnement qui bouge et qui change. Une notion qui, son ouverture et sa fermeture dépendent essentiellement des efforts des Etats pour quelle puisse intégrer la cadence de la mondialisation.

Deficits Jumeaux Dans Une Économie En Voie De Développement Cas Du Maroc : Une Modélisation Vectorielle Autorégressive (Var)

MELLOUL Anass

CHENNAOUI Abdelhak

Doctorant chercheur, Université Mohamed V- RABAT, Faculté de Salé,

Cadre Administratif,

FOUAD AMARA

Professeur à la faculté d'economie de sale.

INTRODUCTION

Dans les années 1980 les États unis menaient une politique monétariste appuyée par l'économiste FRIEDMAN et menée par Paul VOLCKER qui dirigeait la F.E.D. (FEDERAL RESERVE SYSTEM). Cette politique consistait à réduire l'inflation à travers la hausse des taux d'intérêt, ce qui avait pour cause une chute de la production et une récession de l'économie américaine, cependant l'inflation a été ramenée à seulement 3,2 %. Suite à cette politique, la hausse des taux d'intérêt a entraîné une appréciation du dollar ce qui a pénalisé les exportations et a engendré par la suite un déficit commercial¹.

En plus, l'Administration Reagan présente, dès 1981, le « PROGRAM FOR ECONOMIC RECOVERY », le « RECOVERY TAX ACT » (1981) et la « TAX REFORM ACT » (1986), sous l'influence des « SUPPLY SIDERS » (partisans de l'offre) et parmi eux l'économiste LAFFER qui a influencé Reagan à revoir à la baisse les impôts en lui montrant que "Trop d'impôts tue l'impôt" et que la réduction d'impôts incite les entreprises à investir plus d'où une augmentation des recettes fiscales. Ainsi, les impôts⁴ sur le revenu et les taxes sur les entreprises diminuent-ils de 23% entre 1981 et 1983. Pourtant l'administration **Reagan** n'a pas pu contrecarrer les dépenses publiques suite à la course à l'armement avec son programme « AMERICA IS BACK » durant la période de la guerre froide, puisqu'en 1988, le budget de la défense franchissait les 400 milliards de dollars, ce qui représentait 7% du P.I.B. américain. Ainsi, cette hausse des dépenses publiques, accompagnée d'une réduction des impôts ont creusé le **déficit budgétaire**, celui-ci triple entre 1980 et

¹ Charles, L. Reagan ou politiques économiques de l'ère de Reagan ,2011.

1986 et le déficit du compte courant passe à 150 Milliards de dollars en 1987, ce qui a conduit à l'apparition des **déficits jumeaux** « TWIN DEFICITS » à la moitié des années 1980¹.

Ce papier se focalise sur la notion des « *déficits jumeaux* » dans le cas d'une économie en voie de développement, le Maroc. En effet, bien que de nombreuses études se sont intéressées à l'examen des liens qui peuvent exister entre les deux déficits, budgétaire et du compte courant, aucun consensus n'existe à l'heure actuelle quant à la nature exacte de la relation entre les deux agrégats.

Entre la vision conventionnelle Keynésienne et l'approche ricardienne, la nature de la relation entre les deux déficits, budgétaire et de compte courant, reste floue. En effet, d'une part, l'approche conventionnelle soutient l'existence d'un lien direct entre les deux déficits. D'autre part, la Proposition de l'Equivalence de Ricardo suppose qu'un accroissement du déficit budgétaire (et notamment à travers l'augmentation des dépenses publiques pour un niveau constant de recettes fiscales et ce à travers le recours à l'endettement), n'ait pas d'effet sur le compte courant.

De nombreuses interrogations sont posées aussi bien par les économistes que par les décideurs en matière de politique économique. Les deux déficits sont-ils indépendants ou au contraire corrélés ? Et s'ils sont inter reliés, c'est dans quel sens que la causalité au sens de Granger existe ? A ses interrogations, les réponses dénombrées jusqu'à présent, sont multiples et parfois contradictoires.

- PROBLEMATIQUE

La problématique de notre papier, consiste à savoir si les deux déficits sont réellement co-intégrés ou bien leur corrélation n'est qu'une coïncidence statistique, et ce dans le cas particulier du Maroc.

L'intérêt porté à cette question, peu novatrice à première vue, se justifie plutôt par ses implications en matière de politique économique. En effet, la mise en évidence d'une relation de long terme entre les deux déficits signifie une reconsidération des politiques commerciale et budgétaire étant donnée leur interdépendance. Par ailleurs, la détermination d'un sens de causalité entre les deux agrégats implique

¹ Conférence d'économie de Mr. STEVANT, Semestre de printemps 2003.

inéluctablement la redéfinition de la relation entre les deux déficits. Lequel des deux déficits est instrument et lequel est objectif?

La détermination de la relation entre déficit budgétaire et déficit du compte courant revêt une importance particulière pour le Maroc à plusieurs égards. Ainsi des déficits persistants du compte courant posent des problèmes d'appliquer des mesures de stabilisation, ces mesures qui nécessitent une réduction du déficit public jouent un rôle important dans la politique économique de pays, il serait donc important de voir l'impact de cette variable sur le déficit du compte courant extérieur.

PREMIER CHAPITRE : REVUE DE LITTÉRATURE DES DEFICITS Jumeaux

SECTION 1 : REVUE DE LITTÉRATURE ECONOMIQUE DES DEFICITS Jumeaux

Dans les années 1980 les États unis menaient une politique monétariste appuyée par l'économiste FRIEDMAN et menée par Paul VOLCKER qui dirigeait la F.E.D. (FEDERAL RESERVE SYSTEM). Cette politique consistait à réduire l'inflation à travers la hausse des taux d'intérêt, ce qui avait pour cause une chute de la production et une récession de l'économie américaine, cependant l'inflation a été ramenée à seulement 3,2 %. Suite à cette politique, la hausse des taux d'intérêt a entraîné une appréciation du dollar ce qui a pénalisé les exportations et a engendré par la suite un déficit commercial.

En plus, l'Administration Reagan présente, dès 1981, le « PROGRAM FOR ECONOMIC RECOVERY », le « RECOVERY TAX ACT » (1981) et la « TAX REFORM ACT » (1986) , sous l'influence des « SUPPLY SIDERS » (*partisans de l'offre*) et parmi eux l'économiste LAFFER qui a influencé Reagan à revoir à la baisse les impôts en lui montrant que "*Trop d'impôts tue l'impôt*" et que la réduction d'impôts incite les entreprises à investir plus d'où une augmentation des recettes fiscales. Ainsi, les impôts sur le revenu et les taxes sur les entreprises diminuent-ils de 23% entre 1981 et 1983.

Pourtant l'administration **Reagan** n'a pas pu contrecarrer les dépenses publiques suite à la course à l'armement avec son programme « AMERICA IS BACK » durant la période de la guerre froide, puisqu'en 1988, le budget de la défense franchissait les 400 milliards de dollars, ce qui représentait 7% du P.I.B. américain. Ainsi, cette hausse des dépenses publiques, accompagnée d'une réduction des impôts ont

creusé le **déficit budgétaire**, celui-ci triple entre 1980 et 1986 et le déficit du compte courant passe à 150 Milliards de dollars en 1987, ce qui a conduit à l'apparition des déficits jumeaux « TWIN DEFICITS » à la moitié des années 1980.

Entre *la vision conventionnelle et l'approche ricardienne*, la nature de la relation entre les deux déficits, budgétaire et de compte courant, reste floue. En effet, d'une part, l'approche conventionnelle soutient l'existence d'un lien direct entre les deux déficits. D'autre part, la Proposition de l'Equivalence de Ricardo suppose qu'un accroissement du déficit budgétaire (et notamment à travers l'augmentation des dépenses publiques pour un niveau constant de recettes fiscales et ce à travers le recours à l'endettement), n'ait pas d'effet sur le compte courant.

1.1. L'approche conventionnelle Keynésienne¹

Selon l'analyse macroéconomique traditionnelle, le fondement théorique de la relation entre les deux déficits est l'équation suivante :

$$CC = Sp - I - (G - T) \quad [I]$$

Avec:

CC : Le compte courant ; **Sp** : L'épargne privée ; **I** : L'investissement privé ; **G** : Les dépenses publiques ; Et **T** : Les recettes fiscales.

Selon l'équation [I], *le solde courant CC est directement lié au déficit budgétaire (G - T) défini comme étant la différence entre les dépenses publiques et les recettes fiscales collectées auprès des ménages et des entreprises.*

Si la différence entre l'épargne des ménages et l'investissement (**Sp - I**) est constante, tout accroissement du déficit budgétaire (et notamment une hausse des dépenses publiques à recettes fiscales constantes) affecte positivement le compte courant. Néanmoins, la littérature relative aux « déficits jumeaux » ajoute à

¹ Les fondements théoriques sont d'inspiration keynésienne (et aussi en tenant compte des résultats du modèle Mundell-Fleming).

cette relation mécanique découlant de l'équation [1], l'effet du taux d'intérêt dans la prédiction de l'évolution du compte courant suite à une variation du déficit budgétaire.

1.2. La Proposition de l'Equivalence de Ricardo (PER)

Par opposition à la vision conventionnelle, la PER soutient l'hypothèse selon laquelle le déficit budgétaire et le déficit courant sont indépendants l'un de l'autre. Sous certaines hypothèses, et pour un niveau donné de dépenses publiques, le déficit budgétaire n'affecte pas le compte courant. L'explication de cette neutralité repose sur l'idée suivante : Dans la mesure où toute réduction des impôts courants est nécessairement accompagnée par un accroissement équivalent des impôts futurs, toute politique fiscale (réduction des impôts courants et financement des dépenses publiques par endettement) semble ne pas affecter la consommation des ménages ou l'épargne nationale. En conséquence, elle est sans effet sur la production nationale, la consommation des ménages, les taux d'intérêt, la balance commerciale et le solde courant.

Toutefois, la PER reste pour de nombreux économistes un idéal qui ne peut être atteint dans la mesure où sa validité dépend étroitement d'un certain nombre d'hypothèses assez fortes. Ces hypothèses telles que synthétisées au niveau de la littérature sont au nombre de sept :

- [1] Les marchés de capitaux sont parfaits ;
- [2] Les agents économiques et surtout les consommateurs sont rationnels et avisés ;
- [3] Les générations successives sont liées par des liens d'altruisme motivant des transferts entre elles ;
- [4] Le report de la charge fiscale n'a pas d'effet de redistribution entre agents économiques ;
- [5] Les taxes sont collectées forfaitairement par tête ;
- [6] L'utilisation du déficit n'est pas créatrice de valeur ;
- [7] l'existence du déficit financé par l'instrument fiscal n'altère pas le processus électoral.

Entre une vision traditionnelle affirmative d'un lien significatif entre les déficits budgétaire et du compte courant, et une approche ricardienne, demeurant hypothétique, bien que niant ce lien, les études empiriques trouvent toute leur légitimité.

SECTION 2 : REVUE DE LITTERATURE EMPIRIQUE

L'importance des déficits budgétaires et extérieurs qu'ont connus les Etats-Unis au cours des années 80 a contribué à l'apparition d'une abondante littérature empirique sur la question des déficits jumeaux. Toutefois l'un des premiers travaux sur la question remonte à 1977. Dans une étude sur 38 pays, E. Milne souligne l'importance des déficits budgétaires dans la détermination des déficits commerciaux. Les études qui suivent aboutiront à des résultats contradictoires.

Ainsi Summers (1986), obtient des résultats qui tendent à confirmer l'hypothèse d'existence de déficits jumeaux dans le cas des Etats-Unis. De même, Bernheim (1988), obtient que plus du tiers du déficit commercial des Etats-Unis et quatre de ses partenaires commerciaux peuvent être expliqués par le déficit budgétaire. En 1990, Kearney et Monadjenni utilisent des techniques de vecteurs auto régressifs (VAR) afin de tester l'hypothèse pour huit pays de l'OCDE depuis la fin du système de taux de change fixes. Ils aboutissent à la conclusion que la relation entre les deux déficits n'est pas toujours claire et dépend du mode de financement du déficit fiscal.

L'un des travaux les plus importants sur la question est celui de Normandin (1994). Dans ce travail, l'auteur fait appel au modèle de générations imbriquées proposé par Blanchard (1985). Ce modèle combine l'hypothèse des déficits jumeaux (il y a une relation entre les deux déficits) et l'hypothèse d'équivalence ricardienne (il n'y a aucun lien entre les déficits). Cette combinaison impliquant que les consommateurs prévoient les déficits budgétaires futurs en tenant compte de l'évolution des deux déficits. A partir de ce modèle, il évalue la relation liant les déficits extérieur et budgétaire pour les Etats-Unis et le Canada. Il obtient une réponse positive du déficit extérieur à une augmentation du déficit budgétaire au Canada, alors que cette réponse n'est pas statistiquement positive pour les Etats-Unis.

Le travail qui se rapproche le plus de l'esprit de ce rapport de recherche est celui de Fidrmuc (2002). Basé sur l'approche intertemporelle de la balance des paiements, il vérifie l'existence d'une relation de long terme entre le compte courant, le solde budgétaire de L'Etat et d'autres facteurs comme l'investissement. L'étude porte sur 18 pays, la plupart étant des membres de l'OCDE ou des pays d'Europe de l'est en transition vers l'économie de marché et comprend un pays en développement (le Mexique). Les données utilisées sont trimestrielles et couvrent les années 1970 à 2001. L'estimation de la relation avec les séries chronologiques pour les différents pays ne permet pas de vérifier l'hypothèse des déficits jumeaux dans la

plupart des cas. Par contre une comparaison en coupe instantanée indique une relation positive entre les deux déficits.

1.3. Quelques faiblesses de ces études

Peu d'études empiriques se sont intéressées spécifiquement au cas des pays en développement. Même si ces pays sont parfois inclus dans les échantillons de ces études, elles ne font pas l'objet d'une attention particulière.

On pourrait cependant citer Calderon, Chong et Loayza (2002) dont le papier porte sur les différents déterminants du compte courant dans 44 pays en développement avec des données annuelles allant de 1966 à 1995. Si cette étude ne vise pas spécifiquement à déterminer si une relation de long terme existe entre les deux déficits, il décèle toutefois un impact positif de l'épargne publique sur le compte courant.

Les principaux résultats des différentes études auxquelles il est fait référence dans notre revue de la littérature empirique sont synthétisés dans le tableau ci-dessus.

Tableau 1 : Principaux résultats de quelques études empiriques portant sur la relation
Entre les deux déficits

Auteurs	Echantillon	Période	Principaux résultats
Ahmed et Ansari [1994].	Le Canada	1973-1991(DA)	Le déficit courant est lié au déficit budgétaire mais aussi à l'écart entre épargne et investissement.
Anoruo et Ramchander [1998].	Cinq pays en développement du Sud Est asiatique ¹ .	Des périodes variables selon la disponibilité de données ² . (DA)	Le sens de causalité validé entre les deux déficits est plutôt du déficit courant vers le déficit budgétaire et ce, dans le cas de quatre sur cinq pays de l'échantillon. Et même pour le cinquième pays, à savoir la Malaisie, le

¹ Les cinq pays du Sud Est asiatique retenus sont : L'Inde, l'Indonésie, la Corée, Les Philippines et la Malaisie.

² Les séries les plus longues sont celles de l'Inde et des Philippines de 1960 à 1993.

			phénomène des « <i>déficits jumeaux</i> » a été validé. Toutefois, la causalité s'est avérée bidirectionnelle.
Fidrmuc [2003]	Une sélection de dix pays développés, et en transition ¹ .	1980-2001(DA)	Vérification du phénomène des déficits jumeaux dans certains pays de l'échantillon avec des différences notables entre la première décennie de la période étudiée et la seconde.
Hatemi et Shukur [2002].	Les Etats-Unis	1975-1998 (DT)	La validation empirique du lien de causalité entre les deux déficits. Néanmoins, durant la période de 1975-1989, la causalité au sens de Granger est du déficit budgétaire vers le déficit du compte courant alors que de 1990 jusqu'à 1998, c'est dans le sens opposé que la causalité a été validée.
Islam [1998].	Le Brésil	1973-1991 (DT)	La causalité au sens de Granger entre les deux déficits est validée dans les deux sens.
Kasibhatla et al. [2001].	Les Etats-Unis	1959-1993 (DT)	Le déficit budgétaire cause au sens de Granger le déficit courant.
Kaufmann et al. [2002].	L'Australie	1986-1998(DT)	Le lien empirique entre les deux déficits n'a pas été validé.
Kouassi et al. [2004].	Un échantillon de vingt pays dont la moitié est en développement.	Des périodes variables selon la disponibilité de données mais	Validation du lien causal (unidirectionnel ou bidirectionnel) entre les deux déficits dans le cas de certain pays en développement mais globalement les résultats se sont avérés mixtes : • Une relation de causalité mais dans le

¹ L'analyse économétrique a porté sur les dix pays suivants : l'Australie, l'Autriche, le Canada, la Finlande, la France, les Pays Bas, l'Espagne, le Mexique, la Grande Bretagne et les Etats-Unis.

		globalement entre 1969 et 1998. (DA)	sens inverse c'est-à-dire du déficit courant vers le déficit budgétaire dans le cas de la Corée. • Une relation d'effet retour (une causalité dans les deux sens) pour la Thaïlande. L'effet de causalité de long terme dans les pays développés est peu évident. C'est uniquement dans le cas de l'Italie que la causalité a été validée dans un seul sens du déficit courant vers le déficit budgétaire.
--	--	--------------------------------------	--

(DA) signifie Données Annuelles.

(DT) signifie Données Trimestrielles.

DEUXIEME CHAPITRE : MODELISATION ECONOMETRIQUE DES DEFICITS JUMEAUX DANS LE CAS MAROCAIN

SECTION 1 : METHODOLOGIE ET DISCUSSION

La méthodologie adoptée repose sur la Modélisation VAR (Vector Autorégressive) dans un cadre à deux variables. Les tests de stationnarité et de Co-intégration sont au préalable appliqué aux différentes séries temporelles. Ensuite les liens de causalité aussi bien dans un sens (du déficit budgétaire vers le déficit commercial) que dans l'autre (du déficit commercial vers le déficit budgétaire) sont examinés. Enfin, des tests de robustesse des résultats sont appliqués aux différentes régressions.

En vue d'analyser le lien empirique entre déficit budgétaire et déficit du compte courant, nous procédons en quatre étapes. La première étape consiste à déterminer le degré d'intégration de chacune des variables. La littérature économétrique propose plusieurs tests statistiques pour déterminer le degré d'intégration d'une variable. Les tests les plus utilisés sont les tests de Dickey-Fuller Augmenté (ADF) et Phillips-Perron (PP). Ensuite, Une fois déterminé l'ordre d'intégration des séries, l'étape suivante consiste à examiner la présence éventuelle d'une relation de cointégration entre le déficit budgétaire et le déficit du compte courant. Plusieurs procédures ont été suggérées pour tester la présence de cointégration entre deux ou plusieurs variables. Nous appliquons le test de cointégration de Johansen. Puis le test de causalité

au sens de Granger entre les deux variables. Enfin une modélisation VAR pour valider le modèle empirique. Il faut noter que Le logiciel utilisé pour l'estimation EVIEWS.

Pour l'examen des liens de causalité entre les deux déficits, nous adoptons l'approche développée par Engle et Granger (1987).

Une question essentielle concernant la spécification de modèle est de savoir, si une variable possède un lien de causalité avec une autre ou non. Afin de fournir une réponse à cette question, Granger (1969) a développé un nouveau concept de lien de causalité qui est désormais connu sous l'appellation « lien de causalité dans le sens de Granger ». Expliqué d'une manière synthétique, il s'agit simplement de déterminer si une variable x « cause selon Granger » une variable y en observant tout d'abord dans quelle mesure les valeurs passées de y arrivent à expliquer la valeur actuelle de y et de voir par la suite l'amélioration de l'estimation grâce à la prise en compte de valeurs retardées de la variable x .

La variable Y peut être considérée comme « causée selon Granger » si la variable x est déterminante dans l'estimation de y ou encore, d'une manière équivalente, si les coefficients des valeurs retardées de la variable x sont significativement différents de zéro.

. Cela me permet d'estimer les deux modèles suivants (en supposant que les variables X et Y sont stationnaires) :

$$y_t = \sum_{i=0}^k \alpha_i x_{t-i} + \sum_{j=1}^k \beta_j y_{t-j} + \varepsilon_t$$

$$x_t = \sum_{i=0}^k \lambda_i y_{t-i} + \sum_{j=1}^k \delta_j x_{t-j} + \varepsilon_t$$

Suivant ces modèles trois cas sont possibles :

- **Une causalité unidirectionnelle de X vers Y (X cause Y)** si les coefficients estimés sur la première équation décalés ou retardés de X sont statistiquement différents de zéro en tant qu'ensemble (c'est-à-dire $\sum_{i=0}^k \alpha_i \neq 0$) et si la série des coefficients estimés de Y décalés

dans la deuxième équation n'est pas statistiquement différente de zéro (c'est-à-dire $\sum_{i=0}^k \lambda_i = 0$). La même chose pour Y vers X (c'est-à-dire Y cause X).

- **Rétroaction ou causalité bilatérale** sont évoquées lorsque les ensembles de coefficients d'Y et X sont statistiquement différents de zéro dans les deux modèles.
- **Absence de causalité ou indépendances des variables** si les séries de coefficients des deux variables X et Y ne sont pas statistiquement significatifs dans les deux modèles.

2.1. Données et variables

Les données utilisées¹ sont annuelles et couvrent la période allant de 1990 à 2012. Pour le solde des transactions courantes les données sont extraits du Haut-Commissariat au Plan (HCP), alors que pour le solde budgétaire la source des données est le Ministère d'Economie et des Finances (*Voir annexe 1*).

Au total deux variables, sont définies pour l'examen du lien causal entre déficit budgétaire et déficit du compte courant :

- Le déficit budgétaire : B_t ;
- Le déficit du compte courant : T_t ;
-

2.2. Estimations et résultats économétriques

- Tests de la racine unitaire

La première étape de l'analyse consiste à examiner la stationnarité des séries temporelles. Les tests de Dickey Fuller² sont appliqués aux séries brutes et aux séries en différences premières.

Les trois modèles de base servant à la construction des tests DFA sont alors estimés par la méthode des Moindres Carrés Ordinaire (MCO) sous l'hypothèse alternative $|\phi_1| < 1$

$$\Delta x_t = \phi x_{t-1} - \sum_{j=1}^p \phi_j \Delta x_{t-j+1} + \varepsilon_t \quad [1];$$

$$\Delta x_t = \phi x_{t-1} - \sum_{j=1}^p \phi_j \Delta x_{t-j+1} + c + \varepsilon_t \quad [2];$$

² Les tests Dickey Fuller simple [1979] ou Dickey Fuller Augmentés [1981] notés respectivement (DF) et (DFA).

$$\Delta x_t = \phi x_{t-1} - \sum_{j=1}^p \phi_j \Delta x_{t-j+1} + c + b_t \varepsilon_t \quad [3];$$

Avec $\varepsilon_t \rightarrow i.i.d.$

On teste l'hypothèse $H_0 : \phi=0$ (présence de racine unitaire) contre l'hypothèse $H_1 : \phi=1$ (absence de racine unitaire donc stationnarité). On rejette l'hypothèse nulle lorsque la valeur statistique calculée est inférieure à la valeur tabulée (de Mackinnon, 1991) ou lorsque la probabilité associée est inférieure à 5%.

Les tests de la racine unitaire ont été réalisés sous les trois spécifications possibles du modèle, avec constante, avec constante et tendance, et sans constante, ni tendance. Les résultats des tests DFA démontrent que les deux séries temporelles ne sont pas stationnaires en niveau. Néanmoins, les tests de DFA appliqués aux différences premières rejettent l'hypothèse nulle de la racine unitaire pour un seuil de confiance de 1%, 5% et 10%. Etant données que les différences premières sont stationnaires, **les deux variables sont alors intégrées du même ordre (I (1)).**

Par ailleurs, les tests de Philips et Perron (PP) confirment les résultats des tests de DAF.

Les résultats du test de stationnarité sont résumés dans le tableau ci-après.

Tableau 2 : Test de stationnarité

TEST DE STATIONNARITE (Au seuil de 5%)								
Variables	Stationnarité		Dickey-Fuller (ADF)		Phillips-Perron		Stationnarité	
	Oui/N on	Ordre d'Intégr ation	Valeur des Statistiqu es	Valeur Critique	Valeur des Statistiq ues	Valeur Critiqu e	Oui/N on	Ordre d'Intégr ation
DEFBUD : B_t	Oui	I (1)	-4.472144	- 1.95808 8	- 4.50307 5	- 1.95808 8	Oui	I (1)
DEFCOURAN T : T_t	Oui	I (1)	-3.284915	- 1.95808 8	- 3.25412 5	- 1.95808 8	Oui	I (1)

Source :Elaboration personnel à partir des données sous- EVIEWS 5

2.3. Détermination du nombre de retards

Le choix du retard optimal est fondé sur les critères d'information à minimiser, notamment les critères d'information d'Akaike, de Schwarz et de Hannan-Quinn.

Tableau 3 : Détermination du nombre de retards

VAR Lag Order Selection Criteria
Endogenous variables: DEFBUD DEFCOURANT
Exogenous variables: C
Date: 09/07/14 Time: 18:18
Sample: 1990 2012
Included observations: 20

Lag	LogL	LR	FPE	AIC	SC	HQ
0	-447.1910	NA	1.10e+17	44.91910	45.01868	44.93854
1	-425.5556	36.78025*	1.90e+16	43.15556	43.45428*	43.21387
2	-420.8927	6.994400	1.81e+16*	43.08927*	43.58713	43.18646*
3	-418.8182	2.696845	2.29e+16	43.28182	43.97883	43.41788

* indicates lag order selected by the criterion

Source :Elaboration personnel à partir des données sous- EVIEWS

Le calcul des critères d'information LR, FPE, AIC, SC et HQ pour des retards allant de 1 à 3 – nous avons choisi cette fourchette de retards compte tenu du faible nombre d'observations (23 observations) montre que le retard qui peut être retenu est de 2. En effet, trios critères d'information (FPE, AIC et HQ) parmi les cinq indiquent que le nombre de retard à retenir est de 2, on va ainsi pouvoir procéder au test de Johansen sur un modèle VAR (2).

2.4. Test de cointégration par la méthode de Johansen

Ce test permet d'identifier clairement la véritable relation entre les variables en recherchant l'existence de vecteurs de cointégration et en éliminant leurs effets, le cas échéant. En effet, le risque d'estimer des relations « fallacieuses » et d'interpréter les résultats de manière erronée est très élevé.

Tableau 4 : Test de la trace

Hypothèse nulle	Valeur propre	Statistique	Valeur critique	Prob.
		Trace	5%	
<i>Aucune</i>	0.306033	8.507496	15.49471	0.4128
<i>Au plus une</i>	0.058276	1.200865	3.841466	0.2731

Source :Elaboration personnel à partir des données sous- EVIEWS

Le test de la Trace indique l'absence d'une relation de cointégration entre les deux variables au seuil de 5%.

H_0 : les deux variables ne sont pas Cointégrés

H_1 : les deux variables sont Cointégrés

Si p-value (prob) est inférieur à 5% on rejette H_0 et on accepte H_1 .

Si p-value (prob) est supérieur à 5% on accepte H_0 et on rejette H_1 .

Dans notre étude p-value 0,4128 et 0,27 31 sont supérieur à 5% donc on accepte H_0 c'est-à-dire **les deux variables ne sont pas cointégrés.**

2.5. Test de causalité au sens de Granger

L'analyse des relations causales entre variables économiques permet une meilleure appréciation des phénomènes économiques. Elle fournit des éléments supplémentaires sur l'antériorité des événements entre eux et facilite l'application de politique économique optimisée.

L'hypothèse nulle de non causalité est acceptée si la probabilité associée est supérieure ou égale à 0,05.

Hypothèse de test :

Y_{2t} ne cause pas Y_{1t} si l'hypothèse suivante est acceptée $H_0 : b_1^1 = b_1^2 = \dots = b_1^p$

Y_{1t} ne cause pas Y_{2t} si l'hypothèse suivante est acceptée $H_0 : a_1^2 = a_2^2 = \dots = a_2^p$

Règle de décision au seuil $\alpha = 5\%$:

Si la p - value > 5%, alors on accepte l'hypothèse H_0 .

Tableau 6 : Test de causalité au sens de Granger entre DEFBUD et DEFCOURANT

Pairwise Granger Causality Tests			
Date: 09/11/14 Time: 16:50			
Sample: 1990 2012			
Lags: 2			
Null Hypothesis:	Obs	F-Statistic	Probability
DEFCOURANT does not Granger Cause D...	21	6.44077	0.00887
DEFBUD does not Granger Cause DEFCOURANT		3.48929	0.05526

Source :Elaboration personnel à partir des données sous- EViews

Le test de causalité conduit sur les différentes premières des variables indique qu'au seuil de 5%, il existe une relation de causalité entre DEFCOURANT vers DEFBUD (DEFCOURANT cause DEFBUD) car p-value (0.00887) est inférieur à 5%. Par contre, il n'existe pas une relation de causalité de DEFBUD vers DEFCOURANT (DEFBUD ne cause pas DEFCOURANT) car p-value (0.05526) est supérieur à 5%. Donc on constate que la connaissance des valeurs passées et présentes de **déficit courant permet une meilleure prédiction future de déficit budgétaire.**

2.6. Estimation d'un modèle VAR :

L'absence de cointégration entre les variables DEFCOURANT et DEFBUD mais l'existence d'une relation de causalité entre DEFCOURANT vers DEFBUD, nous conduit à nous intéresser à la modélisation VAR (plus particulièrement au modèle VAR(p) avec 2 variables qui sont DEFCOURANT et DEFBUD).

Tableau 7 : Estimation modèle VAR

	DEFBUD	DEFCOUR...
DEFBUD(-1)	0.425594 (0.23832) [1.78577]	-0.445242 (0.30273) [-1.47076]
DEFBUD(-2)	0.291480 (0.27219) [1.07086]	0.913068 (0.34575) [2.64086]
DEFCOURANT(-1)	0.266619 (0.16968) [1.57127]	1.282973 (0.21554) [5.95243]
DEFCOURANT(-2)	0.228546 (0.22333) [1.02337]	-0.056657 (0.28368) [-0.19972]
C	-3929.072 (3318.83) [-1.18387]	2164.309 (4215.69) [0.51339]

Source : Elaboration personnel à partir des données sous- EVIEWS

2.7. Equations du modèle VAR (2)

Equation 1 : $DEFBUD_t = C(1) * DEFBUD_{t-1}(-1) + C(2) * DEFBUD_{t-2}(-2) + C(3)$

$+ DEFCOURANT_{t-1}(-1) + C(4) * DEFCOURANT_{t-2}(-2) + C(5)$

Equation 2 : $DEFCOURANT_t = C(6) * DEFBUD_{t-1}(-1) + C(7) * DEFBUD_{t-2}(-2) +$

$C(8) * DEFCOURANT_{t-1}(-1) + C(9) * DEFCOURANT_{t-2}(-2) + C(10)$

Remplaçant les coefficients dans les deux équations on a :

Equation 1

$$\text{DEFBUD}_t = 0.4255937872 * \text{DEFBUD}_{t-1}(-1) + 0.2914797683 * \text{DEFBUD}_{t-2}(-2) + 0.2666185837 * \text{DEFCOURANT}_{t-1}(-1) + 0.2285464567 * \text{DEFCOURANT}_{t-2}(-2) - 3929.072273$$

Equation 2

$$\text{DEFCOURANT}_t = -0.4452417448 * \text{DEFBUD}_{t-1}(-1) + 0.9130684565 * \text{DEFBUD}_{t-2}(-2) + 1.282972932 * \text{DEFCOURANT}_{t-1}(-1) - 0.05665714043 * \text{DEFCOURANT}_{t-2}(-2) + 2164.309374$$

Dans les estimations, **la première équation** est significative où la valeur retardée de déficit budgétaire explique significativement sa valeur présente et la valeur de déficit courant (voir test de wald), car le p-value (0,0016) est inférieur à 5%.

2.8. Décomposition de la variance

Variance Decomposition of DEFBUD:			
Per...	S.E.	DEFBUD	DEFCOURANT
1	8978.919	100.0000	0.000000
2	10288.54	91.29538	8.704618
3	13408.09	61.13358	38.86642
4	18186.69	35.32395	64.67605
5	24916.84	21.55479	78.44521
6	33876.06	14.85401	85.14599
7	46090.09	11.70506	88.29494
8	62863.72	10.08332	89.91668
9	85982.02	9.198704	90.80130
10	117790.0	8.691110	91.30889

Variance Decomposition of DEFCOURANT:			
Per...	S.E.	DEFBUD	DEFCOURANT
1	11405.35	0.354230	99.64577
2	18794.11	2.898551	97.10145
3	25281.71	2.477768	97.52223
4	32634.33	4.070891	95.92911
5	42892.81	6.517271	93.48273
6	57400.82	7.650705	92.34930
7	77908.20	8.021105	91.97890
8	106393.7	8.048722	91.95128
9	145654.4	8.037809	91.96219
10	199574.6	8.040187	91.95981

Cholesky Ordering: DEFBUD DEFCOURANT

Source :Elaboration personnel à partir des données sous- EViews

SECTION 2 : ANALYSE DES RESULTATS

Les données utilisées sont annuelles et couvrent la période de 1990 à 2012. Les résultats sont plutôt en faveur de la vision conventionnelle Keynésienne. D'après les tests de DFA les deux variables sont stationnaires, avec le Test de cointégration par la méthode de Johansen nous démontrons que les deux déficits ne sont pas cointégrés. En effet, le test de causalité montre l'existence d'une causalité unidirectionnelle de déficit courant vers le déficit budgétaire.

L'analyse des variances fournit des informations quant à l'importance relative des innovations dans les variations de chacune des variables du VAR. Elle nous permet de déterminer dans quelle direction le choc a plus d'impact. La décomposition de la variance de déficits jumeaux pour le Maroc, indique que la variance de l'erreur de prévision du (DEFBUD) est due à 9% à ses propres innovations, et de 91% par le déficit courant (DEFCOURANT), alors que la variance de l'erreur de prévision du (DEFCOURANT) est due à 92% à ses propres innovations, et de 8% par le déficit budgétaire (DEFBUD).

CONCLUSION

Le présent article est une contribution à la problématique de déficits jumeaux dans les pays peu développés en général et dans le cas Marocain en particulier. Notre objectif est d'examiner empiriquement la validité de l'une des deux approches de la théorie économique, la Proposition de l'Equivalence de Ricardo (PER) ou la vision conventionnelle. À travers une étude économétrique.

Les résultats économétriques sont plutôt en faveur de la vision conventionnelle. D'après les tests de DFA les deux variables sont stationnaires, le Test de cointégration par la méthode de Johansen nous a démontré que les deux déficits ne sont pas cointégrés. En effet, le test de causalité montre l'existence d'une causalité unidirectionnelle de déficit courant vers le déficit budgétaire, Cette étude conclut l'acceptation des « déficits jumeaux » dans le contexte Marocain. En conséquence, c'est l'approche conventionnelle qui l'emporte par rapport à l'approche PER dans le cas du Maroc. Donc le recours à une politique globale et unique intégrant à la fois les objectifs budgétaires et de commerce extérieur est souhaitable.

LISTE DES ANNEXES**ANNEXE 1****BASE DES DONNEES DE L'ETUDE**

Années	Déficit budgétaire : B_t	Déficit du compte courant : T_t
1990	-7 526	-1 721
1991	-7 515	-3 639,9
1992	-5 327	-3 747,9
1993	-6 015	-4 848,1
1994	-9 176	-6 652,7
1995	-14 553	-12 989,2
1996	-9 652	-5 462,2
1997	- 4613	-8 30,7
1998	-13 176	-1 380
1999	3 051	-1 637
2000	-20 525	-5 046
2001	-10 879	18 209
2002	-18 168	16 276
2003	-14 676	15 238
2004	-15 117	8 551
2005	-20 723	9 432
2006	-8 923	12 424
2007	4 045	-411,8
2008	2 697	-35 936,70
2009	-15 900	-39 873,90
2010	-35 764	-34 321,90
2011	-48 271	-64 608,10
2012	-57 560	-82 445,90

Le Cumul D'un Contrat De Travail Et D'un Mandat Social : Conditions Et Effets

Kouaouchi AbdelKarim

Doctorant en sciences juridiques,

Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales Rabat Agdal.

INTRODUCTION

Pendant longtemps, la direction des entreprises a été assurée par les propriétaires de l'entreprise et on parlait de la classe privilégiée qui détenait à la fois le pouvoir et le capital¹. Petit à petit, les fonctions des dirigeants ont évolué vers une professionnalisation accrue et une distinction plus nette entre le bailleur des fonds (propriétaires) et le gérant (dirigeants)². Des cadres anciens ont repris l'entreprise après le départ en retraite de leur ancien employeur et détiennent une part plus ou moins importante du capital. Dans d'autres cas, les dirigeants sont de simples cadres salariés, sans participation au capital, à qui a été confié le développement ou le redressement de l'entreprise³.

De nos jours, la notion de dirigeant de société est multiforme et il est difficile de trouver une définition précise applicable dans n'importe quel contexte. On ne peut que rechercher les éléments les plus fréquents et les critères jurisprudentiels afin de déterminer les contours du concept de dirigeant.

Dans un sens large, on définit comme dirigeant « toute personne qui exerce à un titre quelconque une fonction sociale dans le cadre de la direction, de l'administration ou de la surveillance⁴. » A ce titre, sont considérées comme des dirigeants des personnes qui n'exercent aucune autre activité propre de direction, comme les membres du conseil d'administration ou les membres du conseil de surveillance.

¹ Jean François Bulle « *Le statut du dirigeant de société* », La Villeguerin Editions, p. 25.

² D. Meillet, B. Richard — « *Dirigeant de société : un métier à risques. Statut et responsabilité du mandataire social* », p. 36

³ J. —F. Bulle — *op. Cit.*

⁴ J.F. Bulle- *op. Cit.*, p. 24.

Dans un sens plus restreint, « on considère comme dirigeants (ou chef d'entreprise) seulement les personnes qui s'occupent activement de la gestion de la société et disposent à cet égard des pouvoirs les plus étendues. »¹

A côté de cette distinction, on retrouve une autre division, plutôt juridique que factuelle, entre le dirigeant de droit et le dirigeant de fait. « Le dirigeant de droit est celui qui est régulièrement titulaire d'une fonction attribuée par les organes sociaux, conformément aux règles fixées par le droit des sociétés² ». Si le contrat de travail se concrétise par une relation de subordination, par un salaire et par le respect des horaires du travail, souvent imposé par l'employeur, le mandat qui est le seul contrat qui lie le dirigeant à son entreprise³ est plutôt « un acte par lequel une personne, le mandant (société ou dirigeant), donne à une autre personne, le mandataire (dirigeant), le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom et pour son compte. » Le contrat de mandat peut être à titre gratuit, mais le plus souvent il est effectué à titre onéreux.⁴ La principale caractéristique du contrat de mandat qui la distingue foncièrement du contrat de travail est que le mandataire doit exercer sa mission en toute indépendance.⁵

Les dirigeants sont des mandataires sociaux dont le statut est inassimilable à celui d'un salarié (ils ne bénéficient pas de la protection du code du travail, notamment en matière de rémunération ou de licenciement).⁶

Le cumul de mandat social avec un contrat de travail est une situation très enviable car il permet au dirigeant de bénéficier de la protection du droit du travail (notamment les droits liés au licenciement) et du statut social salarié (notamment de la couverture CNSS).

¹ J. F. Bulle. Op. cit.

² J.-F. Bulle — *op. cit.*, p. 27.

³ L'arrêt n° 597 de la Cour Suprême, chambre sociale en date du 28-06-2006, a décidé que le directeur général d'une société anonyme et soumis en ce qui concerne sa nomination et sa révocation à l'article 63 de la loi 17-95 . L'absence de toute relation de subordination et l'exercice des fonctions d'une manière autonome fait des fonctions de ce dirigeant social un mandataire social plutôt qu'un travailleur salarié.in revu de jurisprudence de la Cour Suprême. N° 67. Edition numérique, décembre 2000. P 249.

⁴ Conf. art 888 DOC.

⁵ Art 893 DOC le mandat général est celui qui confère au mandataire le pouvoir de gérer tous les intérêts du mandant sans limiter ses pouvoir, ...

¹⁵ Arrêt n° 597 de la Cour Suprême, chambres sociales. Ibidem .

Ce statut hybride ou de dirigeant salarié constitue une « curiosité juridique » puisqu'il réunit sur la tête d'une seule personne deux qualités, à première vue, incompatibles : la qualité de subordonné et celle de subordonnant¹.

Le cumul dans les sociétés commerciales a suscité plusieurs objections. La première de ces objections est d'ordre théorique. Le cumul est, rappelons-le, « la réunion sur la tête d'une même personne de deux qualités du mandataire social et celle du salarié². » De première vue il semble inconcevable d'être à la fois le chef d'entreprise et un simple salarié alors que ces deux statuts sont par nature incompatibles. Sur le plan technique, les objections sont liées au droit civil, au droit des sociétés et au droit du travail. En ce qui concerne le droit civil, la doctrine a affirmé que les principes généraux du droit des contrats s'opposent au principe même du cumul à cause de l'impossibilité de conclure un contrat avec soi-même³. En cas du cumul le contrat de travail est conclu par l'intéressé avec lui-même. Le dirigeant salarié, organe de la société est « l'employé de lui-même ». Cette interdiction de conclure un contrat avec soi-même est prévue par l'article 480 du D.O.C⁴. Nonobstant, « (...) cette objection peut être écartée par le principe de l'indépendance de la personnalité juridique de la société par rapport à celle de son mandataire social⁵ ». Au regard du droit des sociétés, le cumul semble se heurter à deux objections. D'une part, le cumul permet au dirigeant évincé de son poste de direction de demeurer au sein de la société en tant que salarié. Le cumul porte donc, « indirectement mais profondément atteinte à la règle, considérée comme fondamentale là où elle existe, de la révocabilité ad nutum. D'autre part, le cumul risque de bouleverser la hiérarchie des organes sociaux, spécialement dans la société anonyme. Le cumul va compromettre l'indépendance entre l'organe de contrôle et l'organe contrôlé.⁶ » Le salarié, membre du conseil

¹ A. SAYAG, « Mandat social et contrat de travail : attrait, limites et fictions », Rev. soc. 1981, p. 12

² Voir à ce propos « Les travaux de l'Institut Français des Administrateurs », février 2009. Pour l'application des recommandations Afep/Medef sur la rémunération des mandataires sociaux de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

³ Cf. Saad Moumni. Droit civil droit des obligations. 2000. P 19 Théorie générale des obligation : « le contrat est un accord de deux volontés en vue de produire des effets de droit, c'est à dire des effets juridiques ».

Le DOC ne définit ni l'obligation ni le contrat.

⁴ Cf. art 480 DOC.

⁵ Cl. Ducouloux Favard, article préc., p. 381

⁶ Bruno. Petit le statut du chef d'entreprise, p.52

d'administration ou du conseil de surveillance, participe à l'organe de contrôle de la gestion, alors qu'il est en même temps soumis aux pouvoirs de l'organe de direction contrôlé par lui¹.

L'objection la plus sérieuse est fournie par le droit du travail. En effet, la technique du droit du travail s'oppose au principe même du cumul. « Comment peut-on être subordonné à soi-même » ? Malgré tous ces obstacles juridiques le cumul a pu se développer. La création du statut du dirigeant salarié est due certainement aux divers avantages attachés au cumul.

Le cumul des fonctions sociales et salariées est une technique très compliquée. L'admission que les deux statuts ne sont pas incompatibles par nature ne résout pas tous les problèmes qui en découlent. En effet la jurisprudence marocaine n'a pas eu l'occasion de combler les lacunes législatives. Elle est presque absente, à l'exception de quelques jugements. Elle a admis le cumul dans la société anonyme², dans les SARL³, par ailleurs il y a eu d'autres jugements portant sur le sujet du cumul mais de manière indirecte. « Le nombre limité des arrêts concernant le cumul, est peut-être dû au caractère familial des sociétés, ainsi qu'aux procédures lentes et complexes devant les tribunaux. Les parties au conflit cherchent toujours à régler ce genre de litige à l'amiable⁴ ».

L'objectif de cette contribution étant justement de clarifier les mécanismes juridiques qui régissent le cumul du mandat social avec un contrat de travail, et d'en examiner les effets de celui-ci à l'instar du droit étranger.

I. LE CUMUL REGULIER D'UN MANDAT SOCIAL AVEC UN CONTRAT DE TRAVAIL.

Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail dans les sociétés commerciales n'a pas fait l'objet d'une autorisation générale dans la loi 17-95 relative à la SA alors que la loi 5-96 relative aux autres types de sociétés, est muette au sujet de la question du cumul. Ainsi le seul cas réglementé par le législateur est celui d'un salarié nommé administrateur d'une société anonyme de type classique⁵. Pour les autres dirigeants, il aurait été souhaitable que le législateur réglemente aussi leurs situations, mais ce n'était pas

¹ Y. Chartier, Droit des affaires, T.2, Sociétés commerciales, 3^e éd., Thémis, P.U.F. 1992, p. 263

² Arrêt n° 414 de la Cour Suprême, chambre sociale, dossier n° 1159/5/1/2005, in Revue de jurisprudence de la Cour Suprême. Edition numérique 2007, n° 66. p 220.

³ Arrêt n° 897 de la Cour Suprême, chambre commerciale, dossier n°1078/1993, in revue de jurisprudence de la Cour Suprême. Numéro spécial, arrêts de la chambre commerciale, n° 56, 2007, p 183.Cass. Soc. 5 juin 1959, bull. civ n° 690 Paris.

⁴ Entretien avec le président de la chambre sociale de la Cour Suprême

⁵ Cf. l'art 43 de la loi 17-95 sur la SA

le cas. Malgré cette lacune on peut affirmer que le cumul est admis pour les membres du directoire d'une société anonyme¹, le gérant d'une société à responsabilité limitée et le gérant non associé d'une société à responsabilité illimitée.

La régularité du cumul pour ces dirigeants est soumise à certaines conditions strictes qui sont communes à toutes les sociétés commerciales ou différentes selon le dirigeant en question.

1. Les conditions générales d'un cumul régulier

1.1. Conditions de fond

La nécessité d'un emploi effectif est posée par l'article 43 alinéa premier de la loi 17-95 relative à la société anonyme². Cette condition légale ne constitue que le rappel exprès de la double exigence minimale et constante d'un contrat de travail réel et sérieux³.

Selon la jurisprudence française, « le contrat de travail doit correspondre à un emploi qui porte sur des fonctions techniques effectives, distinctes des fonctions exercées en vertu du mandat social⁴. » Ainsi, « lorsque le contrat de travail a été conclu avant le mandat social, le cumul est impossible si les fonctions exercées au titre du mandat social absorbent les fonctions salariées, ce qui peut être le cas lorsque les fonctions salariées étaient des fonctions de direction⁵. »

¹ L'art 80 al 2 de la même loi 17-95 précise que « Le contrat de travail du membre du directoire révoqué, qui se trouve être en même temps salarié de la société, n'est pas résilié du seul fait de la révocation. »

² Art 43 de la loi 17-95 dispose que « Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. Il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent article est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé. »

³ Cour Suprême, chambre sociale, arrêt n° 181 en date de la 01-03-2006, revue jurisprudence de la Cour Suprême, n° 67, 2007.

⁴ L'important est que les tâches strictement salariées soient identifiables en tant nettement dissociées de celles qui sont exercées par la même personne en sa qualité de mandataire sociale. Cass. Soc. 16 oct. 1980. Cass. Soc. 1^{er} dec. 1993 et Cass. Soc. 1994. le Dirigeant de Société : Risques et Responsabilité. Jurisclasseur p. 273.

⁵ Dans son ouvrage « Le statut du chef d'entreprise ». Op. Cit. p. 64 Bruno Petit écrit que :

« Classiquement les arrêts considéraient que les fonctions salariées étaient absorbées par les fonctions sociales, de sorte que le contrat de travail prenait fin à la date de la nomination. (cf. Cass. Soc. 506. 1980. adde, Cass. Soc. 19.02. 1986. Adde, Cass. Com. 07.06. 1988) ».

la disparition du contrat a été rattachée par certains arrêts au mécanisme de la novation. Cass. Soc. 3.10.1980. La novation est définie « comme une convention par laquelle une obligation est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle ».

Reste qu'en pratique, les contours de la notion de fonction techniques sont assez flous, en l'absence d'une définition donnée par la loi ou les tribunaux. C'est donc au cas par cas que les juges apprécient si les fonctions exercées par un dirigeant dans le cadre d'un contrat de travail peuvent être qualifiées de fonctions techniques distinctes de celles qu'il exerce dans le cadre de son mandat social.

Les fonctions techniques exercées dans le cadre du contrat de travail doivent par ailleurs avoir pour contrepartie le versement d'une rémunération distincte de celle versée au titre du mandat social. Le dirigeant qui cumule son mandat social avec son contrat de travail peut donc percevoir deux rémunérations ou une seule. Mais s'il ne perçoit qu'une seule rémunération, celle-ci doit alors nécessairement lui être versée au titre de son contrat de travail¹.

« Le mandataire social, qui se prétend également titulaire d'un contrat de travail dans la même entreprise, doit démontrer le caractère réel de son contrat et en particulier l'existence d'un lien de subordination du salarié, ainsi que la possibilité d'isoler les fonctions ». ²

Pour que le cumul du contrat de travail avec le mandat social soit valable, le dirigeant doit, lorsqu'il exerce les fonctions techniques correspondant à son contrat de travail, être placé dans un état de subordination par rapport à la société³. Cela signifie que les fonctions techniques doivent être exécutées sous l'autorité et le contrôle de la société. Là encore, l'existence d'un lien de subordination est appréciée au cas par cas par les tribunaux. Deux cas de figure se présentent dans les SA.:

L'existence ou non d'un lien de subordination du salarié sera ainsi recherchée par le juge en cas de litige pour écarter ou non la validité du contrat de travail. On ne peut être salarié " sous sa propre autorité ". Ainsi, un dirigeant " salarié " ayant tous pouvoirs en tous domaines au sein de la société ne se verra normalement pas reconnaître la fonction de salarié.

Lexique des termes juridiques, Raymond Guillien et Jean Vincent. Dalloz. 2003. Ici le lien ancien, qui disparaît, est celui résultant du contrat de travail, le lien nouveau est celui fondé sur le mandat social.

¹ Art 6 alinéas 1 de la loi 65-99 relatives au code du travail, promulguées par le dahir n° 1-03-194. 11 septembre 2003. B.O.n° 5210 du 16 rabii I 1425 (6 mai 2004), énonce que « est considérée comme salarié toute personne qui s'est engagée à exercer son activité professionnelle sous la direction d'un ou plusieurs employeurs moyennant rémunération, quels que soit sa nature et son mode de paiement. »

² conditions posées par la Cour de cassation : 5 février 1981, ch. soc, n°79-14.798, bull. civ. V, p. 80.

³ Ibidem, art. 21.

Enfin, le dirigeant de la société ne peut prétendre au versement d'un salaire qu'au titre du contrat de travail. Une partie de la doctrine considère le salaire comme le prix du travail fourni¹. Elle établit un lien direct de causalité entre la prestation de travail et la créance du salaire. « La prestation du travail est la cause juridique du salaire qui justifie son versement. Donc, on doit refuser la qualité de salarié à celui qui renonce à son salaire en raison des difficultés économiques de l'entreprise »².

L'obtention d'un salaire est une condition de l'existence même du contrat de travail³. Elle est aussi une conséquence de ce contrat. En l'absence de la prestation de travail, le salaire n'est pas dû. Par conséquent, le défaut de rémunération pour le dirigeant salarié est un indice de la disparition du contrat de travail. « Le juge est tenu de vérifier si le dirigeant reçoit ou non un salaire. L'existence de deux rémunérations différentes est une présomption de la dualité des fonctions pour le dirigeant salarié »⁴.

Indépendamment des conditions propres à la personne du salarié notamment administrateur, le législateur a prévu une autre condition pour le cumul : celle-ci tient au pourcentage des membres du conseil pouvant bénéficier d'un contrat de travail.

Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonctions⁵. « Il est certain que , pour l'application de cette règle, le président du conseil d'administration et le directeur général qui lui est éventuellement adjoint, ne doivent pas être compris, en tant que tels, parmi les administrateur liés à la société par un contrat de travail⁶ ».

Pour les SARL, en droit français seuls les gérants majoritaires ou les gérants égalitaires uniques ne peuvent cumuler leur mandat avec un contrat de travail⁷. Dans les autres cas (gérants minoritaires ou co-gérants égalitaires), le cumul est possible.

¹ G. Lyon-Caen, « Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel », Dalloz, Paris1961, p.13. add....

² G. Lyon-Caen, « Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel », Dalloz, Paris1961, p.13.

³ L art 6 de la loi n° 65-99 relative au Code du Travail edicte que « est considéré comme salarié toute personne qui s'est engagée à exercer son activité professionnelle sous la direction d'un ou plusieurs employeurs moyennant rémunération, quels que soient sa nature et son mode de paiement. »

⁴ G.H. Camerlync, « Droit du travail ,le contrat de travail »,T I 2^{ème} éd., Dalloz 1982, n°44 et 62

⁵ Cf. 'art 43 al. 2 de la loi 17-95.

⁶ En outre en droit français, ne compte pas d'avantage les administrateurs élus par les salariés, les administrateurs représentant les salariés actionnaires, et dans les sociétés anonymes à participations ouvrières, les représentant de la société coopérative de main d'œuvre. G. Ripert et R. Roblot. Traité de Droit Commercial. Op. Cit. p 416

⁷ Cour de cas, soc. 4 mars 1981, n° 79-16504, Cour de cassation, soc., 18 juin 1986, n° 84-13.853, bull. civ. V, p 239 et Cour de cassation, soc., 16 mai 1990, n° 86-42.681, bull. civ. V, p 137.

Au Maroc aucune condition relative au nombre de gérants salariés n'est prévue par la loi ou par un texte jurisprudentiel

1.2. Conditions de forme

Pour qu'un cumul soit régulier, d'une part, le contrat de travail doit être conclu pendant l'exercice des fonctions sociales. Ainsi, pour les S.A., si le contrat de travail conclu ou renouvelé est postérieur à un mandat social, il faut alors une autorisation préalable du Conseil d'administration (ou du Conseil de surveillance) sous peine de nullité, sauf pour les S.A.S. Il en est de même en cas de modification importante du contrat initial après la nomination comme dirigeant¹. Si la nullité est encourue, l'intéressé ne pourra se prévaloir de son contrat de travail pour quelque raison que ce soit, et pourra être condamné à devoir restituer les salaires perçus. Pour les S.A.R.L., et en application de l'article 64 de la loi 5-96 sur les sociétés commerciales autre que la SA, celle-ci prévoit une approbation a posteriori des conventions entre la société et le gérant intervenues dans l'année (ou bien une autorisation préalable de l'assemblée en l'absence de commissaire aux comptes et si le gérant n'est pas associé) ; à défaut, la convention n'est pas nulle, mais le gérant doit en supporter personnellement les éventuelles conséquences préjudiciables pour la société².

le législateur a prévu une autre condition pour le cumul : celle-ci tient à, l'approbation **du salaire, primes et avantages en nature. En effet,** le dirigeant titulaire d'un contrat de travail avant d'accéder à ses fonctions sociales perçoit déjà une rémunération lorsqu'il se voit confier des fonctions sociales.

Dès lors qu'aucune modification n'est apportée au contrat, et notamment aux modalités de rémunération qui s'y attachent, il n'y a pas lieu de mettre en œuvre la procédure d'approbation des conventions. En effet le contrat trouve son origine à une date à laquelle le cocontractant de la société n'était pas dirigeant. Ce

¹ Cf. art 56 et s de la loi sur la SA en ce qui concerne les administrateurs. Cf. art 96 et s, de la même loi, en ce qui concerne les membres du directoire et du conseil de surveillance.

² Cf. art 64 al 4 du dahir n° 1-97-49 du 5 chaoual 1417 (13 février 1997) portant promulgation de la 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. in Bulletin officiel n° 4478 du 23 hijra 1417 (1er mai 1997) p 482.

En France les Conseils de Prud'hommes écartent souvent la validité du contrat de travail (même s'il a été approuvé par une assemblée) pour les gérants de petites sociétés en raison des conditions générales précédemment évoquées (subordination, etc. ...).

principe, non discuté en ce qui concerne les sociétés anonymes, devait également pour être appliqué dans les SARL. Il reste parfois contesté par la doctrine, et cette critique paraît assez paradoxale¹.

« En cas de modification du salaire ou d'attribution d'avantage nouveau ou complémentaire (gratification par exemple) à l'occasion de la nomination, cette modification constitue un élément nouveau. Elle doit alors être soumise à la procédure des conventions réglementées² ». Les primes ou retraites complémentaires spéciales elles aussi doivent également être autorisées. Le rapport annuel doit comprendre la mention " de la rémunération totale et des avantages de toute nature " versés " à chaque mandataire social. D'autre part, le rapport du Commissaire aux comptes doit mentionner les contrats de travail des dirigeants, et leur éventuelle modification. Enfin, tout actionnaire peut demander le montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées dans la société

2. Les conditions spécifiques de cumul dans chaque type de société.

Le législateur marocain, partagé entre les différents aspects contradictoires attachés à la dualité des statuts, a adopté une position très réservée en autorisant parfois le cumul, en le refusant dans d'autres cas, ou en s'abstenant de régler le problème. En effet la loi 17-95 sur les SA, n'a réglementé que le cas d'administrateur d'une société anonyme de type classique. D'ailleurs, c'est cette hypothèse qui constitue le cas «crucial» du problème du cumul. Concernant les hypothèses « marginales » des gérants non associés des sociétés à responsabilité illimitée, tout comme pour le gérant de société à responsabilité limitée, le membre du directoire le cumul est libre. Mais ces dirigeants sont soumis à des conditions particulières.

2.1. Dirigeants des sociétés anonymes.

Le cumul d'un contrat de travail avec les fonctions d'administrateur est reconnu par la loi mais celle-ci n'autorise le cumul des fonctions que sous certaines conditions qui tiennent à la personne du dirigeant lui-même, et à la participation d'un nombre limité de salariés au sein du conseil d'administration. **Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail soit antérieur à la nomination en qualité d'administrateur.** L'interdiction pour un administrateur en fonction de conclure

¹ Jean Bulle. op. cit.

² L'art 64 de la loi 5-96 renvoie à l'art 7 de la même loi qui dispose que « Toute convention intervenant entre une société en non collectif et l'un de ses gérants doit être soumise à l'autorisation préalable des associés. »

un contrat de travail n'a pas été expressément prévue par le législateur. Toutefois, la doctrine l'a déduit à partir de plusieurs arguments de forme et d'opportunité.

L'article 43 de la loi 17-95, à première vue, ne régleme nte que l'hypothèse du salarié nommé administrateur d'une société anonyme à conseil d'administration. Mais en fait, il a un double sens. D'après cet article un salarié peut être désigné comme administrateur si son contrat de travail effectif est antérieur à sa nomination. L'hypothèse de l'administrateur qui conclut un contrat de travail n'a pas été traitée par la loi malgré qu'elle soit chronologiquement symétrique par conséquent complémentaire de celle prévue expressément par cet article. L'interprétation exégétique de l'article 55¹ de la loi sur la SA, conduit à admettre la prohibition du cumul créé par un administrateur en fonction. **Au terme du dernier alinéa de l'article 55, et sous réserve des dispositions de l'article 43, les administrateurs ne peuvent recevoir en cette qualité, aucune autre rémunération de la société. Toute clause contraire est réputée non écrite et toute délibération contraire à ces dispositions est nulle**². Le but réel de cette interdiction, étant de protéger le principe de libre révocation des mandataires sociaux. En effet lorsqu'une société révoque un administrateur en sa qualité de mandataire social, il est rare que ce dernier conserve son contrat de travail. Or si la société peu librement révoquer un mandataire social, il lui est par contre impossible de remercier un salarié sans le licencier.

Le directeur général, quant à lui, peut bien entendu exercer sa fonction sans avoir recours au cumul. Il peut être actionnaire ou une personne extérieure à la société. Mais en tout état de cause, le directeur général peut cumuler sa fonction avec plusieurs autres fonctions. Tout d'abord le directeur général peut cumuler sa fonction de directeur général avec celle de membre du conseil d'administration. Il percevra à ce titre, des jetons de présence en plus de ses émoluments de directeur général. Les règles applicables aux administrateurs sont identiques à celles relatives au directeur général membre du conseil d'administration. Ce dernier ne peut obtenir un emploi salarié dans la société où il exerce ses fonctions. Le directeur général non administrateur peut cumuler ses fonctions sociales avec un contrat de travail, sous réserve toutefois que soit respectées les conditions générales relatives à la poursuite de l'activité salariée³. Le cumul est autorisé implicitement par l'article 67 ter de la loi 17-95 qui dispose dans son alinéa 3 que « Le contrat de

¹ L'art 55 al 5 de la loi 17-95 relative à la SA modifié par l'art 1^{er} de la loi n° 20-05 promulguée par le dahir n° 1-08-18 du 17 jourmada I 1429- 23mai 2008 dispose que « sous réserve des dispositions de l'article 43 ci-dessus, les administrateurs, ne peuvent recevoir en cette qualité, aucune autre rémunération de la société. Toute clause contraire est réputée non écrite et toute délibération contraire à ces dispositions est nulle. »

² Malika Talab et Michel Pales mobeun. Ibid.

³ Jean François Bulle « Le statut du dirigeant de société », La Villeguerin Editions, p. 93

travail du directeur générale ou du directeur général délégué révoqué, qui se trouve en même temps salarié de la société, n'est pas résilié du seul fait de la révocation».

Les dirigeants de la société anonyme à **directoire et a conseil de surveillance** sont eux aussi soumis aux règles particulières du cumul entre mandat social et contrat de travail, cependant ils ne collaborent pas dans les mêmes organes sociaux. Dans le directoire, le cumul est autorisé implicitement par l'article 80 de la loi 17-95 qui dispose dans son alinéa 2 que « Le contrat de travail du membre du directoire révoqué, qui se trouve en même temps salarié de la société, n'est pas résilié du seul fait de la révocation». Alors qu' à l'instar du conseil d'administration la loi autorise les salariés de cumuler leur emploi avec les fonctions du membre du directoire¹.

Enfin concernant les membres du conseil de surveillance, aucune disposition de la loi 17-95 ne précise expressément que les fonctions de membre du conseil de surveillance sont incompatibles avec la qualité de salarié ; mais l'interdiction résulte implicitement du fait que les membres du conseil de surveillance ne peuvent recevoir de la société que des jetons de présence² et éventuellement des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats assurés par ceux-ci³. Il en résulte implicitement l'interdiction du cumul au conseil de surveillance et d'un contrat de travail dans la même société. Toutefois un salarié de la société peut être appelé au conseil de surveillance à condition que son contrat de travail soit suspendu durant l'exercice de ses fonctions au sein du conseil.

Par ailleurs, les raisons du refus du cumul aux membres du conseil de surveillance résident dans la menace qui peut affecter la répartition légale des pouvoirs entre les organes sociaux : l'autorité du directoire sur les salariés et le libre exercice du contrôle par le conseil de surveillance sur les membres du directoire. Le salarié ne peut pas participer à l'organe chargé de contrôler le directoire, puisque le rôle prééminent du directoire sera menacé et l'efficacité de la surveillance sera mise en cause. Par conséquent, le cumul est prohibé pour le membre du conseil de surveillance. Cette position n'a pas été partagée par l'ensemble de la doctrine. E. Dupontavice a fait valoir que « la méfiance du législateur à l'égard du cumul est réservée à la forme classique de la société anonyme. Le silence de la loi relativement à la forme dualiste

¹ L'article 79 al 3 énonce que «A peine de nullité de la nomination, les membres du directoire ou le directeur général unique sont des personnes physiques. Ils peuvent être choisis en dehors des actionnaires. Ils peuvent être des salariés de la société ».

² « Le statut du dirigeant de société au Maroc ». Jean Céleste. Op. Cit. . p 25

³ Cf. Art 92 et 93 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 relative à la société anonyme.

est donc approbateur du cumul, et ce d'autant que le conseil de surveillance était et sera destiné à accueillir des salariés »¹.

Les règles d'autorisation du cumul doivent cependant être aménagées différemment pour les dirigeants des autres sociétés commerciales, aussi bien dans les sociétés de personnes, que de capitaux ou encore dans les SARL.

2.2. Gérant de sociétés commerciales

Sous cette appellation générique nous entendons regrouper les gérants des SNC, ainsi que ceux des SARL.

Dans les sociétés en non collectif, il faut, en l'absence de texte relatif au cumul, distinguer selon que le gérant, mandataire des associés, est ou non associé.

Le gérant associé ayant, en tant qu'associé, la qualité de commerçant, ne serait de ce fait avoir simultanément la qualité de salarié de la société². Le statut du commerçant est en effet fondé sur la double idée d'indépendance et de responsabilité et se trouve donc à l'opposé du statut protecteur et subordonné du salarié³. Ainsi le gérant de SNC, ayant la qualité de commerçant, ne peuvent en principe, conclure un contrat de travail, cette qualité étant incompatible avec la qualité de salarié

« Puisque aucun texte ne l'interdit, le cumul des fonctions de gérant non associé avec celles de salarié demeure admis, à condition que les fonctions salariales soient effectives et que le gérant non associé soit dans un état de subordination à l'égard de la société⁴ » et aussi, selon une opinion, qu'il ait été approuvé par les associés, en principe à l'unanimité⁵.

¹ E. Du Pantavice, « Le cumul d'un contrat de travail avec la qualité d'organe de la société », n°84, cité par B. PETIT, p 7

² La cour d'appel de Paris a rendu une décision en matière prud'homale dans laquelle elle considérait, à l'inverse de ce qui était communément admis, « *qu'aucun texte relatif aux sociétés en nom collectif n'interdisait le cumul des qualités d'associé et de salarié d'une SNC* ». En autorisant ce cumul la cour d'appel de Paris estime qu'il n'existe aucune raison de refuser à l'associé la qualité de salarié si l'activité développée au titre de chacune de ces deux qualités est tout à fait distincte.

³ Bruno Petit. op. cit. p 66

⁴ Bruno Petit. Ibid. p

⁵ A. Sagay. Op. Cit. p

Alors que les SARL constituent le cadre le plus fréquent de la structure sociale¹, la loi 5-96, relative aux sociétés commerciales autre que la SA, n'a édicté aucune prescription sur le sujet délicat du cumul d'un contrat de travail et des fonctions sociales des gérants. La licéité du cumul entre le statut de salarié et de mandataire social est clairement posée². L'autorisation a été affirmée par une jurisprudence constante, dont le rapport est direct ou non avec le cumul dans les SARL³. Le cumul est licite sans qu'il soit nécessaire de respecter des conditions analogues à celle que l'article 43 de la loi 17-95 impose aux administrateurs. D'une part, aucune condition d'ancienneté ou d'antériorité n'est exigée, de la sorte que le contrat de travail peut être conclu postérieurement à l'accès à la gérance. D'autre part lorsqu' 'ils sont plusieurs, tous les gérants, associés ou non, statutaires ou non, peuvent être salariés de la société. Néanmoins le contrat de travail ne doit pas être fait pour faire échec à la révocabilité du gérant. Le contrat de travail doit être réel et non fictif.

Le contrôle du contrat conclu par le gérant ou les modifications qui lui sont apportées ne pose pas des difficultés d'interprétation, l'article 64 de la loi 5-96 prévoit que toute convention intervenue directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants doit être soumise à l'assemblée des associés. Ainsi, « tout contrat de travail conclu par le gérant doit être approuvé par la majorité des associés, sachant que la voix de l'intéressé n'est pas prise en compte⁴ ».

Les conditions de cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail sont beaucoup moins contraignantes dans les sociétés en commandite que pour les dirigeants de sociétés anonymes. Ainsi, dans la société en commandite, deux hypothèses se présentent, en premier lieu si le gérant est en même temps associé commandité, dans ce cas il a la qualité de commerçant. Il ne peut donc pas être salarié, les deux étant incompatibles. Dans le cas où le gérant n'est pas associé commandité, il n'existe aucune disposition légale

¹ L'industrie marocaine présente les caractéristiques structurelles de celles d'une économie en développement. Son tissu industriel est composé essentiellement de PME comportant moins de 200 employés. Elles représentent 92% du tissu productif national. Néanmoins, leur contribution reste largement en dessous des potentialités que cette catégorie d'entreprises peut faire valoir puisque l'ensemble des unités de production, ne procure que 10% de la valeur ajoutée et ne distribuent que 16% de la masse salariale, alors que les grandes entreprises qui ne présentent que 8%, créent 90% de valeur ajoutée et distribuent 84% de la masse salarial. (Mission Économique de Rabat. Laurent M'Chirgui. Thomas Lorne 18 août 2004.)

² « Le statut du dirigeant de société au Maroc ». Jean Céleste. 2000. p 53

³ Cour Suprême, chambre social. Arrêt n° 11, 24 oct. 1961, in revue de jurisprudence de Cour Suprême. Edition numérique, dec 2000. p 283.

Cour Suprême, chambre social .arrêt n° 897, 09 juin 1999. in revue arrêts de la chambre commerciale. Ed 2007, 301.

⁴ Jeans Céleste. Op. Cit. p. 53.

lui interdisant de cumuler entre son mandat social et son contrat de travail¹, à condition bien entendu de respecter les conditions générales du cumul. Le contrat de travail peut être conclu aussi bien préalablement que postérieurement au mandat social, cependant dans le second cas, le contrat devra être soumis à la procédure des conventions réglementées, de même que si le contrat est conclu préalablement au mandat social, toute modification postérieure à sa nomination, devra être soumise à ladite convention.

II- LES EFFETS DU CUMUL DES FONCTIONS SOCIALES FACE AU STATUT DU TRAVAILLEUR

L'observation des conditions de régularité du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social communes à toutes les sociétés ou propres à chaque société aura pour effet la coexistence des deux statuts du dirigeant et du salarié. Le dirigeant salarié va être soumis aux règles du droit du travail ce qui lui permettra de bénéficier des avantages de ce régime lors de l'exercice du mandat social. Il va surtout profiter de la stabilité offerte par le contrat de travail en cas de cessation du mandat social. Les effets de cette coexistence poseront aussi beaucoup de problèmes aussi bien pendant l'exercice du mandat social qu'en cas de cessation de celui-ci.

Il y a également lieu de relever que la sanction du cumul irrégulier peut atteindre l'un des deux actes, à savoir le contrat de travail ou le mandat social ou des deux conventions à la fois. Néanmoins, la sanction pour plusieurs hypothèses d'irrégularité du cumul peut être écartée par la technique de la suspension du contrat de travail

1. Les conséquences du cumul autorisé

Le cumul présente en premier lieu un caractère automatique : par le simple fait que les conditions de régularité sont satisfaites, le contrat de travail et le mandat social sont cumulés de plein droit, sans formalité.

Un cumul régulier a pour effet le maintien du contrat de travail pendant l'exercice du mandat social. Le principe étant l'indépendance de statut du mandataire social et du salarié, on va appliquer au dirigeant salarié deux régimes juridiques distincts. « Cette autonomie n'empêche pas la présence d'une certaine

¹ En droit des affaires français, dans les sociétés en commandite par actions, dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les recommandations MEDEF / AFEF invitent les gérants à mettre un terme à leur contrat de travail soit par rupture conventionnelle, soit par démission. Alors que les recommandations ne semblent pas du tout viser, les dirigeants des SAS.

influence entre les deux qualités »¹. En fait, la mise en œuvre du cumul va mettre en évidence le particularisme de ce statut hybride du dirigeant salarié à cause de la présence du droit des sociétés à travers la réglementation du contrat de travail.

La régularité du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail a pour effet la soumission du dirigeant aux règles du droit du travail. Il peut revendiquer l'application des garanties reconnues au salarié non pas en sa qualité de dirigeant, mais au titre de sa qualité de salarié. Ces avantages sont très importants, aussi bien pendant l'exécution du contrat de travail, qu'en cas de rupture de ce dernier.

1.1. Protection sociale attachée a la qualité de salarié

- Pendant le contrat de travail

Le dirigeant n'est pas soumis aux dispositions du Code du travail et des conventions collectives. Toutefois, en cas de cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, on lui appliquera l'intégralité de ces règles. C'est ainsi que le dirigeant salarié, a le droit de percevoir l'indemnité compensatrice des congés payés². Ce droit ne concerne que les salariés de l'entreprise.

Le dirigeant salarié bénéficiera aussi de la règle du maintien du contrat de travail avec le nouvel employeur en cas de cession, de fusion ou de transformation de la société³.

Le dirigeant salarié est soumis aussi aux conventions collectives⁴, et par conséquent il peut jouir des avantages qu'elles garantissent au travailleur, tels que la fixation du salaire minimum applicable au salarié de même catégorie, les accessoires des salaires et les primes d'ancienneté.

Toujours, en ce qui concerne les avantages liés au salaire, seules les sommes ayant le caractère du salaire sont soumises aux règles relatives à l'insaisissabilité, en raison de leur caractère alimentaire⁵. Cette protection ne peut être invoquée par le dirigeant non salarié dont la rémunération est saisissable en totalité.

¹ P. Le Canu. « Droit des sociétés » Op. Cit. p 406. Adde, Lefebvre. F. « Dirigeants de sociétés commerciales », Francis Lefebvre, 1997

² Cf. article 231 du Dahir n° 1-03-194 du 14 rejeb (11 septembre 2003) portant promulgation de la loi n° 65-99 relative au Code du Travail. B.O. n° 5210 du 16 rabii I 1425 (6 mai 2004). p

³ Ibidem, art 19.

⁴ Cf. Titre IV du code du travail art 104 et suiv.

⁵ Cf. Section III. - De la saisie-arrêt et de la cession des salaires. Article 387 et suivants

Le dirigeant salarié peut profiter aussi de la protection sociale en plus du régime des accidents de travail et des maladies professionnelles applicables à titre obligatoire, à tous les travailleurs ou assimilés qui sont soumis aux dispositions du Code du travail¹.

En sus son assujettissant à la CNSS lui fait bénéficier des prestations offertes par le régime de l'assurance maladie obligatoire (AMO).

Le dirigeant salarié ou le gérant de la société peut percevoir à la fois un salaire pour ses fonctions techniques séparées, et une rémunération non salariée en tant que mandataire social (rémunération de président, de directeur général, de directeur général délégué, de membre du directoire, ou de président ou vice-président du conseil de surveillance, jetons de présence ou " rémunérations exceptionnelles " des administrateurs ou membres du conseil de surveillance, ...) ou associé / actionnaire (dividendes ...). Le salaire qui lui est versé au titre de son contrat de travail doit être conforme à la réglementation sur le SMIG² ou aux minima supérieurs fixés par les conventions collectives ou les accords d'entreprise applicables. Qui plus est, l'attrait le plus important du cumul des statuts du dirigeant et de salarié résident, surtout, dans les garanties importantes accordées en cas de rupture du contrat de travail.

- En cas de rupture, soit du mandat, soit de la fonction salariée

- **En cas de rupture du mandat social puis du contrat de travail**

La rupture du mandat social n'entraîne pas ipso facto celle du contrat de travail que peut détenir parallèlement le dirigeant (ceci est d'ailleurs expressément prévu pour les membres du conseil d'administration par l'alinéa 1 de l'article 43 de la loi 17-95 et pour les membres du directoire ou directeurs généraux uniques par l'article 80 al 2 de la même loi³).

Toutefois, un licenciement peut être prononcé concomitamment ou plus tard, notamment par la nouvelle direction de la société. Le licenciement donnera lieu en ce cas au versement des indemnités légales et/ou

¹ Dahir du 25 juin 1927 inspiré, BO, n° 766 du 28 juin 1927, p 1662,(ce texte est entré en vigueur le 31 mars 1928), inspiré de la loi française de 1898, assure la réparation des risques professionnels. Ce régime, révisé sur le plan formel par le dahir n° 1-60-223 du 6 février 1963, BO n° 2629 du 15-03-1963, p 357et rectificatif BO, n° 2636 de mai 1963, pp. 659-660, vise essentiellement l'indemnisation de la victime tout en la déchargeant du fardeau de la preuve par le procédé classique de la présomption. « La sécurité sociale au Maghreb du nouveau millénaire : carences et défis » Abdellah Boudahrain. SEDA, Casablanca, 2000.p 170

² Cf. article 356 et suiv « Section II :Du salaire minimum légal » du code de travail

conventionnelles habituelles en pareille matière¹. Une démission expresse ou tacite (cessation de toute activité au sein de la société, malgré l'absence de lettre de licenciement ou de démission) peut également intervenir.

Si l'on admet la validité du contrat de travail, la jurisprudence admet en outre la condamnation de la société au paiement de tous les éventuels arriérés de salaires dus². Une partie de la doctrine estime néanmoins que dans certains cas (prix de vente de la société comprenant des salaires de l'ancien dirigeant) cette solution ne serait pas normale au regard des règles sur l'abus de biens sociaux (en cas de changement de contrôle de l'entreprise, en principe, seul le cessionnaire de la société devrait avoir la charge de ces paiements selon certains auteurs).

D'autre part, " un salarié qui a cumulé un mandat social avec son contrat de travail puis est redevenu simple salarié a droit, lors de son congédiement, à une indemnité de licenciement calculée en prenant en compte son ancienneté totale puisqu'il n'a jamais cessé d'être salarié³. Quant aux motifs du licenciement, ils peuvent être les mêmes que ceux à l'origine de la révocation du mandat social (ex : mauvaise gestion de la société), à condition d'être rappelés dans la lettre de licenciement et sous les mêmes réserves qu'en matière de salariés " ordinaires " (motif sérieux et vérifiable, etc).

Si l'on exclut la question du contrat de travail, des conditions de révocation du mandat social du dirigeant, lorsqu'elles sont abusives, brutales ou vexatoires, permettraient toutefois l'allocation de dommages et intérêts à certaines catégories de mandataires sociaux à savoir les membres du directoire⁴ et les gérants⁵ sur le fondement du droit des sociétés.

- **En cas de rupture du contrat de travail puis du mandat social**

La rupture du contrat de travail (que ce soit par démission, licenciement ou départ en retraite) n'entraîne pas ipso facto celle du mandat social du dirigeant.

¹ Ibidem, arts 52 à 60 de la loi 65-99 relatives au code du travail

² Cour Suprême. Soc

³ Cour de cassation, soc. 5 avril 1974, SA Emile Avot / André Avot

⁴ L'article 80 de la loi 17-95 édicte que : « Les membres du directoire peuvent être révoqués par l'assemblée générale sur proposition du conseil de surveillance. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages - intérêts. »

⁵ L'article 14 al 4 de la loi 5-96 s'applique au gérant non associé de la SNEC. Pour la SCS son art 21 renvoie aux règles régissant la SNEC, et prévoit donc les mêmes procédures que pour le gérant de cette forme de société. L'art 32 de la même loi, s'adresse au gérant de SCA. L'art 69 précise les conditions de révocabilité des gérants dans la SARL.. Dans les trois types de société la loi prévoit des dommages intérêts, si la révocation est décidée sans juste motif.

Toutefois, une révocation de mandat peut être prononcée concomitamment ou plus tard, notamment suite à un changement de contrôle de la société.

La révocation ne donnera lieu en ce cas à des indemnités qu'à la condition que les " conditions de révocation " du dirigeant aient été " abusives, brutales ou vexatoires " (SA et sociétés de forme semblable) ou à la condition que la révocation du gérant (SARL) ou des membres du directoire ou directeurs généraux uniques (SA à Directoire) ait eu lieu " sans juste motif " (allocation de dommages et intérêts sur le fondement du droit des sociétés sur décision du Tribunal de commerce compétent .

1.2. La responsabilité du dirigeant salarié

Concernant le problème de responsabilités contractuelle et délictuelle, on peut affirmer que la responsabilité du dirigeant salarié peut être engagée en sa qualité du mandataire social ou en sa qualité du salarié. « Les deux régimes de responsabilité sont autonomes quant à leurs conditions et à leurs effets. Elles peuvent être engagées au même moment, mais par deux actions distinctes »¹. Ainsi, le statut du salarié n'a pas normalement d'influence sur la responsabilité du dirigeant.

Toutefois, la situation est particulièrement différente, lorsque l'objet du contrat de travail "un mandat social". « S'agissant de la responsabilité contractuelle, le dirigeant salarié de la filiale ne peut pas être assimilé au représentant permanent, puisque la marge d'autonomie du premier est moins étendue que celle du deuxième. Le dirigeant de la filiale est beaucoup plus qu'un salarié, c'est un mandataire social. Reste que ce dirigeant peut dans certaines conditions profiter de la situation d'un simple salarié et par conséquent on lui appliquera les règles du code du travail².

Le législateur marocain, comme son homologue français, ne prévoit pas de règles spécifiques à l'hypothèse du dirigeant de la filiale. Le dirigeant est responsable à l'égard de la société et des tiers, des infractions à la loi³, des violations des statuts⁴ ou des fautes commises dans leur gestion¹. Mais la

¹Voir sur ce sujet «Les moyens de défense des dirigeants d'entreprise ». Mémoire collectif sous la direction de M. le professeur Yves Chaput. Année 2004-2005.Université de Paris I PANTHEON – SORBONNE.

²Voir en ce sens les obligations du salarié et de l'employeur art 20 à 25 du code du travail

³ Cf. loi 17-95.

⁴ Le non-respect des statuts est assimilé à la violation de la loi. C'est le cas lorsque le dirigeant dépasse les limites statutaires des pouvoirs. Les statuts sont la loi des parties, et même s'ils ne sont pas opposables à l'égard des tiers de bonne foi, ils ne peuvent être violés par le dirigeant. Donc, la responsabilité du dirigeant peut être engagée à l'occasion d'un acte passé en dehors de l'objet social, soit du fait des infractions aux dispositions ajoutant aux mesures légales : infraction renforcée. Cf. loi 17-95.

responsabilité du dirigeant de la filiale à l'égard de la société mère est, à priori, celle encourue par tout salarié. Les règles du droit du travail s'appliquent pleinement. De surcroît, on applique le régime de la responsabilité contractuelle du salarié, qui reste dérogatoire au droit commun. Selon ce régime, le salarié ne peut être tenu pour responsable des résultats défectueux de son travail, que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un employé normalement diligent, non une simple erreur, mais une faute lourde, voire volontaire. Donc, ni les déficits de gestion ni les déficits d'inventaire ne sont imputables au dirigeant de la filiale salarié de la société mère, puisqu'il ne lui revient pas d'assumer les risques de l'exploitation et d'être garant des profits de la filiale, tant qu'il agit dans les limites des instructions de son employeur.

Concernant la responsabilité à l'égard des tiers, le dirigeant de la filiale profitera des règles de la responsabilité du commettant pour les faits de son préposé. Lorsque le mandataire social agit au nom de la société mère et pour son compte, et dans les limites des instructions de celle-ci. C'est la responsabilité de la société mère qui sera engagée à l'égard des tiers.

En France, depuis l'arrêt de principe du 23 janvier 1992², il semble que seule la faute lourde du dirigeant de la filiale permettra à la société mère de mettre en cause sa responsabilité pécuniaire pour les risques d'exploitation. La Cour de cassation française a déchargé le dirigeant salarié de toute responsabilité vis-à-vis des tiers au cas où ce dernier aurait agi dans les limites de la mission qui lui a été confiée par la société mère. Cet arrêt a rompu avec la jurisprudence antérieure en la matière qui acceptait que les déficits de gestion soient mis à la charge du dirigeant salarié. Donc la société mère est directement responsable à l'égard des tiers des fautes contractuelles commises par ses salariés dirigeants de la filiale³.

Dans ce cas, on peut se demander si ce dirigeant salarié peut engager sa responsabilité à l'égard de l'employeur. Une réponse négative mettra le dirigeant de la filiale dans la même situation qu'un simple salarié, malgré ses pouvoirs de direction. On doit adopter une position nuancée. Tant que le dirigeant de la filiale n'a pas pris la décision par lui-même, il ne va pas engager sa responsabilité à l'égard de la société mère.

La responsabilité délictuelle de la société mère peut-elle être engagée pour les délits commis par le dirigeant salarié⁴? En droit français, en matière délictuelle, la société mère est soumise à l'article 1384

¹ F. Cherchouly Sicard, « Les administrateurs salariés », R.J.Com.1988, p.81.

² Cass. soc, 23 janv. 1992, J.C.P.éd.G.1993,II 22000

³ Cass. soc, 23 janv. 1992, J.C.P.éd.G.1993,II 22000

⁴ art 85 al 3 du DOC

alinéas 5 du Code civil qui établit le régime de la responsabilité des commettants des faits de leurs préposés.

L'autre question qui se pose est de savoir si le dirigeant de la filiale peut se retourner contre la société mères il fait l'objet d'une condamnation.

Le plus souvent, le dirigeant de la filiale exerce ses fonctions, non pas en vertu de son contrat de travail, mais bien dans le cadre des pouvoirs sociaux qu'il détient de la loi. En réalité, il y a cogestion exercée par la société mère et le dirigeant de la filiale. La société mère sera donc à l'abri des actions qui peuvent être intentées par son salarié¹.

Le dirigeant salarié, rappelons-le, n'est pas un vrai salarié, d'où il ne va jouir que des avantages sans être soumis aux sanctions. Cette situation privilégiée est justifiée. Le dirigeant ayant le pouvoir de décision entre les mains, ne va pas exercer le pouvoir disciplinaire sur lui-même. En effet, on comprend mal comment le chef d'entreprise en sa qualité de salarié, va invoquer le bénéfice de la convention collective qu'il aura peut-être signée pour engager sa responsabilité en tant qu'employeur. Mais sa situation de chef d'entreprise n'empêche que les avantages liés à son contrat de travail connaissent des limites, notamment, à cause de sa qualité de dirigeant.

Une impossibilité de cumul (irrégulier) peut être lourde de conséquences pour l'intéressé ou la société qui "l'emploie", surtout si un changement de direction met en lumière une irrégularité antérieure.

2. Les conséquences du cumul irrégulier

Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail n'a pas reçu une réglementation générale, mais plutôt une réglementation ponctuelle qui est loin d'être complète. Reste qu'on a remarqué que le cumul pour la plupart des dirigeants sociaux est autorisé si le législateur ne l'a pas interdit.

Cette autorisation est soumise à des conditions strictes communes à toutes les sociétés et d'autres propres à chacune d'entre elles. Dès lors, le cumul est irrégulier si l'intéressé avait manqué à l'une des conditions de la régularité ou s'il avait créé un cumul malgré l'interdiction légale.

La sanction du cumul irrégulier peut atteindre l'un des deux actes, à savoir le contrat de travail ou le mandat social ou des deux conventions à la fois.

Néanmoins, la sanction pour plusieurs hypothèses d'irrégularité du cumul peut être écartée par la technique de la suspension du contrat de travail.

¹ A. THEIMER, « Contrat de travail et mandat social dans les groupes de sociétés », P.A. du 3 juill. 1996

2.1. La sanction du cumul irrégulier d'un mandat social et d'un contrat de travail

L'autorisation pour certains dirigeants des sociétés commerciales de cumuler un mandat social et un contrat de travail est soumise à des conditions. D'une part, la condition commune qui est le contrat de travail réel et sérieux. D'autre part, les conditions spécifiques liées à chaque société et on peut distinguer pour cela entre :

- la condition d'antériorité du contrat de travail pour le cas d'administrateur d'une société anonyme de type classique¹,
- le respect de la procédure du contrôle des conventions conclues entre la société et son dirigeant pour les autres dirigeants libres de conclure un contrat de travail.

L'inobservation de l'une de ces conditions aura pour conséquence l'irrégularité du cumul.

En cas de cumul irrégulier, les sanctions sont différentes selon la condition en question. D'où on doit distinguer entre les sanctions pour absence d'emploi effectif et celles pour inobservation des conditions propres à chaque société.

2.1.1. La sanction pour conclusion d'un contrat de travail fictif.

Le contrat de travail doit nécessairement être réel et sérieux. Le contrat conclu en violation des règles du droit du travail est sanctionné par la loi². Ce contrat est fictif s'il a manqué à l'une des conditions prévues par les articles 6 et 21 du Code de travail, telles que le défaut des fonctions salariées spéciales, le défaut du lien de subordination ou l'exercice gratuit des tâches salariées.

Le contrat qui ne correspond pas à un emploi effectif est nul et de nullité absolue³. Ce contrat est considéré comme n'ayant jamais existé. Dans ce cas, le « dirigeant est tenu de restituer les salaires indûment perçus

¹ L'article 43 de la loi 17-95

² L'article 43 de la loi 17-95 précise que : « Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. Il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent article est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé ».

³ Ibidem.

pour défaut de cause¹ »². Mais si le dirigeant salarié a effectivement exercé des tâches salariées, est-ce qu'il peut recevoir une contrepartie ?

Si la désignation du dirigeant est postérieure à la conclusion du contrat de travail fictif, le législateur ne s'est prononcé expressément que pour l'hypothèse d'administrateur de la société anonyme de type classique. Selon l'article 43 de la loi 17-95, les deux actes vont être annulés. La validité de la nomination du mandat social est subordonnée à l'effectivité du contrat de travail. Mais la doctrine a généralisé cette sanction aux autres dirigeants³. Pour cette hypothèse, le mandat social est supposé n'avoir jamais existé. Le dirigeant doit alors restituer toutes les rémunérations qu'il a reçues au titre des fonctions sociales et notamment les jetons de présence.

Reste qu'on peut procéder dans ce cas de la même manière que pour la contrepartie du travail qu'il a effectué en tant que salarié. F. Mansuy le dirigeant a exercé des fonctions sociales au titre de son mandat social. Donc, il peut être indemnisé pour ces fonctions qu'il a éventuellement exercées sur la base des règles du droit civil⁴.

La solution est différente lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail conclu par un dirigeant en fonction. Si la nomination du mandataire est conforme aux règles du droit des sociétés, le mandat social doit être maintenu. Seul le contrat de travail fictif va être annulé⁵.

Mais quelle sera la sanction d'un contrat de travail qui devient fictif après la nomination du mandataire social.

2.1.2. La sanction du contrat de travail devenu fictif après la nomination du salarié comme mandataire social

Le contrat de travail a été effectif au moment de sa conclusion. Ce contrat qui a reçu un commencement d'exécution devient fictif après la nomination du salarié à un poste de direction. Le cumul au moment de sa création est régulier. La nomination du mandataire social est licite parce qu'au moment de cette nomination le contrat de travail a été effectif.

¹ Art 66 et s du DOC

² Bruno Petit, op. cit p 72

³ F. Mansuy , « La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux » , Rev. soc. 1987, p. 17. adde Omar Aziman « Droit civil droit des Obligations », 1995 ; p adde adde Saad Moummi « droit civil droit des obligations » .ed. elbadii. 2000

⁴ Ibidem.

Le contrat de travail peut perdre son caractère réel et sérieux dans deux hypothèses. D'une part, les fonctions salariées peuvent être absorbées¹ par les attributions sociales les plus étendues. D'autre part, la nomination du salarié comme mandataire social peut écarter tout contrôle sur les actes du dirigeant salarié d'où l'atteinte à la condition du lien de subordination.

Le contrat de travail qui a manqué à l'une des conditions de sa validité doit disparaître. La disparition du contrat peut avoir lieu par la caducité, par la renonciation ou par la novation.

Mais il faut constater « que l'on parle de résiliation conventionnelle, de démission, ou encore de novation, il s'agit en tout cas d'une disparition voulue ou tout au moins acceptée par l'intéressé² ».

2.1.3. La caducité du contrat de travail

D'après le vocabulaire juridique H.CAPITANT, la caducité est « l'état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur³ ». Sur la base d'une telle définition, on peut affirmer que le contrat de travail qui perd son caractère effectif devient caduc⁴.

Cette sanction se distingue de l'annulation en ce sens qu'elle ne sanctionne pas un vice lié à la conclusion du contrat de travail, mais elle rend compte de l'intervention de l'événement postérieur. En effet, le contrat est à l'origine valide, mais il devient ultérieurement invalide parce que les fonctions sociales sont très étendues, par exemple. La caducité sanctionne une carence entamant le contrat de travail dans sa perfection ou l'empêchant en tout cas d'être efficace.

Cette solution peut être critiquée pour deux raisons. « D'une part, l'acte peut être déclaré caduc généralement si elle n'a pas encore produit ses effets, ce qui n'est pas le cas dans cette hypothèse. D'autre part, les causes de la caducité sont nécessairement indépendantes de la volonté des parties, alors que la décision de nomination émane des parties⁵ ». Cependant, une partie très limitée de la doctrine a admis que les causes de caducité peuvent être dépendantes de la volonté de l'auteur de l'acte⁶. Selon ces auteurs

¹ Bruno Petit op. cit p 52

² Bruno. Petit, article préc., p.8

³ G. Cornu (sous la direction de), vocabulaire juridique H. Capitant, 5^{ème} éd., P.U.F.1996,

⁴ B. Petit, article préc., p.8

⁵ B. Petit, « La suspension du contrat de travail des dirigeants de sociétés anonymes », R.T.D.com. 1981, p.48, n°28

⁶ C'est la position d'une partie de la jurisprudence française dans un autre espèce où elle a affirmé qu'« attendu que recherchant la commune intention des parties, l'arrêt retient, de la vente et le transfert de propriété étaient subordonnés à l'établissement d'un acte authentique avant le 1^{er} janvier 1978, terme formel, s'imposant aux parties ; que de ces

on peut affirmer que la caducité est la sanction normale du défaut d'emploi effectif survenu après la nomination du salarié à un poste du mandataire social¹. Cette position peut être critiquée si le dirigeant va accepter sa nomination parce que les causes de la caducité ne sont pas dans ce cas indépendantes de l'auteur de l'acte.

La caducité du contrat de travail a sollicité plusieurs critiques c'est pourquoi la doctrine a adopté plutôt la renonciation ou la novation de ce contrat.

2.1.4. La renonciation au contrat de travail

Une personne peut renoncer à son contrat de travail pour être nommée mandataire social. C'est une « solution qui a l'avantage de le libérer de la charge de ce poste, mais qui a l'inconvénient de lui faire perdre ses avantages sociaux acquis souvent par une ancienneté appréciable, pour lui en conférer un nouveau où il est désormais révocable *ad nutum*² ». C'est pourquoi on écarte généralement cette solution.

La renonciation au contrat de travail ne repose pas sur l'examen de l'intention des parties, elle nécessite l'accord explicite de celles-ci. En effet, la possibilité d'une renonciation implicite au contrat de travail est une atteinte aux règles du droit du travail puisque le salarié a un statut légal. Pour que le contrat de travail soit résilié, il faut que l'intéressé exprime sa volonté par une manifestation sérieuse et non équivoque³. Le silence ou l'abstention d'une partie n'ont aucune signification en l'absence d'actes positifs.

La renonciation se définit comme une résiliation, si le contrat de travail est un contrat à durée déterminée⁴. Elle se définit comme une démission si le contrat de travail est à durée indéterminée⁵.

constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que, l'acte authentique n'ayant pas été établi dans le délai fixé, l'acte sous seing privé était devenu caduc... » mais la solution est transposable pour l'hypothèse du cumul, Cass. Soc, 2 fév. 1983, Bull. civ., III, n°34

¹ Ph. Reigne, « Cumul de mandat social et de contrat de travail », Rep. Joly soc., p14, n°33

² P. Delaisi, « Le cumul dans la législation actuelle d'un mandat social et d'un emploi salarié au sein d'une même société anonyme », Gaz. Pal. 1975, p. 91

³ L'art 34 du code de travail, (loi 65-99) dispose dans son alinéa 2 que « le contrat de travail à durée indéterminé peut cesser par la volonté du salarié au moyen d'une démission portant la signature légalisée par l'autorité compétente (...) ».

⁴ Ibidem, art 33

Cf. Saad Moummi. « Droit civil droit des obligations » .ed. elbadii. 2000. p145-146 adde Omar Aziman « Droit civil droit des Obligations », 1995 ; p

⁵ Ibidem, art 34.

Sauf que la volonté du salarié ne fait pas toujours l'objet d'une manifestation expresse. La renonciation n'est pas donc la solution qu'on la trouve le plus dans la pratique. C'est pour cela que la doctrine s'est penchée plutôt pour la novation.

2.1.5. La novation

L'article 347 du D.O.C. dispose que « la novation est l'extinction d'une obligation moyennant la constitution d'une obligation nouvelle qui lui est substituée ».

La novation du contrat de travail en mandat social constitue une sanction au cumul irrégulier, lorsque le contrat de travail devient fictif. Cette sanction ne produit ses effets que si certaines conditions sont remplies.

L'article 356 du D.O.C. prévoit que « La novation éteint définitivement l'ancienne obligation, lorsque celle qui lui est substituée est valable et alors même que la nouvelle obligation ne serait pas exécutée ». La spécificité de la novation réside dans son effet extinctif, et plus précisément dans le lien établi entre l'extinction de l'obligation primitive et la création de la nouvelle obligation¹.

Il en découle que le contrat de travail ne peut pas être repris puisqu'il est corrélativement éteint². Donc si le dirigeant évincé veut être réintégré dans la société, il doit conclure un nouveau contrat de travail.

Par la novation, le salarié qui renonce à son contrat de travail va perdre tous les privilèges liés au statut du salarié dont notamment l'ancienneté. Reste que ces sanctions sont devenues des hypothèses marginales avec le développement de la technique de la suspension.

La sanction du cumul est différente lorsqu'il s'agit de l'inobservation des conditions spéciales propres à chaque société commerciale.

2.2. Une alternative au cumul irrégulier: la suspension du contrat de travail

Dans la société, il est possible d'envisager en revanche une alternative au cumul, lorsque la validité de celui-ci est susceptible d'être mise en cause du fait de la confusion des pouvoirs et de l'absence possible de lien de subordination en cours de mandat. La suspension est un mécanisme particulièrement bien adapté à l'absence temporaire d'emploi effectif, car pendant la période d'exercice du mandat social, elle dispense les parties d'exécuter leurs obligations nées du contrat de travail.

¹Ibidem.

²Art 356 du DOC

2.2.1. Notion de suspension du contrat de travail

Lorsque un salarié titulaire d'un contrat de travail accède à la fonction de dirigeant et qu'il cesse alors d'assurer la prestation de travail prévue par ce contrat, celui-ci disparaît soit par résiliation soit par novation . (Voir plus haut).

Pour pallier cette impossibilité de maintenir la poursuite d'une activité dans le cadre d'un contrat de travail, l'idée s'est peu à peu développée de faire, application dans ce cas particulier, d'un principe juridique de droit commun, la suspension du contrat de travail. Cette technique consiste à différer temporairement les effets d'un contrat, sans pour autant faire disparaître le lien contractuel, qui continue à exister entre les parties .cette technique est bien connue du droit de travail qui en fait application notamment en cas de maladie, de congé de maternité ou en cas de position sous les drapeaux.

La suspension est un mécanisme bien adapté à l'absence temporaire d'emploi effectif, car pendant la période d'exercice du mandat social, elle dispense les parties d'exécuter leurs obligations nées du contrat de travail.

2.2.2. Conditions d'application

La suspension du contrat de travail suppose que soient remplies plusieurs conditions ;un contrat de travail réel et sérieux est effectivement exécuté, avant la désignation en tant que mandataire social, le contrat a déjà reçu exécution et que le salarié a déjà effectué une prestation de travail .

Le maintien du contrat de travail, même suspendu, est licite.

Il n'est pas donc possible de suspendre un contrat de travail pour échapper à la prohibition d'accès aux fonctions d'administrateur, si l'antériorité fait défaut. De même, il ne semble pas concevable de prévoir la suspension du contrat de travail conclu en cours de mandat, lorsque ce mandat le prohibe .A l'expiration du mandat social, le contrat suspendu retrouve tous ses effets : le dirigeant peut revendiquer sa place dans l'entreprise pour effectuer sa prestation de salarié. Il bénéficie de tous les avantages attachés au contrat de travail.

La suspension du contrat de travail pose un problème d'équilibre. Comment, par exemple, seront appréciées les fautes commises dans le cadre du mandat par rapport au contrat de travail suspendu ? La règle est évidemment l'indépendance . Si l'entreprise a perdu confiance en son dirigeant au point de révoquer son mandat, pourra-t-elle envisager de le conserver comme salarié ? Néanmoins, « il semble étrange de le licencier, étant donné qu'il n'y a pas de contrat effectif. Et si on invoque " une cause réelle et sérieuse " qui résulte du mauvais accomplissement des fonctions de direction on se retrouve sur un terrain

incertain, à la limite entre le droit du travail et le droit des sociétés » . Comme le mandataire n'aura pu démeriter dans le cadre d'un contrat « suspendu », il aura droit à ses indemnités de rupture...mais sur quelles bases ?

« Une autre pratique utilisée dans les groupes de sociétés est celle de suspendre le contrat de travail dans la société mère dans le cas où le dirigeant de la filiale n'exerce plus, en fait, de fonctions réelles chez la société mère » . Outre les questions soulevées ci-dessus, on peut se demander s'il y a vraiment de cumul étant donné qu'il s'agit de deux sociétés qui sont juridiquement indépendantes, donc ce n'est pas le même employeur

CONCLUSION

L'attrait du salariat auquel sont attachés divers avantages, tant au niveau du droit de travail qu'au niveau de la sécurité sociale, est sans doute pour beaucoup dans la revendication de ce statut par les dirigeants dans la mesure où ceux-ci sont soumis à une condition incertaine dans le cadre de leurs fonctions (révocation, absence de garanties en cas de perte d'emploi etc.)

Le problème du cumul des fonctions de dirigeant avec le statut du salarié est depuis longtemps une question délicate à laquelle se trouve confrontée la pratique.

Comme on l'a vu ci-dessus la reconnaissance d'un double statut dépasse le simple débat d'idées et comporte d'importantes conséquences pratiques.

Le législateur, partagé entre les différents aspects contradictoires attachés à la dualité de statuts, a adopté une position très réservée en autorisant parfois le cumul, en le refusant dans d'autres cas, ou s'abstenant de régler le problème.

Cette situation contrastée, a entraînée l'intervention des tribunaux. Une jurisprudence timide est hésitante fondée sur la simple règle du droit du travail, n'a pu combler les quelques dispositions législatives qui réglementent la matière du cumul.

On ne peut manquer de remarquer qu'au Maroc aucun débat n'a été engagé par la doctrine au sujet du cumul des fonctions de dirigeant avec un contrat de travail.

Dans le contexte actuel marqué par la chasse aux profits, l'organisation économique des entreprises relève souvent d'une logique différente de celle prévue par le droit des sociétés. On trouve dans les organigrammes des fonctions ou des titres qui ne correspondent pas forcément à une définition juridique. De plus, la dispersion des sources de droit conduit à l'apparition de nombreux statuts, ce qui peut amener

les dirigeants à « jongler » avec les différentes règles afin de bénéficier d'une meilleure protection. D'ou l'intérêt de restreindre le champ d'application du cumul. Le cumul ne devrait s'appliquer qu'aux mandataires sociaux de second niveau (ceux ayant un lien de subordination) tel que les membres du directoire, les directeurs généraux délégués et les gérants en commandite par actions.

Pour les salariés de l'entreprise, la suspension comme remède au cumul irrégulier est possible aussi lorsque le cumul est régulier, si le dirigeant veut mieux s'investir dans l'exercice des attributions sociales pendant le mandat social. Dans ce cas, la suspension ne constitue pas une nécessité, elle est plutôt un complément. En effet, le cumul étant licite, le dirigeant salarié peut parfaitement exercer les fonctions sociales et salariées simultanément.

UNE APPROCHE SUR LA DELIMITATION ADMINISTRATIVE

Cas du domaine privé de l'Etat et des terres collectives

EL HALLIOUI Mouhssine

Doctorant en Droit, fsjes Souissi Rabat.

Cadre à la Conservation Foncière —ANCFCC—

INTRODUCTION

L'importance du patrimoine foncier au Maroc nécessite un apurement intégral de l'ensemble de ses biens. L'immatriculation foncière appliquée au Maroc, avant la modification du dahir de 1913, souffre de maux qui en empêchent l'assainissement et la purge d'une manière rapide, régulière et efficace. L'Etat et les collectivités ethniques pour fixer leurs biens ont recours très tôt à un régime d'apurement ayant des caractéristiques d'ordre public. Il est nécessaire de protéger les biens privé de l'Etat et des collectivités ethniques, c'est sous entendre que certains dangers sont à craindre. Ces dangers sont : les aliénations imprudentes ou intempestives, les risques des empiétements matériels et les usurpations de propriété. Pour atteindre ce résultat, il est nécessaire d'adopter une procédure spéciale dite la délimitation administrative.

La délimitation administrative est régie par les dispositions des dahirs du 3 janvier 1916 portant règlement spécial sur la délimitation du domaine de l'Etat¹ aussi par l'article 2 du dahir du 24 mai 1922 relatif à l'immatriculation des immeubles domaniaux délimités² et du 18 février 1924 portant règlement spécial pour la délimitation des terres collectives³, il s'agit d'une procédure de caractères inégalitaires, qui s'opère par voie réglementaire⁴. C'est une procédure qui a pour objet de fixer d'une manière précise et irrévocable les limites, la consistance matérielle et l'état juridique des immeubles pour lesquels il existe présomption de domanialité ou présumés collectif⁵. Elle met en présence certains intérêts et offre des facilités d'application par rapport à la procédure de l'immatriculation. Cette dernière contrairement à la

¹ V. B.O. n°168 du 10 Janvier 1916, p. 36

² V. Dahir du 24 mai 1922 relatif à l'immatriculation des immeubles domaniaux délimités selon la procédure du dahir du 3 janvier 1916 portant règlement spécial sur la délimitation du domaine de l'Etat, B.O., n° 502, du 6 juin 1922, p.919.

³ V. B.O. du 25 mars 1924, p. 542

⁴ Cf. BLAL Mohammed, la Délimitation Administrative du Domaine Forestier, Mémoire pour l'obtention du D.C.S. à l'E.N.A.P, 1992, p. 14.

⁵ Manuel des procédures de l'ANCFCC.

délimitation conduit à la séparation ponctuelle et partielle de faible portée et par conséquent de moindre importance.

Il est cependant nécessaire avant d'entamer le contenu et l'intérêt de la délimitation administrative, de définir globalement ce qu'elle recouvre. Mais on ne saurait vraiment définir la délimitation sans se référer aux définitions empruntées à des auteurs étrangers.

La délimitation administrative est une procédure spéciale unilatérale dite aussi immatriculation latérale¹. La délimitation peut signifier aussi une opération qui consiste à déterminer les limites d'une zone relevant déjà en principe de l'Etat².

Ainsi au sens large, la délimitation est ``la détermination légale des limites, soit du domaine privé de l'Etat soit des terres collectives, ainsi que les privilèges et les servitudes qui y sont attachées<sup>3</sup>``. Au sens technique, la délimitation est ``la reconnaissance au moyen des plans et des titres de la ligne séparative de deux immeubles contigus dont l'un est soumis au régime des biens domaniaux ou collectifs<sup>4</sup>``. Au sens restreint, ``la délimitation est la détermination des limites. Le bornage consiste à reporter matériellement ces limites sur le terrain<sup>5</sup>``.

Par ailleurs, c'est en vain qu'on chercherait dans le droit marocain une définition de la délimitation. Ni le dahir du 3 janvier 1916 portant règlement spécial sur la délimitation du domaine de l'Etat, ni le dahir du 24 mai 1922 relatif à l'immatriculation des immeubles domaniaux délimités⁶, ni le dahir du 18 février 1924 portant règlement spécial pour la délimitation des terres collectives, n'ont comblé cette lacune.

D'ailleurs, ces derniers textes confondent la délimitation avec l'homologation en définissant celle-ci par les mêmes termes du but de la première. Cependant, la délimitation administrative peut être définie en termes généraux comme une opération qui fixe les limites, la consistance matérielle et l'état juridique d'une manière irrévocable.

¹ Cf. H. LIDON, l'Immatriculation Latérale : Étude de la Délimitation Administrative, *G.T.M*, n° 313 du 19 Avril 1928, p. 121.

² Arrêt du 20 février 1969, *In.*, une étude de SEFIANI Noureddine, Les Positions Marocaines en Matière de Délimitation, *RJPEM*, N°6, 2^e Semestre 1979, pp. 47 et ss.

³ Cf. METRO André, Terminologie forestière et produits forestiers, collection de terminologie forestière multilingue n°2, 1997, p. 90.

⁴ Cf. DURAND-PRINBORGNE Claude, Aspect contemporain du droit de propriété en matière forestière, *Revue Forestière Française* n° 12, décembre 1966, p. 87.

⁵ Cf. DEMENTHON Henri, Traité du domaine de l'Etat, Librairie Dalloz, 6^{ème} édition, 1964, p. 295.

⁶ V. Dahir du 24 mai 1922 relatif à l'immatriculation des immeubles domaniaux délimités selon la procédure du dahir du 3 janvier 1916 portant règlement spécial sur la délimitation du domaine de l'Etat, B.O. n° 502 du 6 juin 1922, p.919.

Il est certain, que le processus d'application de la délimitation administrative peut être saisi à partir de l'histoire de cette procédure. Appliquée en tant que mesure de protection, la délimitation retrace parfaitement les importantes étapes de l'évolution des biens domaniaux ou collectifs.

La délimitation administrative est une procédure de droit public. Elle intervient par le biais d'actes administratifs unilatéraux, et demeure reconnitive et non attributive de la propriété de l'Etat et des collectivités ethniques¹.

L'étude de la procédure instituée par le dahir du 3 janvier 1916 et le dahir du 18 février 1924 peut être envisagée suivant des approches différentes. Il semble toutefois que la méthode chronologique soit la plus intéressante dans la mesure où elle permet l'approche des actions successives, tout en relevant les difficultés rencontrées et en suggérant éventuellement les solutions possibles.

SECTION I : L'ASPECT PROCÉDURAL DE LA DÉLIMITATION ADMINISTRATIVE

L'initiative de la délimitation est de la compétence de l'administration ou la collectivité ethnique. Elle se manifeste au début par le dépôt d'une réquisition auprès du Premier Ministre (actuellement chef du gouvernement). L'opportunité de l'opération est décidée lorsque les conditions surtout matérielles et sociales s'y prêtent. Les particuliers ne peuvent engager la procédure eux-mêmes, ni soulever le projet de la délimitation administrative.

PARAGRAPHE I : LA PROMULGATION DU DÉCRET DE LA DELIMITATION ET SES EFFETS

Aussitôt la période de la reconnaissance achevée, les autorités compétentes tels que la Direction des Domaines de l'Etat, le Haut Commissariat des Eaux et Forêts et la Lutte Contre la Désertification ou la Direction des Affaires Rurales, procèdent à la préparation de la demande de délimitation et du projet de décret autorisant le commencement des opérations de la délimitation administrative.²

Avant tout, la publicité est une condition nécessaire, car sans elle, la délimitation ne serait pas opposable³. Elle a pour but de porter à la connaissance des riverains un mois à l'avance la date d'ouverture des travaux de délimitation et par là même des oppositions à la délimitation.

La publication au B.O. est d'ordre public, c'est une phase primordiale dans la procédure. A défaut, la délimitation ne serait pas opposable aux personnes concernées, qui peuvent faire un recours contre la régularité de la procédure par un vice de forme.

¹ MICHEL André, Traité du Contentieux Administratif au Maroc, Tome II, PUF, 1932, p 630.

² العربي محمد مباد، التحديد الإداري لأموال الدولة، عدد 27، أبريل. ماي 1999 المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ص. 70.

³ V. Arrêt de la C.A.A. de Rabat, n° 777 du 28 Avril 2010 entre Hrt. BAKOUR/HCEFLCD.(non publié)

A partir de la date de publication du décret autorisant le commencement de la procédure, les actes d'aliénation ou de jouissance à titre onéreux ou gratuit même entre parties, sont interdits dans le périmètre soumis à la délimitation administrative sous peine de nullité. Sauf autorisation écrite de l'administration concernée pour les biens du domaine privé de l'Etat et dans les conditions imposées par le dahir du 27 avril 1919¹ pour les terres collectives.

Une propriété domaniale ou collective soumise à la délimitation ne peut être aliénée en propriété ou en jouissance, au cours de cette procédure par les prétendants droits sans un certificat de non-opposition de l'administration intéressée². L'administration des domaines ou des eaux et forêts qui a fait opposition à une réquisition d'immatriculation d'un immeuble acquis, sans que ce certificat de non-opposition ait été demandé ou obtenu, a manifesté ainsi, dès qu'elle a eu connaissance de la vente, son intention d'en contester la validité et de se prévaloir de la nullité prévue par l'article 3 du dahir du 3 janvier 1916³.

La nullité des transactions est relative, et elle ne peut être invoquée que par l'administration en faveur de laquelle elle a été établie⁴. Le vendeur ne peut donc l'opposer à son acheteur, s'il est établi par ailleurs que l'administration, loin de s'opposer à la vente, l'a approuvée.

La seconde sujétion de l'article 3 du dahir du 1916 prévoit que « pendant le même délai, aucune demande d'immatriculation ne peut être introduite ». Cette formalité a un caractère `` simplement probatoire et non solennelle``. Par conséquent elle ne peut être appliquée qu'aux requérant d'immatriculation postérieure à la délimitation. Les particuliers ayant déposé une réquisition d'immatriculation avant la délimitation administrative sont recevable à immatriculer leurs propriétés⁵.

Par des restrictions d'ordre public, il est interdit au conservateur de la propriété foncière d'accepter toute réquisition d'immatriculation postérieure à la publication du décret de délimitation. Pour ces raisons, le législateur a modifié de façon substantielle l'article 4 du dahir du 3 janvier 1916, en vertu du dahir du 17 Août 1949, et le même article du dahir 18 février 1924, en vertu du dahir 19 octobre 1937⁶, en s'appuyant sur la nécessité de publier le décret ordonnant le commencement de la délimitation

¹ V. Dahir du 26 rejab 1337 (27avril1919) organisant la tutelle administrative des collectivités indigènes et réglementant la gestion et l'aliénation des biens collectifs, B.O. n° 2626 du 22 février 1962, p.365.

² Cf. arrêt de C.A.R. n°773 du 31 octobre 2001, *in*. 7.ص. المرجع السابق، العربي مياد،

³ Cf. R.A.C.S. du 16 mai 2002, p. 122.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. l'arrêt de la C.A de Fès du 11 Novembre 2009 (non publié).

⁶ V. B.O. n° 1313 du 24 décembre 1937

administrative, afin que tous les intéressés puissent savoir la date et le lieu de l'opération de délimitation administrative¹.

Cependant, une problématique peut être envisagée concernant la réquisition qui était déposée antérieurement à la délimitation², deux cas peuvent être soulevés :

❖ Le premier c'est qu'une réquisition d'immatriculation et le bornage qui l'a suivi sont antérieurs à la délimitation. Dans cette situation, la réquisition échappe aux règles de procédures posées par les dahirs du 3 janvier 1916 et du dahir de 18 février 1924, c'est ce que décidait le jugement rendu par le tribunal de première instance de Casablanca³.

❖ Le deuxième c'est qu'une réquisition d'immatriculation déposée antérieurement à une délimitation administrative, mais bornée après l'expiration des délais d'opposition. La solution jurisprudentielle n'a donnée aucune importance à cette réquisition et elle a jugé que ne pourrait être une opposition d'office à cette délimitation⁴.

Le dahir du 18 février 1924 portant règlement spécial pour la délimitation des terres collectives n'a pas prescrit formellement dans ses articles l'interdiction d'introduire des réquisitions d'immatriculation postérieures à la procédure de délimitation. Néanmoins, cette restriction est comprise d'une façon implicite d'après les dispositions de l'article 3 al. 3 du dahir de 3 janvier 1916 portant règlement spécial sur la délimitation du domaine de l'Etat, ainsi que sur le principe lui-même de la délimitation administrative, de fixer l'assiette de l'Etat sur des conditions qui permettent de protéger l'intégrité des biens collectifs ou des biens domaniaux par le gel provisoire de l'enrôlement des réquisitions d'immatriculation.

Les mesures prévues par les dahirs du 1916 et 1924 visent d'une part à préserver les intérêts des ayant droit à travers une ample publicité, d'autre part à protéger l'intégrité du domaine privé de l'Etat et des terres collectives par le gel provisoire des transactions immobilières et de nouvelles immatriculations.

Ce double intérêt porté simultanément à la propriété des particuliers et au domaine privé de l'Etat et des terres collectives doit guider la commission de la délimitation à déterminer les limites précises sans pour autant soulever des contestations inutiles.

¹العربي مياد، المرجع السابق، ص.70

صغير محمد، اتجاه الاجتهاد القضائي في حل النزاعات الناشئة عن التحديد الإداري ، مجلة مديرية المحافظة العقارية والأشغال

²الطبوغرافية، عدد1، أكتوبر2001، ص18

³ Cf. jugement du 17 mai 1999, R.M.D. du 4 juin 2000, p. 180.

⁴ Cf. Arrêt de la C.S.C. du 24 juin 2002, R.A.C.S n° 948 du 15 mars 2003, p. 2.

PARAGRAPHE II : LE PROCESSUS DE LA DELIMITATION DEFINITIVE

A l'heure et à la date fixée par la requête de délimitation et par le décret de délimitation, une commission se tient sur place. Cette commission est composée du caïd en sa qualité de président, d'un représentant de l'autorité de contrôle, d'un agent supérieur des eaux et forêts, pour les massifs forestiers¹, ou d'un contrôleur des domaines, pour les autres immeubles domaniaux, du chef de la division des affaires rurales représentant le gouverneur de la province dont relève l'immeuble pour les terres collectives, des représentants des *djemââs* intéressées, d'un géomètre topographe agréé², et s'il y a lieu, d'un interprète et de deux Adouls³. Le recours à ces deux derniers organes est pour traduire et notifier les actes justifiant les prétentions des occupants et des riverains de l'immeuble objet de délimitation. Ils sont aussi chargés de consigner régulièrement les transactions pouvant intervenir au cours des opérations. Leur présence est tombée en désuétude et n'est plus nécessaire.

La présence de l'autorité locale sur le terrain est nécessaire en ce sens que la délimitation peut être l'occasion propice de susciter des litiges insolubles, ce qui serait à l'origine de surprise et d'événement imprévisible pour les membres de la commission.

La commission de délimitation ne comprend ni le conservateur de la propriété foncière (ou son représentant) malgré son rôle absolument indispensable pour la démarche de la procédure⁴, ni les représentants de la population concernée notamment pour la délimitation du domaine de L'Etat ou le domaine forestier. Leur participation est permis de trouver un terrain d'entente et régler sur place à l'amiable les différends soulevés, afin de ne pas bloquer interminablement la procédure.

La commission est chargée de recevoir et de consigner les oppositions à la délimitation administrative pour ceux qui contestent les limites ou prétendent, sur les surfaces objet de délimitation, des droits réels ou personnels, lorsque les solutions envisagées par la commission n'ont pas donné satisfaction.

Pour cette raison, une disposition prévue par l'article 5 des dahir de 1916 et du dahir de 1924, selon laquelle une exigence faite que toutes les mesures soient prises pour donner au terrain à délimiter une large publicité à l'arrivée de la commission et au commencement des travaux de reconnaissance des limites, pour permettre à tous les intéressés de faire des oppositions entre les mains de la commission. Faute de quoi, les

¹ NADIR Bouchra, environnement et domanialité (cas des eaux et forêts), 1^{ère} édition, IDGL, 2008.

² Un bureau d'Etude de topographie choisi selon un appel d'offre chargé pour les levés topographiques des terres collectifs. En revanche la direction des domaines et le H.C.E.F.L.C.D. ont leurs propres moyens techniques pour faire la topographie de leurs domaines.

³ V. L'article 2 du dahir du 3 janvier 1916 et du dahir du 18 février 1924.

⁴ Cf. DECROUX Paul, Droit foncier Marocain, édition LA PORTE, 2008, p. 61.

opérations régulièrement effectuées en l'absence des riverains ou des naïbs de collectivité¹ ne vicient pas l'accomplissement de la délimitation et ne rendent pas celle-ci inopposable.

L'absence des riverains au moment du déroulement des opérations de délimitation ne constitue pas un cas d'irrégularité de l'acte d'homologation, dont la validation découle même de l'absence d'oppositions².

Tout en s'appuyant sur les indications fournies par le croquis et le dossier préliminaires, la commission suit les limites qui lui sont indiquées sur le terrain par les intéressés lorsque ceux-ci sont d'accord à leur sujet. L'implantation des bornes est réalisée au fur et à mesure de l'avancement de la reconnaissance des limites. Les agents de l'administration indiquent les limites qui font l'objet de désaccord avec les riverains. La commission progressivement de son emplacement sanctionne le bornage là où il n'y a pas d'opposition³.

Le bornage définitif est suivi immédiatement par le levé du plan. Il importe de remarquer à ce sujet que le plan de bornage est effectué par la commission pour servir de base à l'établissement par le géomètre du plan régulier et définitive du bien délimité.

À la clôture de cette opération, le procès-verbal et le croquis du bornage doivent être établis en quatre exemplaires et soumis à la signature des membres de la commission. Une copie du procès-verbal et du croquis du bornage est envoyée à la *Caïdat*, à la conservation foncière, contre un accusé de réception.

Après avoir reçu l'ensemble de ces accusés de réception, il est procédé à la deuxième insertion au Bulletin-Officiel de l'avis du dépôt de la délimitation, et à la publication de l'avis de la publicité dans toutes les administrations et les services locaux intéressés, par voie de criée aux endroits les plus apparents, ainsi que dans les journaux quotidiens contre des accusés de réception de cet affichage.

Il est important que les intéressés prennent connaissance de l'existence de ces documents et puissent les consulter à la conservation foncière, à l'autorité locale ou *caïdat*, à la subdivision des eaux et forêts, à l'administration locale des domaines, pour pouvoir formuler leurs observations sur le procès-verbal de délimitation, ainsi que, et le plus intéressant, de consulter le croquis des terrains objet de délimitation et de savoir si les bornes touchent leurs propres biens.

¹ Circulaire n° 122, du Ministre de l'Intérieur, Tuteur Des Terres Collectives, destinée aux Gouverneurs des Préfectures et Provinces du Royaume, sur l'absence des Naïbs des collectivités au cours des opérations de bornage.

² Cf. BLAL Mohammed, Le Préalable de la Présomption Domaniale, REMALD, n° 18, janvier-mars 1997, p.124.

³ Cf. MABROUK MAHLAOUI Amina, Réflexions sur la délimitation administrative, R.I.F. n°7, janvier 2000, p.18.

A compter de la date fixée dans l'avis publié pour le dépôt du PV de délimitation, un délai des oppositions à la délimitation est ouvert pour toutes revendications sur les limites ou sur les droits ou les charges prétendues sur les surfaces délimitées. Ce délai est de trois mois pour les biens domaniaux et de six mois pour les terres collectives.

En effet, les délais préfixés¹ impartis par les articles 5 et 6 du dahir du 3 janvier 1916 et du dahir du 18 février 1924, pour faire opposition, sont des délais très courts qui peuvent aussi empêcher les personnes insuffisamment informées ou par ignorance de présenter leurs oppositions.

Force est de souligner, les opposants qui n'ont pas déposé leurs oppositions entre les mains de la commission ont la possibilité de les reformuler dans un délai de trois mois pour les biens domaniaux et dans un délai de six pour les terres collectives, afin de se faire connaître au représentant local de l'autorité administrative, par une déclaration écrite indiquant l'objet et les moyens de l'opposition. Si la déclaration est verbale, l'autorité qui la reçoit doit obligatoirement dresser un procès-verbal. Cette déclaration est signée par l'opposant ou mention est faite qu'il ne peut pas signer.

Immédiatement après l'expiration de ces délais d'oppositions, aucune revendication, ni droit ne peut être présenté, et aucun délai supplémentaire ne peut être accordé car les délais impartis par l'article 5 des dahirs du 3 janvier 1916 et du 18 février 1924 pour faire opposition à une délimitation administrative domaniale ou des terres collectives sont des délais préfixés et non des délais francs. La jurisprudence, par maintes décisions, se montre intransigeante par le principe des délais employés dans la procédure de délimitation administrative².

Les opposants ayant déposé leurs réclamations dans le délai doivent en plus déposer une réquisition confirmative d'immatriculation auprès de la conservation pour faire valoir leurs droits. Le dépôt de cette réquisition doit contenir l'énonciation des droits, titres et pièces par lesquels la demande est justifiée. Le requérant doit aussi produire un certificat délivré par l'autorité locale, attestant que l'opposition a été bien formulée dans les délais impartie.

Cette formalité décisive est rarement remplie, par simple ignorance des opposants ou par le fardeau de la charge financière générée par les frais de la réquisition d'immatriculation. Conformément aux dispositions de l'article 6 al.2 « la réquisition d'immatriculation est déposée au nom et aux frais de l'opposant ».

¹ Par dérogation aux délais francs pourvus à la procédure civile

² Cf. arrêt de C.S.C du 17 juin 1999, la jurisprudence de la Cour Suprême en matière de l'immatriculation foncière, (1999-2002), p. 32.

A défaut de dépôt d'une réquisition confirmative d'opposition, dans le délai prescrit, toutes les démarches antérieures faites par l'opposant pour prouver son droit seront vaines et resteront sans effet, sans aucune possibilité de recours. Leur opposition inscrite sur le procès-verbal de délimitation reste infructueuse, sauf dans une seule situation « des droits qu'a pu, dans ce délai, lui reconnaître l'administration ou le conseil de tutelle des collectivités, par exemple par un avenant au procès-verbal de la commission constatant une modification à la délimitation primitive »¹.

Les textes sont muets quant à la nature de cette réquisition confirmative d'opposition et à la procédure qu'elle devra suivre, ce qui a susciter des difficultés d'interprétation et des divergences dans l'application des dispositions en vigueur par les conservateurs de la propriété foncière². Mais, nous pouvons dire que l'absence d'un texte spécial, les réquisitions d'immatriculation confirmatives d'oppositions ne peuvent être enrôlées que dans le cadre du dahir du 12/081913 tel qu'il a été modifié et complété.

A ce stade, et une fois le délai pour confirmer l'opposition par une réquisition d'immatriculation est éteint, on se trouve devant deux situations : le premier cas où il révèle l'existence des réquisitions d'immatriculation confirmative des oppositions, dans ce cas et à défaut d'un règlement à l'amiable entre l'administration requérante et les opposants, le conservateur renvoi les dossiers au tribunal compétent pour trancher les litiges. Dans le second cas où il n'y a pas de réquisitions d'immatriculation, l'administration concernée ou la tutelle des terres collectives demande au conservateur de la propriété foncière la délivrance d'un certificat de non opposition³.

Force et de constater, qu'une question doit être posée sur la possibilité d'accepter ou de refuser des oppositions présentées contre les réquisitions confirmatives d'opposition ?

En référence aux dispositions de l'ancien dahir de 1913 et les textes régissant la procédure de la délimitation administrative, accorde cette possibilité d'après que les textes susvisés n'interdit pas expressément d'accepter des oppositions contre des réquisitions confirmatives. Même, ces textes ne présument aucune procédure spéciale applicable à ces réquisitions⁴.

Enfin, après avoir obtenu ce certificat de non opposition et après la réalisation du plan topographique définitif de l'immeuble, la direction des domaines, les eaux et forêts ou la tutelle des terres

¹ V. article 6 du dahir du 3 janvier 1916 et du dahir 18 février 1924.

² Amina MABROUK MAHLAOUI, *Op.Cit.*, p.20.

³ Circulaire du conservateur général n°380 du 12/05/2010.

⁴ Circulaire du conservateur général n°381 du 08/12/2010.

collectives préparent un projet de décret d'homologation qui approuve de façon définitive la délimitation administrative.

Aux termes de l'article 8 des dahirs du 1916 et du 1924, l'homologation de la délimitation administrative est prononcée par décret publié au Bulletin-officiel qui « fixe d'une manière irrévocable la consistance matérielle et l'état juridique de l'immeuble délimité¹ ». Ce décret confère un effet légal à la procédure de la délimitation, et reconnaît définitivement le droit de propriété au profit de l'Etat et des collectivités ethniques².

Cependant, le décret d'homologation reste une simple formalité officielle déclarative pour établir et renforcer l'effet purgatif et inattaquable de la délimitation administrative, en raison que ce résultat a été déjà concrétisé par l'article 5 des dahirs de 1916 et 1924 dans la phase terminale du dépôt des oppositions « trois mois après l'insertion au Bulletin Officiel de la date du dépôt du procès-verbal, aucune opposition ni revendication n'est plus admise, et les opérations de délimitation deviennent définitives »³.

En revanche, le caractère formel rendant la délimitation administrative définitive découle de son homologation par un acte administratif qui ne peut être ratifié que par l'accomplissement et l'effectivité de la procédure de délimitation⁴.

En fait, l'administration se trouve devant deux situations, soit qu'elle décide l'homologation malgré l'existence du contentieux des réquisitions antérieures bornées ou des réquisitions confirmatives d'oppositions, auquel cas l'homologation peut être demandée pour la partie non litigieuse, si la superficie revendiquée est secondaire par rapport à la totalité de l'espace délimité. Soit elle diffère l'homologation jusqu'au règlement définitif du litige par les tribunaux, cela peut durer plusieurs années.

Le décret d'homologation purge tous les droits antérieurs qui n'y seraient pas mentionnés. Autrement dit, cet effet de purge est nécessaire pour apurer l'immeuble et le soumettre ainsi au nouveau régime, sans attache avec un passé aboli⁵.

Le décret d'homologation de délimitation administrative équivaut aux effets de l'immatriculation ordinaire selon le dahir du 1913 tel qu'il a été modifié et complété, mais cela n'empêche pas de transformer la délimitation administrative en titre foncier, selon une procédure spéciale simplifiée.

¹ Ce caractère irrévocable a été confirmé par la jurisprudence, V. l'Arrêt de la C.S.C. n° 3277 du 20 juin 1995, R.A.C.S. n° 7, p.286.

² Cf. EDDAHBI Abdelfattah, Les Biens Publics en Droit Marocain, Imprimerie Afrique-Orient, 1992, p.177.

³ Cf. arrêt de la C.S.C. n° 1371 du 4 avril 2000.

⁴ Cf. jugement du T.P.I de Boulemane, n°09 du 12 juillet 2006, R.M.D. 2010, p. 291.

⁵ DECROUX Paul, Droit foncier Marocain, *Op.Cit.*, p. 103.

SECTION II : L'ACHÈVEMENT DE LA PROCEDURE DE DELIMITATION

Le régime juridique de la séparation des biens de l'Etat ou des terres collectives et les propriétés privées contiguës, par le biais de la promulgation d'un décret d'homologuant la délimitation administrative, qui fixe d'une manière définitive et inattaquable la propriété. En parallèle, cette procédure peut être achevée par une procédure spéciale d'immatriculation, ce qui donne lieu à l'établissement d'un titre foncier.

La délimitation administrative soit du domaine privé de l'Etat ou des terres collectives, n'a pas toujours donné les résultats escomptés. En raison de multiples problèmes rencontrés qui sont d'ordre social, technique et juridique, malgré les efforts employés par les autorités administratives¹.

PARAGRAPHE I : L'IMMATRICULATION DES IMMEUBLES DÉLIMITÉS

La délimitation des immeubles suivant la procédure tracée par le dahir du 3 janvier 1916 et le dahir du 18 février 1924, ne dispense pas de la nécessité de recourir à l'immatriculation pour obtenir un titre de propriété régulier.

L'immatriculation des immeubles délimités est réglementée par le dahir du 24 Mai 1922 relatif à l'immatriculation des immeubles domaniaux délimités, et également par l'article 10 du dahir du 18 février 1924 portant règlement spéciale pour la délimitation des terres collectives, fixant les modalités de l'immatriculation des terres collectives délimitées.

La similitude entre la délimitation administrative et celle de l'immatriculation foncière, a incité le législateur à prévoir une procédure simplifiée pour l'établissement des titres fonciers aux immeubles délimités.

La procédure d'immatriculation est caractérisée par des avantages certains incontestables (la purge juridique, la spécialité foncière par l'individualisation de chaque immeuble), elle consiste aussi à immatriculer, par les soins d'un conservateur de la propriété foncière, sur des registres spéciaux, chaque immeuble, nettement délimité sur le terrain et sur le plan². Mais cette procédure qui se veut perfectionniste, souffre de maux qui empêchent l'extension de l'apurement d'une manière rapide, régulière et efficace³.

¹ V. Rapport entre le HCEFLCD et l'ANCFCC sur la délimitation et l'immatriculation foncière du domaine forestier, 13 Octobre 2010.

² DECROUX Paul, *Op.Cit.*, p. 79.

³ Not. La lenteur et complexité coûteusement de la procédure, la multiplicité des intervenants, la non mise à jour systématique des livres fonciers, *In.*, Amina MABROUK MAHLAOUI, *Op.Cit.*, p.14 et ss.

La délimitation des immeubles domaniaux ou collectifs suivant la procédure tracée par le dahir du 3 janvier 1916 et le dahir du 18 février 1922, ne dépend pas de la nécessité de recourir à l'immatriculation. Portant, le décret homologuant les opérations de délimitation garanti l'apurement de la propriété au profit de l'Etat et des collectivités ethniques, et assure leur reconnaissance et leur délimitation¹.

En revanche, l'Etat ou les collectivités ethniques ont le choix de recourir à la procédure d'immatriculation ordinaire du dahir du 1913 tel qu'il a été modifié et complété, pour assainir l'état juridique de ses biens, dans le cas où ses droits sont soutenus par des documents clairs et crucial, ou bien qu'ils s'assurent qu'aucune menace ne peut perturber l'avancement de la procédure d'apurement.

Considérant la taille des superficies délimitées, et les effets juridiques qui peuvent être la conséquence de la promulgation du décret d'homologation de la délimitation administrative. On pourrait se demander qu'elle soit l'utilité de transformer un décret d'homologation en titre foncier. La réponse réside dans son cadre des investissements, et l'immatriculation à une valeur ajoutée à la sécurité immobilière.

Dès le dépôt d'une réquisition d'immatriculation en vue de transformer la délimitation administrative en titre foncier, l'administration concernée ou la tutelle des terres collectives, doivent déposer à la conservation foncière, un exemplaire de chaque procès-verbal de délimitation et du croquis définitif du bornage qui y sont annexés. Ce dépôt doit être affiché aux endroits les plus appropriés. L'objectif de cette publication n'est pas d'éveiller ou d'exciter des contestations ou d'ouvrir des opportunités pour déposer des oppositions ou des revendications, mais plutôt de faire connaître aux riverains et à toutes les personnes intéressées que le bien ayant fait l'objet antérieurement d'une délimitation administrative, est sujet d'une procédure d'immatriculation.

Corrélativement, le dahir de 1922 a confirmé le renforcement du principe de simplification de la procédure d'immatriculation des immeubles délimités également dans ``l'Exposé des motifs``, par l'annonce que l'immatriculation d'un immeuble est acquise d'office et sur simple réquisition, par le fait même de la délimitation intervenue.

En effet, le législateur a essayé de prémunir l'immeuble homologué contre les revendications qui peuvent être déclenchées par le fait de refaire la publication dans le cadre de l'immatriculation ordinaire. Cela peut se traduire par un impact négatif sur le bien objet de la délimitation administrative. Il s'impose de s'assurer de la validité des données mentionnées au procès-verbal de délimitation et du bornage par le

¹ Cf. Arrêt de la C.S.C., n ° 3911 du 12 Novembre 2008. (Non publié).

conservateur, puis faire un simple récolement du bornage par le biais du service de la conservation foncière, et finalement prendre la décision d'immatriculation et créer un titre foncier définitif.

PARAGRAPHE II : LES PROBLÈMES PROCÉDURAUX DE LA DÉLIMITATION

De nos jours, les problèmes de la délimitation sont d'une acuité et ne permettent pas à la délimitation administrative de donner les résultats escomptés. Dans certaines zones, il n'est pas possible de délimiter. Soit qu'il est difficile de démontrer le caractère apparent de la présomption devenue quasi inopérante pour des raisons d'usage et de coutumes ancestrales, soit les problèmes émanent de la procédure de délimitation elle-même. Ces problèmes ont d'une part, le caractère d'ordre juridique et textuel, et ont d'autre part, le caractère d'ordre technique et topographique.

L'objectif accordé par les pouvoirs publics pour conserver ses biens, et clarifier les droits des particuliers par rapport à ceux de l'Etat et des collectivités ethniques, nécessite une connaissance et un graphisme de ses limites matérielles, et une fixation de leur situation juridique.

Les règles de la délimitation administrative ont été conçues pour les nécessités du protectorat aux dépens de règles traditionnelles considérées comme obstacle au développement. Ainsi, l'adoption d'un système juridique mieux adapté aux circonstances du protectorat a entraîné la rupture de l'équilibre existant entre les biens de l'Etat et des collectivités ethniques et les riverains¹. Ces dahirs qui ont été publiés dès le début du siècle, devaient répondre aux besoins et faire face aux contraintes de l'époque.

A l'unanimité, la procédure de délimitation est devenue actuellement inadéquate voire dépassée. Les textes qui régissent la procédure de délimitations sont très brefs, dépouillés de détails et de précisions nécessaires, et ce dans l'intention de laisser à l'administration une large liberté de formuler les dispositions des textes de loi à son profit², et de donner en plus une liberté d'interprétation aux juges.

La publicité est inefficace et les délais sont trop courts, accordés aux contestataires que ce soit pour la formulation des oppositions, ou pour le dépôt des réquisitions confirmatives d'opposition.

Le législateur a obligé l'opposant de déposer son opposition devant la commission de délimitation ou devant l'autorité locale. Chose qui rend ces parties des adversaires et des arbitres en même temps³.

¹ Cf. BLAL Mohammed, la Délimitation Administrative du Domaine Forestier, Mémoire pour l'obtention du D.C.S. à l'E.N.A.P, 1992., p.109.

² Amina MABROUK MAHLAOU, *Op.Cit.*, p.23.

المصطفى فخري، الأراضي الجماعية: الواقع والآفاق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية الحقوق بمراكش، 2002/2003، ص 59.³

Certains problèmes se manifestent fréquemment, dans la mesure où les anciens procès-verbaux de délimitation ne sont pas suffisamment précis et cela pourrait engendrer une différence de superficie, entre la superficie réelle du bien et celle du procès-verbal de délimitation, lors de l'établissement d'un plan qui devait obligatoirement être levée pour la transformation de la délimitation administrative en titre foncier.

Aussi, des difficultés sont aussi soulevées concernant l'impossibilité de reporter des délimitations administratives, même homologuées sur les mappes cadastrales, et la détermination par les conservateurs de savoir si des réquisitions d'immatriculation reçues portant sur des parcelles comprises dans le périmètre délimité¹. Chose qui donne une dispersion de la responsabilité entre le conservateur, le service du cadastre, et l'administration qui a procédé à la délimitation.

Outre les problèmes signalés résultant du non report de la totalité des limites des délimitations administratives sur les mappes cadastrales, le silence des textes a induit de nombreuses divergences parmi les conservateurs sur la conduite à suivre en matière de réquisition confirmative d'opposition.

Si l'on se met à l'esprit des textes, il est pertinent de souligner que toute opposition à une réquisition ainsi déposée soit une opposition à la délimitation. N'ayant pas été faite en temps utile, l'opposition est irrévocable car le prétendant est forclos. Si ce dernier s'oppose à l'opposant, ce qui est difficile à recevoir, sa demande doit être rejetée selon le principe « qu'opposition sur opposition ne vaut »².

Il convient de dire que l'application de la procédure administrative de la délimitation ne peut se concevoir à l'heure actuelle sans une politique de coordination des différentes administrations concernées et sans une administration spécialisée bien organisée. Dans le cas d'espèces et malgré les efforts déployés pour la réalisation des travaux de délimitation, ces deux critères étaient insuffisamment remplis, en raison d'une part de la rigidité de l'action administrative et d'autre part de la faiblesse des moyens humains et matériels.

De surcroît, par un réflexe centralisateur, l'administration a rempli toutes ses missions de délimitation toute seule dans un véritable `` rideau de fer``, d'où l'émergence de conflits apparents et latents entre l'administration et l'appareil judiciaire, les autorités locales, la conservation foncière³. Par conséquent, il en est résulté aussi un élément de tension et de mécontentement entre l'administration et les populations, et un climat excluant les moyens de communication directe entre les administrations

¹ Amina MABROUK MAHLAOU, *Op.Cit.*, p.23.

² *Ibid.*

³ Cf. M. HAJAJ, de la tutelle à la coexistence, colloque national sur les collectivités locales, imprimerie Fedala, 1977, p. 171.

concernées, à telle enseigne que dans plusieurs cas, les autorités locales suspendent la délimitation ou refusent de signer les comptes rendus des opérations quotidiennes de la délimitation¹.

CONCLUSION

Tout au long de cette approche, Il a pu être constaté que les principes régissant la procédure de délimitation administrative étaient empruntés aux systèmes juridiques étrangers et constituant une œuvre législative du protectorat français. Ils étaient donc conçus et consacrés pour répondre en priorité aux intérêts de l'administration de l'époque. Il est à souligner aussi que le régime de la délimitation est avant tout, un régime protecteur des droits immobiliers de l'Etat, et moins soucieux de respecter ceux des tiers. Ce régime a donné à l'Etat et la tutelle des terres collectives une assise juridique indéniable. Mais à l'heure actuelle et malgré les efforts déployés pour délimiter le reliquat du domaine privé de l'Etat ainsi que les terres collectives, on est encore loin d'atteindre les objectifs souhaités, du fait que le régime actuel de la délimitation présente des signes de décalages entre la réalité socio-économique et la réalité juridique.

¹ *Ibid.*

Normes Déontologiques Et Marchés Financiers

Mounia BOULACH

Doctorante en droit prive

Université Mohammed V -SOUISSI

Introduction

Toute opération sur les marchés implique non seulement le respect des normes juridiques en vigueur mais également des règles élaborées par les professionnels.

Il y a quelques années encore, il aurait généralement été considéré comme trop sophistiqué¹ de parler de normes déontologiques sur le marché financier, réservant ce concept à d'autres disciplines telles que la médecine. Aujourd'hui nous vivons un renouveau du discours sur la déontologie. La notion de déontologie en générale, et plus particulièrement celle relative à la sphère financière² semble à l'ordre du jour, donnant naissance à « un foisonnement de règles, qui bien qu'hétérogènes, tendent toutes à moraliser un secteur particulier, tant de par la technicité des instruments qui sont employés »³, les risques que de tels instruments font encourir au client, mais aussi et de façon plus générale à la « santé » des marchés. Comment on est-on arrivé là ?

Le Développement des marchés financiers s'accompagne d'une interrogation persistante des intervenants sur ce que doivent être les exigences en matière de pratiques et de standards professionnels. Cette interrogation s'accompagne d'un renouvellement et d'un renforcement des règles de déontologie financière. Toutefois pourquoi reléguer à la déontologie le soin de compléter la réglementation de ce secteur ? Le simple respect de la loi ne suffit-il pas à satisfaire la conscience du financier parfois peu scrupuleux ?

La loi, on le sait, est parfois incomplète, imparfaite. Bien des cas sont sujets à interprétation et le législateur ne peut tout prévoir. Au fil du temps et des situations, des lacunes apparaissent d'où la nécessité de reléguer à une autre norme le soin de prévoir certaines spécificités, en particulier lorsqu'il s'agit de domaines connus pour leur technicité

¹ Olivier Devaux : Règles juridiques, normes déontologiques et idéaux éthiques au service de la transparence financière par les réformes institutionnelles actes du colloque international sous la direction de Mohammed Naceur Loued Tabarka 3 et 4 avril 2008 faculté des sciences juridiques économiques et de gestion de Jendouba

² Anne-Dominique MERVILLE La norme déontologique Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2015

³ Elodie Plassard : La place de la déontologie financière dans le système juridique français. Article juridique publié le 17/03/2014

Ce besoin, de « règles moralisatrices » c'est accru suite aux scandales retentissants qu'a connus le monde de la finance internationale notamment suite a la crise provoqué par l'affaire Enron, les faillites inattendues des plus grandes multinationales en citera notamment la banque britannique Lehmann Brother qui a toujours été considéré comme « too big to fail », mais aussi et surtout du fait de l'évolution fulgurante du paysage financier « qui s'est caractérisé ces dernières années par un développement spectaculaire de nouvelles formes d'actifs financiers à côté des valeurs mobilières classiques (actions et obligations) »¹

Ce mouvement de « restructuration » de la déontologie financière a touché non seulement les grandes places financière mais également la bourse de Casablanca, qui par une circulaire de 2008 a fixé les principes déontologiques devant guider les analyses ainsi que les recommandations propres aux analystes financiers.

Il serait trop audacieux et allant bien au delà du cadre de notre brève contribution de prétendre a une analyse détaillée des divers normes déontologiques auxquelles sont soumis l'ensemble des intervenants sur le marché boursier, c'est pourquoi, nous nous intéresserons uniquement au contenu de la règles déontologique (A) avant de traiter l'intérêt a recourir a cette règle (B)

A. Contenu de la règle déontologique

La norme législative est certes importante, mais la valeur de la déontologie professionnelle n'en demeure pas moins négligeable.

La valeur de la déontologie apparait non seulement a travers les règles régissant son élaboration mais également a travers les techniques mises en œuvre pour contrôler son application

I. Elaboration des règles déontologiques

Si la notion de déontologie ne semble pas demander un effort particulier de définition, il convient en revanche de la distinguer d'autres notions qui peuvent paraître similaires, notamment l'éthique. En effet, l'hétérogénéité de ses textes —la déontologie—, la dispersion des articles s'y référant ainsi que l'utilisation systématique du concept de déontologie par les acteurs de la place rendent difficile l'appréhension de cette notion.

¹ Rachid Belkahya

Selon le professeur De Vauplane « La déontologie peut être définie comme l'agir humain, l'expression d'un besoin ou d'une quête de sens, a l'interrogation de celui qui veut bien agir »¹.

La déontologie semble se rapprocher de l'éthique, néanmoins, elle s'en distingue par la nature de ses règles, de ses objectifs : les exigences éthiques sont permanentes, alors que les règles déontologiques sont évolutives. « L'éthique est une simple indication de ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire »²

Un autre auteur fait une différente analyse en disposant que « Si la déontologie professionnelle que nous retrouvons dans les divers ordres professionnels a pour objet d'assurer la police d'une profession et dans une profession en organisant un métier et en définissant des règles du jeu, l'éthique financière est un concept plus englobant qui s'adresse à divers acteurs intervenant sur le marché financier (banques, sociétés de bourse, OPCVM, épargnants, chefs d'entreprises...) et qui vise à préserver et à arbitrer entre leurs intérêts propres ».³

La morale⁴ quant à elle, se distingue également de la déontologie. Au contraire de celle-ci, elle est perçue comme un synonyme de l'**éthique**⁵, mot d'origine grecque, fait référence à un phénomène commun celui des mœurs⁶, « que faire pour bien faire », invitant le professionnel à réfléchir sur les valeurs qui motivent son action et à choisir, sur cette base, la conduite la plus appropriée.

La déontologie se situe donc entre la loi et la morale. Moins impérative dans son expression et son interprétation que ne l'est la loi, mais socialement plus efficace que la morale car susceptible de sanctions au niveau professionnel et dans l'ordre juridique. Elle est rédigée par les professionnels pour les

¹ Vauplane p 970 livre

² Vauplane 970

³ Rachid Belkahya

⁴ Mot d'origine latine

⁵ Une des meilleures définitions de l'éthique est donnée par H. Puel. Selon cet auteur, «L'éthique, c'est l'agir humain en tant qu'il se réfère à sens étant à la fois signification et direction. Ce sont les finalités poursuivies qui donnent du sens à une action. Ce sont les valeurs qui s'expriment à travers les objectifs à atteindre et l'entreprise à mener à bonne fin. En situation historique pluraliste, ces finalités et ces valeurs ne sont pas données par l'Etat, le milieu social, ou par une institution idéologiquement dominante. Elles font l'objet de convictions qui peuvent être communes à beaucoup d'hommes, les droits de l'homme par exemple, mais qui sont fondées différemment. Certains cherchent la justification de leurs convictions dans des croyances religieuses ou dans une culture personnelle. Les croyances religieuses sont diversifiées et les synthèses culturelles de chaque personne puisent à des sources très hétérogènes. En société pluraliste, le débat sur les finalités et les valeurs de l'action devrait avoir une certaine vigueur à cause de cette pluralité même, à condition que la société civile ait la liberté et la force d'animer un tel débat.»

⁶ Anne-Dominique MERVILLE La norme déontologique Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2015

professionnels, législateur n'y jouant qu'un rôle modeste¹. En effet, Les autorités de contrôles considérant la démarche² déontologique « comme culturelle avant d'être juridique, il était donc normale de confier sa rédaction aux professionnels »³ en concertation avec les autorités responsables, et « de contrôler et sanctionner les pratiques qui pourraient les violer »⁴ ; Son but premier étant l'amélioration, du service et le respect de la professions, sans oublier l'organisation et le bon fonctionnement du marché

En droit français, la première initiative en matière de déontologie financière, fut celle de la Commission des Communautés Européennes, qui, en 1977, a publié une recommandation intitulée «code de conduite européen concernant les transactions de valeurs mobilières ». Dix années plus tard, des groupes de professionnels ont été chargés par la COB de travailler sur la définition des exigences déontologiques des métiers de la finance. Les travaux définitifs du groupe présidé par M. Brac de La Perrière furent rendus publics en mars 1988. Ils furent rapidement suivis par les travaux du groupe présidé par M. Pfeiffer concernant plus spécifiquement la déontologie boursière. Ce rapport eut le mérite de dégager deux principes fondamentaux devant s'imposer à l'ensemble des intermédiaires financiers : « assurer la primauté des intérêts du client et respecter l'intégrité du marché, deux points que nous essaierons de traiter plus en détails dans les développements suivants »⁵

En droit marocain, les dispositions traitant de la déontologie sont éparpillés entre un texte de loi, celui traitant de la bourse des valeurs de Casablanca⁶, ainsi le texte créant la nouvelle autorité des marchés de capitaux⁷ et une pluralité de circulaires telle celle relative aux obligations des analystes financiers⁸

Les règles de déontologie font donc partie de l'ordre juridique et ont à ce titre une valeur réglementaire. Leur finalité est de mettre en place des procédures et des structures permettant de protéger non seulement

¹ Pardon

² Eliet : l'élaboration de certaines règles déontologiques paraît correspondre à une série de démarches successives qui s'opère dans la conscience des intéressés et qui se traduit dans leur comportement : une certaine manière de faire, l'imitation, la répétition, l'habitude, la conscience de la nécessité de faire ainsi, l'observation généralisée, la croyance dans la nécessité de respecter la manière de faire. On voit qu'il s'agit là d'un enchaînement qui, s'il se poursuit, peut aboutir à la formation d'un usage ou d'une coutume

³ les sujets traités sont fréquemment assez techniques

⁴ François bordas fasc. 140 : devoirs professionnels des établissements de crédit. — déontologie en matière d'opérations de banque . — conflits d'intérêts date du fascicule : 20 septembre 2011

⁵ Guillaume Eliet définir la déontologie financière

⁶ Article 7 du dahir portant loi n° 1-93-211 du 4 rebia ii (21 septembre 1993) relatif a la bourse des valeurs (modifié et complété par les lois n° 34-96, 29-00, 52-01, 45-06, 43-09)

⁷ Article 14 et 18 loi n° 53.08 relatif à l'Autorité Marocaine du Marché des Capitaux

⁸ Circulaire n° 04/08 relative aux règles déontologiques applicables aux analystes financiers

les intérêts des boursicoteurs mais également celui des intermédiaires boursiers. Elles sont générales et obligatoires¹. Dans la hiérarchie des normes, elles se situent juste après les lois. Pourtant, pour accéder à ce rang, elles doivent remplir un certain nombre de conditions de sorte qu'elles satisfassent aux exigences de sécurité suffisante, de même qu'elles ne doivent pas être abusives, porter atteinte à l'équité, sans oublier leur conformité à l'intérêt général

II. contrôle d'application des normes déontologiques

La déontologie comme on vient de le voir est considérée, comme la « science des devoirs professionnels »². Elle regroupe l'ensemble des devoirs qui s'imposent aux professionnels dans l'exercice de leur activité.

La loi, si elle crée une obligation déontologique, renvoie au règlement intérieur le soin de préciser son contenu. Cela n'en fait pas moins une norme contraignante. Ce caractère contraignant, signifie qu'elle s'impose à tous les membres de la profession, indépendamment de leur volonté. Le contrôle de cette norme peut appartenir aussi bien aux « pouvoirs publics qu'aux acteurs privés ».³

La sanction de la norme déontologique est non-étatique. Puisqu'elle constitue une loi propre à une profession, elle ne peut être sanctionnée que disciplinairement.

En droit français, cette tâche revient à l'autorité des marchés financiers (AMF) ; en droit marocain cette mission est confiée à l'autorité marocaine des marchés de capitaux AMMC)

Ces autorités régulatrices exercent en tant que juridiction disciplinaire et ont pour mission de veiller à la protection de l'épargne et au bon fonctionnement du marché boursier à cet effet,

Elle prononce des sanctions qui peuvent aller du simple avertissement, jusqu'à la suspension temporaire d'un ou plusieurs établissements en passant par l'interdiction d'effectuer certaines opérations, sans oublier le retrait total d'agrément...⁴

Cette question du contenu de la règle déontologique nous amène à nous poser la question de la pertinence de cette norme ? En effet, ce droit répressif mais non pénal conféré aux autorités des marchés est-il un droit mieux adapté pour établir l'ordre au sein du marché?

¹ Eliet

² eliet

³ Revue de droit bancaire et financier

⁴ L'article L. 612-39 du Code monétaire et financier (dans la rédaction issue de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010)

Les nombreuses crises et faillites nous ont démontré le contraire néanmoins, la faute en revient a la norme déontologique elle-même ? Au laxisme, peut être, de ses règles ? Ou a son application ?

Pour éviter tout risque de déviation, il a été jugé utile d'ajouter aux sanctions disciplinaires, des sanctions de droit commun. L'engagement d'une action disciplinaire ne fait pas obstacle à des actions menées devant les juridictions de droit commun en vue d'obtenir une réparation civile ou une condamnation pénale. Ces actions cumulatives fondées sur les mêmes faits demeurent pourtant autonomes. Ainsi, un acquittement par un tribunal judiciaire ne lie pas le juge disciplinaire, qui pourra sanctionner la faute professionnelle.

Il intérêt des normes déontologiques

On a observé ces dernières années une « financiarisation accrue »¹ de l'économie mondiale en générale et marocain en particulier. En effet, la finance s'est développé et le droit a emboité le pas afin de cerner au mieux ces avancées, l'exemple en est la floraison de textes législatifs. L'enjeu est ici d'une grande importance : assurer la sécurité des marchés financiers la principale source de financement des entreprises, de même que la protection des investisseurs le principal « pourvoyeur de fond »

1. assurer la sécurité des marchés boursiers

La prolifération des textes déontologiques à laquelle nous assistons dernièrement, n'est que la conséquence directe de l'insécurité juridique introduite par la mondialisation

Aujourd'hui, la finance s'« internationalise » : les place boursières s'ouvrent aux intermédiaires et investisseurs étrangers ; elles devinent multilingue, ce qui ne manque pas de créer une insécurité juridique, non seulement pour la place elle-même a travers le risque systémique, mais également pour le simple épargnant. Ce tout cela, s'ajoute la complexité des produits financiers en constante évolution, en effet aujourd'hui il n'est plus question d'actions et d'obligations mais de produits dérivés, de contrats sur indices boursiers... de quoi dérouter les plus avertie des investisseurs et ajouter a l'insécurité des marchés financiers.

Les déboires de la crise financière qui a soulevé le mode de la finance, ont encore rajouté à l'insécurité des marchés financiers. Modifiant l'image de la bourse

¹ Rachid belkahya

Les professionnels de la finance apparaissent aujourd'hui complètement pervertis par des logiques financières démesurées, des jeux boursiers extravagants et des fraudes massives.

La norme déontologique n'arrive-elle pas à accomplir sa mission de contrôle et de stabilité du marché ? Pourquoi les financiers ont-ils tendance de mal à respecter leurs propres règles ?¹ L'appât du gain ne risquerait-il pas de décrédibiliser le marché ?

Selon nous, le professionnel est la clé de voûte du système financier. C'est à travers les professionnels que le marché boursier connaît les scandales qui nuisent à son image et peuvent contribuer à détourner l'épargne de ses circuits. « Il est donc capital que ceux qui manipulent l'argent des épargnants soient à l'abri du soupçon par les contraintes déontologiques pesant sur eux ».²

C'est la raison pour laquelle les autorités des marchés financiers dans le monde ont été amenées à adopter une vision renouvelée des règles de déontologie financière en renforçant certaines dispositions légales concernant le fonctionnement des marchés, leur préoccupation essentielle étant la protection et le respect des intérêts des investisseurs.³ Tout en évitant toute entrave au bon fonctionnement du marché des titres⁴

Les règles déontologiques ainsi établies, visent à promouvoir l'honorabilité et la confiance⁵ des acteurs du secteur financier. Dans cette perspective, l'autorité marocaine des marchés de capitaux avait instauré du temps du conseil déontologique des valeurs mobilières une circulaire n° 03/06 relative à la fonction de contrôleur interne au sein des sociétés de gestion d'OPCVM. Le rôle de cette inspection⁶ consiste à vérifier que les entités inspectées respectent bien toutes les dispositions légales et réglementaires. Elle a également pour but de s'assurer de l'existence d'un certain nombre d'éléments : des ressources matérielles, financières et humaines suffisantes, un contrôle interne efficace, le respect de la déontologie...

On peut donc dire sans trop nous avancer que l'objectif final de toute inspection est de s'assurer, in fine, que les opérateurs servent adéquatement les intérêts de leurs clients, et donc assurer la sécurité du marché.

¹ Joly édition en hommage à Dominique Schmidt *liber amicorum* Joly éditions Hubert de Vaulane *moral et bourse : un long malentendu*

² Christian

³ Rachid Belkahya

⁴ Jurisclasseur

⁵ Elodie Plassard

⁶ Les inspections de l'AMMC concernent les entités soumises à la supervision de l'AMMC : les sociétés de bourse, la Bourse de Casablanca, les dépositaires, Maroclear, les sociétés de gestion d'OPCVM et les sociétés de gestion d'OPCR.

A coté de cette disposition, l'ancienne autorité des marchés financiers avait mis en place une Circulaire n°02/96 relative aux règles déontologiques applicables à la Société de la Bourse des Valeurs de Casablanca. Celle-ci, vise à renforcer la transparence du marché. Cet objectif de transparence ne concerne pas seulement la société de bourse de Casablanca, mais s'adresse également à son personnel et aux membres de son Conseil d'Administration.

Cela, sans oublier une autre circulaire N° 07/01 relative aux règles de bonne conduite applicables aux sociétés de bourse. En effet, comment assurer la sécurité des transactions boursières sans imposer un minimum de règles de bonnes conduites.

En effet, seules des structures de marché transparentes et sécurisantes¹ sont susceptibles de favoriser le développement des marchés financiers afin de contribuer à une meilleure allocation des capacités de financement de l'économie.

Iles efforts fournis par les autorités de contrôle sont certes louables mais manque a notre sens de spécificité et de détails, sans oublier la nécessité d'un contrôle ardue des transactions boursières afin d'éviter tout manquement

2. protection des clients et prévention des conflits d'intérêts

L'objet premier de la déontologie est de mettre en place des procédures permettant de respecter les intérêts des clients² et des intermédiaires boursiers notamment en veillant, comme stipulé dans la circulaire, a « la Primauté de l'intérêt des destinataires des travaux d'analyse³ et Equité de traitement des clients »⁴

En effet les multiples interventions sur les marchés génèrent parfois de conflits d'intérêts qui, sans la déontologie, pourraient être désavantageux pour les épargnants ou investisseurs professionnels, ce que fait remarquer un auteur⁵ lorsqu'il avance « la fiabilité ou le degré de confiance du marché financier constitue pour les investisseurs internationaux un critère d'appréciation au moins aussi important que les performances du marché ou la qualité des services offerts par les intermédiaires financiers »

Pour éviter tout conflits d'intérêt susceptible de donner lieu non seulement a des sanctions disciplinaire mais également d'engager la responsabilité de leurs auteurs, les négociateurs doivent agir de manière à

¹ Rachid Belkahya

² Section IV de la circulaire

³ Section IV article I

⁴ Article 9

⁵ Rachid Belkahya

garantir l'intégrité des marchés¹ et à se conformer aux règles de fonctionnement applicables à chacun des marchés.

Dans ce contexte, la place marocaine s'est dotée de plusieurs circulaires contraignantes afin d'assainir la place et mettre à niveau l'activité de l'analyste financière. Ainsi, la circulaire n° 04/08 relative aux règles déontologiques applicables aux analystes financiers, prévoit une multitude de règles visant, pour reprendre l'intitulé d'une section IV, a la « Prévention et gestion des conflits d'intérêt » tout au long des ses textes, il y est fait référence au traitement des conflits d'intérêt pouvant naître entre le client (article 11 et suiv.) et son intermédiaire financier ainsi que des obligation pesant sur ce dernier (article 17)

L'ensemble de ces règles visent essentiellement à responsabiliser les analystes financiers et accroître leur capacité à fournir des opinions objectives et impartiales

Cette démarche adopté par le gendarme de la bourse a la mérite d'être simple peut être même un peu trop. En effet, ce dernier et contrairement a ce qui prévaut en France, n'a pas clairement identifié les situations de conflits d'intérêts se posant lors de la gestion des Fonds ou Mandats et le cas échéant, lors de ses prestations de services d'investissement ou de services connexes.

Il convient selon nous de clairement démontrer l'importance des règles de bonnes conduites non seulement au travers des textes, mais également en sanctionnant des prestataires de services d'investissement pour avoir failli à leur mission de protection de l'épargne populaire, ainsi qu'à leur devoir d'information², démontrant de ce fait que la relation d'intermédiation s'étend bien au delà du simple lien contractuel (le mandat). Les analystes financiers doivent s'astreindre au respect de certains principes fondamentaux de la déontologie boursière entre autres : *privilégier l'intérêt du client* et non celui de l'intermédiaire.³

Ce comportement reflet de la bonne foi exigé de l'intermédiaire financier a l'égard de son client passe par des obligations de confiance, de diligence, de loyauté, de neutralité et de discrétion transparence et engagement. Par l'obligation de diligence, l'intermédiaire s'engage à exécuter rapidement les ordres de son client afin d'éviter une trop grande fluctuation des cours dans le temps. L'obligation de loyauté signifie que l'intermédiaire s'engage à informer pleinement son client des risques encourus par l'opération qu'il

¹ Paule CELLARD : Déontologie et prévention des conflits d'intérêts Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2013

² Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2008, comm. 188 Responsabilité et manquements aux règles de bonne conduite. Sanctions Commentaire par Stéphane TORCK AMF, commission des sanctions, déc., 5 juin 2008, Caisses d'épargne

³ Christian

réalise et à ne pas chercher à en tirer un profit personnel ou pour autrui. La neutralité implique que l'intermédiaire fasse toujours passer les intérêts de ses clients en priorité et évite les conflits d'intérêts. La discrétion enfin, est le respect du secret professionnel.

Il est clair que l'évolution des marchés financiers a posé de nombreux problèmes déontologiques importants, qu'il a fallu recadrer en édictant des principes néanmoins, peut-on être sûre que la déontologie a elle seule peut rendre aux marchés une crédibilité qui semble aujourd'hui leur faire défaut ? Les fréquentes atteintes aux règles ne risquent-elles pas de porter atteinte à la place boursière et ainsi faire fuir les épargnants ? Rien n'est moins sûr !

Conclusion

Les marchés financiers ne sont pas bons ou mauvais par nature. Ils ne sont que le reflet de la confrontation de l'ordre de et de la demande, et il ne revient pas au seul professionnel d'agir sur cet équilibre. Par contre l'usage qu'en fait l'utilisateur peut être guidé par des considérations plus ou moins bonnes. D'où la nécessité de règles aussi bien pénales que non-pénale afin d'assurer la sécurité, la transparence ainsi que l'équilibre entre les divers intervenants.

Beaucoup doutent de la pertinence et du rôle de la déontologie dans le monde de la finance. Les intervenants sont motivés par les spéculations et la réalisation d'un gain facile et rapide, rendant le secteur peu crédible aux yeux des petits épargnants. Cette situation nécessite une grande réorganisation du secteur financier créant un cadre encourageant des pratiques professionnelles conscientes et responsables¹, et en assainissant d'assainir un domaine en perpétuels scandales, ce qui ne peut être réalisé que dans le cadre « d'un processus où la déontologie a une part prépondérante ».²

¹ François Funck-Brentano Prévention, répression, encadrement : une nouvelle régulation au service de l'éthique La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 27, 7 Juillet 2011

² Christian LAVIALLE : Les normes déontologiques boursières La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 29 Avril 1993

L'aménagement Contractuel De La Préférence En Matière De Copropriété.

Anas Hmina

Doctorant en droit privé

faculté des sciences juridiques économiques et sociales de salé –

Université Mohammed V.

Le meilleur investissement sur Terre est la terre¹.

Avoir une préférence dans l'achat de cette terre est donc un privilège non négligeable vu l'importance de l'immobilier², et il est possible aujourd'hui d'acquérir cette préférence soit par la force de la loi, soit par la force de la volonté des parties qui s'engagent, ce qui permet en principe d'évincer tout tiers souhaitant s'accaparer de l'immeuble, objet de la priorité dans l'achat³.

L'octroi de la préférence permet alors de restreindre l'accès à la propriété soumise au dit droit, en dépit de la règle d'or ciselée dans la loi la plus importante de notre Etat, et qui octroie à toute personne le droit à la propriété⁴, et ce conformément à la déclaration universelle des droits de l'Homme. Il faut dire que s'il est vrai que l'accès à la propriété est un principe sacré, certaines propriétés objet de la préférence ne peuvent être acquises par quiconque en a le prix.

Cela dit, deux principaux systèmes permettent d'accorder la priorité dans l'achat immobilier : il s'agit d'une part de la préemption et d'autre part du pacte de préférence. Ce dernier peut être un simple contrat entre deux parties, comme il peut être une convention collective en faveur notamment des copropriétaires.

¹ Citation de Louis Glickman

² ناصر سرحان، أهمية العقار وعلاقة الإنسان بالأرض، مجلة المحامون، عدد 3 لسنة 1993، الصفحة: 11.

³ أذ عبد العزيز توفيق، حق الأفضلية في نظام الملكية المشتركة، مجلة المحاكم المغربية، عدد 86 لسنة 2001، الصفحة: 25.

⁴ Article 35 de la constitution de 2011 tel que promulgué par le dahir numéro 1-11-91 du 29 juillet 2011, pour plus de détails sur le sujet, veuillez consulter : Mohammed Benyahya, Droit foncier et immobilier Tome 1, collection Textes et documents, Publications de la revue Marocaine d'administration Locale et de développement N197, de l'année 2008, page 29.

Le droit de préemption peut se définir comme un droit privilégié permettant à une personne désignée par la loi de se porter acquéreur prioritaire d'un bien mis en vente¹. Quant au pacte de préférence, il est défini comme le contrat relatif à un bien déterminé qui confère à l'une des parties un droit de préférence, et donc le droit de se porter acquéreur en cas de mise en vente de celui-ci à prix égal et conditions identiques².

La préférence d'acquisition en copropriété joint les règles des deux notions, pour trouver sa source aussi bien dans la loi que dans la convention collective des copropriétaires, et elle peut être définie comme étant le droit accordé par convention collective aux copropriétaires de se substituer aux tiers acquéreurs du bien en contrepartie d'un prix, et sous certaines conditions légales.

Mais quel que soit le type de préférence, la doctrine les compare souvent à la promesse unilatérale de vente, car elle représente la même caractéristique de ne lier qu'une seule personne³.

La préférence de façon générale n'est pas une notion récente, elle résulte de l'évolution aussi bien du pacte de préférence que de la préemption. Ainsi on rappellera brièvement que le pacte de préférence remonte au 19ème siècle⁴ tandis que la préemption date du 16ème siècle⁵. Les deux notions bien qu'anciennes n'existaient pas en la forme qu'elles ont aujourd'hui. Leurs évolutions ne diminuent en rien leurs intérêts actuels, car en effet la préférence peut permettre aux propriétaires désireux de pouvoir racheter leurs biens, de le vendre avec la préférence de son rachat, tout comme cette préférence pourrait permettre au copropriétaire désireux d'étendre la superficie de son bien d'obtenir la préférence du rachat du bien de son copropriétaire⁶.

La convention collective des copropriétaires pour accorder une préférence d'acquisition sur les biens de la copropriété, n'a par contre qu'une histoire récente. Il est vrai qu'elle est le fruit de l'évolution historique de ses notions voisines, mais elle n'a pu avoir d'existence juridique que par la naissance des immeubles bâtis verticalement, comprenant plusieurs étages et par-delà plusieurs biens.

¹ Dominique Musso, Droit de préemption urbain des zones d'aménagement différé, édition Delmas 1ère édition, 1993, page : 9.

² Michel Dagot, Le pacte de préférence, édition Litec 1998, page : 1.

³ Michel Dagot, Le pacte de préférence, op.cit, p5.

⁴ Jean Francis Martin, L'efficacité du pacte de préférence, soutenance du diplôme supérieur de notariat 8 avril 1998, université de paris 2 panthéon assas, page : 12.

⁵ Corinne saint alary houin, Le Droit de préemption, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, Page : 1.

⁶ جبرسعيد، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، 1993، الصفحة: 5.

Avant cela, toute personne jouissait d'un bien unique sur un terrain unique, établir une convention de préférence pour l'acquisition des biens en copropriété n'aurait pas été possible, puisque la copropriété n'existait point. Il faut dire que l'évolution de l'industrie immobilière due à l'exode massif vers les villes, à donner naissance à une réglementation plus rigide de la copropriété, et par-delà à la préférence en copropriété.

Toutefois, la création de ce droit prévu par la loi dépendra surtout de son organisation par les copropriétaires, et contrairement aux notions de préemption et de pacte, qui existent depuis bien plus de temps, ce qui leur a permis de jouir d'une réglementation plus réfléchie, la préférence en matière de copropriété souffre de plusieurs faiblesses dues notamment à l'incertitude qui entoure ladite convention dans sa nature et dans ses effets variables qui dépendent de l'organisation que les copropriétaires réalisent du droit.

Pour cette raison nous allons centrer l'analyse sur les problèmes liés surtout à la préférence dans l'acquisition des biens en copropriété, sans nous attarder sur la préemption et le pacte de préférence. Toutefois, nous verrons que la distinction entre préemption et préférence en copropriété peut très vite tomber dès que les copropriétaires n'organisent pas le dit droit de façon correcte ou lorsqu'ils omettent de le faire.

On réalise rapidement qu'en réalité étudier la préférence dans l'acquisition des biens en copropriété nécessite de centrer le débat sur l'organisation de ce droit, et on se demande donc à quel point cette organisation impacte l'efficacité de cette préférence ?

Mais avant d'organiser le droit préférentiel, encore faut-il le prévoir et lui donner naissance. Pour cette raison nous débuterons notre analyse par la création de la préférence entre les copropriétaires, pour passer ensuite à l'étude de l'aménagement contractuel nécessaire à l'efficacité du droit prioritaire.

Partie I) Création de la préférence

La possibilité d'instaurer une préférence dans l'acquisition des biens de la copropriété a été prévue par le législateur dans la loi relative à la copropriété (Chapitre I), mais pour mettre en oeuvre cette possibilité, le législateur a imposé une intervention contractuelle (Chapitre II).

Chapitre I) La prévision légale d'une possibilité de préférence

Toute personne a droit à la propriété¹, cet accès est garanti² et permettra au propriétaire de jouir de l'usus l'abusus et le fructus de son bien³. Cette forme de propriété absolue s'oppose à la propriété indivise qui est partagée entre plusieurs personnes⁴ jusqu'à ce qu'un partage conventionnel⁵ ou judiciaire⁶ ne s'opère, puisque nulle n'est tenue de demeurer dans l'indivision⁷.

Entre la propriété absolue et celle indivise, existe un nouveau type qui rassemble les deux, en accordant à son acquéreur aussi bien une partie privative⁸ dans laquelle il jouit d'un droit de propriété quasi absolu⁹, qu'une partie commune¹⁰ qui appartiendra à plusieurs personnes.

Ce nouveau type particulier a été organisé par le législateur sous la forme de copropriété, et comme nous sommes conscients que chaque type de propriété dispose d'un type de préférence¹¹, il fallait alors à la copropriété son système propre de priorité dans l'acquisition des parties aussi bien privatives que communes. Chose que le législateur fit en prévoyant la préférence dans l'acquisition des biens de la

¹Article 17 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

²En ce sens : Article 35 de la constitution; Pierre Gévert, Corinne Crettaz-Nedey, Bruno Modica, Christophe Mondou, Les droits de l'homme, Editions l'Etudiant, 2006, page : 48.

³En ce sens : Article 14 de la loi 39.08 relative aux droits réels, promulguée par le Dahir 1.11.178 du 22 novembre 2011; Annie Chamoulaud-Trapiers, Droit des biens, Editions Bréal, 2007, page : 58.

⁴Article 960 du dahir des obligations et des contrats du 12 août 1913.

⁵L'article 25 de la loi 39.08 relative aux droits réels, op.cit, instaure la possibilité pour les propriétaires d'un bien indivis de s'accorder conventionnellement sur un partage.

⁶L'article 26 de la loi 39.08, op.cit, instaure la possibilité de recourir au partage judiciaire en cas de désaccord des propriétaires indivis pour l'établissement dudit partage conventionnellement.

⁷L'article 27 de la loi 39.08 relative aux droits réels, op.cit.

⁸La partie privative peut être définie comme la partie de la copropriété qui appartient exclusivement à un copropriétaire, le législateur la définit dans l'article 2 de la loi 18.00 tel que modifié par la loi 106.12 relative au statut de la copropriété des immeubles bâtis comme suit : Sont considérées comme parties privatives des immeubles, les parties bâties ou non bâties appartenant à chaque copropriétaire dans le but d'en jouir individuellement et personnellement. Elles sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire.

⁹La propriété a pendant longtemps été considérée comme absolue, mais le droit récent a tendance à la relativiser, en la limitant au respect de la loi et au respect du voisinage, en effet l'article 14 de la loi 39.08 dispose que la propriété n'est limitée que par la loi ou la convention, et l'article 19 rappelle le même principe, quant à l'article 21 de la même loi. Il impose de ne point porter atteinte au voisinage.

¹⁰Le législateur a défini les parties communes dans l'article 3 de la loi 18.00, comme étant des parties bâties ou non bâties destinées à l'usage et à la jouissance de l'ensemble des copropriétaires ou de certains d'entre eux, le législateur nous donne également à titre indicatif certains exemples de parties communes dans l'article 4 de la même loi, comme le sol, la façade de l'immeuble, ses toits et ses escaliers etc...

¹¹En ce sens, la propriété ordinaire peut être accordée en préférence par le pacte, et la propriété indivise est accordée par préférence aux indivisaires par le biais de la préemption.

copropriété dans le premier alinéa de l'article 39 de la loi 18.00, où il dispose que les copropriétaires peuvent à la majorité des trois quarts des voix des copropriétaires présents ou représentés, instituer entre eux un droit de préférence en ce qui concerne tous les actes emportant transfert de propriété à titre onéreux.

Le législateur a alors prévu le droit sans pour autant le définir, ce qui est normal quand on se rend compte que même la notion de copropriété n'a pas été définie par la loi, mais seulement déterminée dans son assiette¹.

Cette prévision légale vide de toute définition, et vide de toute modalité de l'exercice du droit. Pousse la doctrine à combler cette lacune par l'analyse de l'ancien texte réglementant la copropriété. C'est dans ce cadre que le dahir du 16 novembre 1946 sert de référence. Notamment dans son article 27 qui dispose qu'en cas de vente ou de licitation au profit d'une personne ne faisant pas partie du syndicat, l'acte d'aliénation sera notifié par la partie la plus diligente, et par lettre recommandée avec accusé de réception, au syndicat qui, dans le délai de deux mois de cette notification, pourra user d'un droit de préférence et devra faire connaître sa décision dans la même forme à cette partie. S'il entend user de ce droit il devra dans ledit délai consigner le prix majoré des loyaux coûts².

Bien que l'article 27 précité ait été abrogé par l'article 39 de la loi 18.00, la majorité de la doctrine Marocaine³ continue à se baser sur l'ancien texte, pour trouver une définition à la priorité en copropriété. Ce retour en arrière dans les textes s'explique par la richesse de l'ancienne réglementation par rapport à la nouvelle.

Ainsi et contrairement à l'article 39 de la loi 18.00, l'article 27 du dahir de 1946 précise un certain nombre d'éléments tels que les modalités d'exercice de cette préférence. Nous déduisons en effet de l'ancien texte qu'en cas de vente d'un bien faisant partie de la copropriété, la partie la plus diligente devra prévenir le

¹ L'article premier de la loi 18.00 tel que modifié par la loi 106.12 ne définit pas la copropriété mais détermine son champ d'application.

² La jurisprudence a considéré que le délai de deux mois ne court pas pour les copropriétaires si le syndicat ne les informe pas de la vente, ce qui signifie que dans l'ancienne réglementation il aurait été plus judicieux pour l'intéresser d'informer chaque copropriétaire personnellement au lieu de confier la tâche au syndicat : arrêt de la cour suprême numéro 460 du 10 juin 1981, dossier civil numéro 79361, non publié.

³ في هذا السياق :

أذ جيلالي بوحبص، تعامل الفقه والقضاء مع حق الأفضلية المنصوص عليه في الفصل 27 من ظهير 16 نونبر 1946، المتعلق بملكية الشقق والطبقات، مجلة الملحق القضائي عدد 34 لسنة 2002، الصفحة: 90.

أذ عبد السلام حادوش، ممارسة حق الشفعة أو الصفقة في ملكية الشقق والطبقات، في ضوء الفصل 27 من ظهير 16 نونبر 1946، مجلة الملحق القضائي عدد 27 لسنة 1993، الصفحة: 35.

syndicat des copropriétaires par lettre recommandée avec accusé de réception, qui doit à son tour prévenir les copropriétaires. Ces derniers auront un délai de deux mois pour exercer leurs préférences sur le bien en se substituant à l'acquéreur, à condition de prévenir les autres copropriétaires ainsi que le vendeur par lettre recommandée avec accusé de réception, et de consigner le prix du bien dans les deux mois qui ont suivi la notification de la vente au syndicat. Si le bien n'a pas été vendu volontairement mais plutôt vendu judiciairement aux enchères, la partie la plus diligente devra notifier la liquidation au syndicat des copropriétaires.

C'est seulement en procédant à la comparaison entre l'ancien texte et le nouveau, que la doctrine¹ conclut à ce que la préférence dans l'acquisition en copropriété est le droit accordé aux copropriétaires de se substituer aux tiers acquéreurs du bien en contrepartie d'un prix.

Partant de ce constat, ressortent plusieurs conditions d'exercice du droit de préférence. Il faut d'abord que le bien ait été vendu à autrui pour que les copropriétaires puissent exercer leurs droits, cette transmission doit se faire en contrepartie d'un prix, soit donc par la vente soit par la vente aux enchères, ce qui exclut alors les donations.

Il faut en outre que la vente ait porté sur un bien soumis à la loi sur la copropriété, en l'occurrence des immeubles bâtis divisés par appartements ou étages ou locaux², et comme nous savons que la propriété englobe trois attributs, à savoir l'usus l'abusus et le fructus, cela signifie que la préférence s'exercera non pas uniquement sur l'abusus mais également sur le fructus et l'usus du bien, et que le propriétaire qui cède son bien en usufruit à un tiers à la copropriété pourra voir ce droit racheté par l'un des copropriétaires³.

À ces conditions, il nous faudra ajouter de nouvelles restrictions que la loi 106.12 a apportées, comme le fait de limiter l'exercice de la préférence à la copropriété contenant au moins 20 titres indépendants, ou encore le fait d'interdire l'exercice de cette priorité sur les biens vendus au locataire qui a loué le bien dans le cadre d'un crédit-bail, ou dans le cadre de tout autre forme de crédit similaire, et nous pensons que le

¹ في هذا السياق :

أذ عبد الرزاق أيوب، حق الأفضلية في الملكية المشتركة للعقارات المبنية بين النص المؤود و النص الموجود : قراءة في المادة 39 من القانون 18.00، مجلة القضاء المدني عدد التاسع لسنة 2014، الصفحة: 69.
أذ عز الدين الماحي، ممارسة حق الأفضلية على ضوء القانون الجديد المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، مجلة القصر، عدد 8 لسنة 2004، الصفحة: 48.

² Article premier de la loi 18.00 relative au statut de la copropriété des immeubles bâtis.

³ Arrêt de la cour de cassation numéro 2102 du 03/05/2011 dossier civil numéro 2725/1/4/2011, non publié.

législateur entend par là les nouvelles formes de financement islamique¹. Pour terminer nous ajouterons que le droit de préférence dans l'acquisition des biens en copropriété ne pourra être exercé dans les ventes onéreuses aux membres de la famille du vendeur².

Si le législateur a prévu la possibilité pour les copropriétaires d'instaurer un droit préférentiel entre eux. Il a conditionné la création de ce droit par une intervention contractuelle qu'il convient d'analyser.

Chapitre II) La nécessité de l'intervention contractuelle pour la naissance de la préférence

Pour donner naissance au droit de préférence, deux cas de figure s'offrent à nous : le premier est le cas classique d'instauration de la priorité par les copropriétaires, et ceci à travers leur accord non pas mutuel mais plutôt proportionnel aux trois quarts des voix³ lors d'une assemblée générale⁴. Ce premier cas de figure ne pose pas de réelle difficulté pratique, mise à part la critique relative à la nécessité d'un accord à la majorité pour l'établissement de la préférence au lieu d'un accord à l'unanimité, étant donné l'enjeu de l'établissement de la préférence, et qui s'illustre dans la privation du propriétaire de sa liberté de vente, nous pensons qu'une telle atteinte à la disposition du copropriétaire ne devrait point lui être imposée par le biais d'une convention collective, mais qu'elle doit plutôt résulter de son accord personnel, la préférence devrait alors pour s'imposer dans la copropriété, résulter de l'accord absolue de l'assemblée générale.

Toutefois le législateur prenant en considération les principes de la copropriété, qui consistent en l'organisation commune de l'immeuble, et pour éviter que ne puisse un seul des copropriétaires bloquer l'instauration de la préférence, a décidé de ranger ce droit parmi les questions auxquelles l'assemblée générale statue à la majorité des trois quarts des voix, au même titre que les questions relatives à la détermination de la rémunération du syndic, ainsi que l'accord sur les charges de la copropriété, ou encore l'accord pour la réalisation des travaux⁵, tandis que le législateur impose l'accord de l'unanimité de

¹ Nous donnerons l'exemple de l'opération Mourabaha qui consiste à ce que la banque acquiert la propriété du bien à la demande de son client, en vue de lui revendre à son coût d'acquisition plus une marge bénéficiaire convenue d'avance, dans ce cas-là d'après la loi 106.12 les copropriétaires ne pourront exercer leurs préférences.

² Article 39 de la loi 106.12 promulguée par le Dahir 6465 du 16 mai 2016.

³ Arrêt de la Cour de cassation numéro 4/5 du 08/01/2013 dossier civil numéro 1286/1/4/2012, non publié, et qui confirme la règle légale de la nécessité des trois quarts des voix des copropriétaires présents ou représentés lors d'une assemblée générale, pour l'instauration d'un droit préférentiel entre eux.

⁴ Abd el aziz Sghyouri, Le droit de préférence dans la copropriété des immeubles bâtis, Revue des tribunaux marocains, N135-136, avril 2012, page : 393.

⁵ Article 21 de la loi 18.00, tel que modifié par la loi 106.12 publié au bulletin officiel numéro 6465 du 16 mai 2016.

l'assemblée générale pour les questions relatives aux transformations de certaines parties communes en partie privative¹.

À notre sens, si la transformation d'une partie commune en partie privative, nécessite l'accord de l'unanimité des copropriétaires car cela touche à leur droit de propriété, la préférence également devrait nécessiter l'accord de l'unanimité des copropriétaires, et le fait que le législateur classe l'instauration de ce droit au même niveau que celui de l'accord par les copropriétaires sur la rémunération du syndic ne peut être logique, et finit par porter atteinte à l'abus des copropriétaires qui peuvent se voir imposer sans leurs consentements une limitation de leur propriété².

Le droit de préférence ne peut donc être prévu que par les copropriétaires, pour les copropriétaires, et on ne peut imaginer de situation où la préférence d'acquisition du bien en copropriété est accordée à un tiers³. Le privilège d'acquisition est alors octroyé à des personnes précises, qui ne peuvent transférer leurs droits à autrui, tout comme les créanciers du titulaire du droit ne peuvent se substituer à lui pour user de cette préférence.

Le schéma est alors clair, seuls les copropriétaires en personne peuvent bénéficier de la préférence, soit les personnes qui sont inscrites aux registres fonciers comme propriétaires des biens de la copropriété, et nous savons qu'ils ne peuvent transférer leurs droits à autrui, comme par exemple aux membres de leurs familles, peu importe le procédé juridique employé, il serait frappé de nullité. Une seule situation pourrait permettre le transfert de la préférence à autrui, et c'est le cas du décès du propriétaire du bien, ses héritiers étant donné qu'ils seront devenus propriétaires indivis du bien, ils pourront alors bénéficier de la préférence. Mais se pose alors une question fondamentale, cette préférence profitera-t-elle à l'ensemble des nouveaux propriétaires indivis qui pourraient l'exercer individuellement ? ou nécessitera-t-elle pour être exercée une offre émanant de l'ensemble des indivisaires qui acquerraient le nouveau bien en indivision ?

¹Article 22 de la loi 18.00, tel que modifié par la loi 106.12,op.cit.

² Contrairement à la préférence dans l'acquisition des biens de la copropriété, le consentement dans le pacte de préférence est exigé pour la validité dudit contrat, sans possibilité de l'imposer par une convention collective quelconque, en ce sens : Henri Capitant, De la cause des obligations, Contrats, Engagements unilatéraux, legs, édition la mémoire du droit, 3ème édition 2012, page : 17; Marie Laure Mathieu Izorche, La personne et le contrat, Revue actualité du contrat approche pluridisciplinaire, numéro spécial, n 51, 2009, page : 155; Jean Chevallier, Louis Bach, Droit civil, tome 1 12ème édition 1995 sirey, page : 453.

³ L'article 39 de la loi 18.00 dispose que les copropriétaires peuvent instituer entre eux un droit de préférence, la loi a alors restreint les bénéficiaires de cette dernière aux seuls propriétaires des biens de la copropriété.

La première hypothèse semble être la plus probable, puisque tout copropriétaire a droit à l'exercice de la préférence, rien n'empêcherait alors les indivisaires d'un bien en copropriété de pouvoir exercer individuellement la préférence sur les ventes des biens de la copropriété, sauf si le règlement de la copropriété instaure la restriction de ne pouvoir exercer la préférence qu'en étant propriétaire unique du bien de la copropriété, les indivisaires devront alors procéder au partage de leur bien conventionnellement ou judiciairement, pour pouvoir finalement jouir de cette priorité.

Cela dit, l'instauration de la préférence par le biais de l'assemblée générale ne semble pas être l'unique moyen, puisque le promoteur immobilier peut instaurer une telle priorité dans le règlement de copropriété, mais une telle organisation du droit est-elle recevable ?

Il faut dire que l'article 21 de la loi 18.00 tel que modifié par la loi 106.12 prévoit que la préférence est instaurée par l'accord des trois quarts des voix des copropriétaires lors d'une assemblée générale, et que l'article 39 du même texte dispose que les copropriétaires peuvent à la majorité des trois quarts des voix présentes ou représentées, instituer entre eux un droit de préférence en ce qui concerne tous les actes emportant transfert de propriété à titre onéreux.

Nous remarquons alors que les deux articles n'ont nullement prévu la possibilité d'instaurer le dit droit dans le règlement de copropriété, et que le législateur insiste sur la question de l'instauration du droit par les copropriétaires et non pas par le prometteur immobilier. Partant de ce postulat l'on pourrait tout à fait être tenté d'affirmer que la clause de préférence insérée dans le règlement est nulle. Or d'autres arguments militent en faveur de l'acceptation de ce mode dérivé de création de la priorité en copropriété, ainsi on rappellera que tout acquéreur d'un bien en copropriété accepte le règlement de copropriété¹, qui à l'instar d'un contrat d'adhésion s'impose au nouveau propriétaire, et que le droit de préférence issu du règlement de copropriété devrait même avoir plus de poids juridique que celui résultant de l'assemblée générale, car il est accepté de façon unanime par l'ensemble des copropriétaires, lesquels peuvent à tout moment l'annuler par le biais d'une assemblée générale avec l'accord des trois quarts des voix des copropriétaires, puisque la modification du règlement de copropriété ne nécessite nullement l'unanimité et ce conformément à l'article 21 de la loi 18.00 tel que modifié par la loi 106.12.

Pour faire naître correctement le droit de préférence, deux modes sont donc possibles, le moins controversé étant celui relatif à la création de la priorité par le biais d'une assemblée générale à laquelle au

¹ L'article 11 de la loi 18.00 tel que modifié par la loi 106.12 dispose que le règlement de copropriété doit être déposé à la conservation foncière, et que le vendeur doit le transmettre à l'acquéreur, ainsi que l'acte de vente qui doit nécessairement mentionner que l'acheteur a lu le règlement de copropriété, et qu'il est informé de ses dispositions.

moins la moitié des copropriétaires sont présents ou représentés¹, et dont la décision est prise à la majorité des trois quarts des voix des copropriétaires présents ou représentés.

Une fois créé, ce droit devra être aménagé contractuellement pour être pleinement efficace.

Partie II) L'aménagement des modalités d'exercice du droit préférentiel.

Le législateur, avec la loi 106.12 complétant la loi 18.00 a maintenu la nécessité de prévoir les modalités d'exercice de la préférence. Toutefois et dans un souci de réorganiser la loi sur la copropriété, la disposition fût déplacée de l'article 39 à l'article 21 qui dispose désormais qu'à la majorité des trois quarts des voix des copropriétaires, l'assemblée générale statue sur plusieurs questions² dont celle de la préférence.

Abstraction faite de la réorganisation législative de la loi sur la copropriété, l'effet de la préférence fluctue selon la présence ou non des modalités d'exercice dudit droit, et surtout de sa bonne ou de sa mauvaise organisation.

Chapitre I) La sécurité d'une organisation réfléchie du droit préférentiel

Une fois né, le droit de préférence nécessitera pour produire toute son efficacité une organisation adéquate. Pour atteindre ce but, les copropriétaires ou à défaut le promoteur immobilier devront déterminer les modalités d'exercice du droit ainsi que ses délais.

Il sera alors nécessaire de déterminer le moyen de notification par le vendeur de la vente de son bien, et le moyen et délai de notification par les copropriétaires de leurs volontés d'exercer la préférence, ainsi que la solution à adopter en cas de pluralité de copropriétaires souhaitant exercer la priorité, et enfin le moyen de paiement du prix et sa détermination.

Le législateur a lui-même prévu ces modalités dans le projet de loi 106.12 adopté par la chambre des représentants, avant de revoir sa stratégie législative en matière de préférence dans l'acquisition des biens de la copropriété, et de ne décider d'offrir finalement que plus de liberté contractuelle aux copropriétaires pour qu'ils déterminent eux-mêmes ces modalités, ce qui est logique étant donné que la préférence n'est instaurée que par voie contractuelle. Les parties devront alors au moment de prévoir le droit, déterminer

¹ Article 18 de la loi 18.00, op.cit.

² L'article 21 de la loi 18.00, énonce une série de questions sur lesquelles statue l'assemblée générale des copropriétaires, et l'accord sur les modalités d'exercice de la préférence a été ajouté à la disposition par l'effet de la modification apportée par la loi 106.12.

en même temps ses modalités, mais le fait est qu'une telle liberté peut causer plus de tord que de bien, aux copropriétaires qui n'organisent pas leurs droits correctement, et pour essayer de déceler l'organisation adéquate de la préférence nous reviendrons à titre indicatif aux dispositions du projet de loi 106.12 tel qu'adopter par la chambre des représentants, et qui déterminait ces modalités.

Ainsi l'article 39 dudit projet non promulgué annonçait que l'acheteur devait informer les autres copropriétaires de son acquisition dès l'inscription sur les livres fonciers.

Le projet posait alors la condition de ne pouvoir exercer la préférence qu'après la vente par le copropriétaire de son bien au tiers, qui inscrit son droit sur les livres fonciers pour ensuite en informer les copropriétaires par le biais d'une lettre recommandée. On peut tout à fait imaginer que les copropriétaires adoptent cette même disposition en la modifiant pour imposer la notification non pas par lettre recommandée mais plutôt par huissier de justice.

Le projet n'imposait pas de délai à l'acheteur pour informer les copropriétaires, mais éteignait leurs droits à l'exercice de cette préférence une année après l'inscription sur le livre foncier¹.

Le projet proposait également comme règle l'obligation pour le propriétaire qui souhaite exercer la préférence d'informer l'acheteur par lettre recommandée de sa volonté de se substituer à lui, dans un délai de deux mois après sa notification, en consignait le prix du bien, et en cas de pluralité de candidats de choisir l'un d'entre eux par tirage au sort en présence d'un notaire.

Ces modalités que prévoyait le projet de loi 106.12, et qui ne furent finalement pas promulguées avec la même loi publiée au bulletin officiel numéro 6465, reprenait à peu près les mêmes dispositions que le texte ancien qui régissait la copropriété en droit Marocain, à savoir le dahir de 1946 notamment dans son article 27, avec quelques modifications. Ces modalités ont toutefois si elles sont reprises par les copropriétaires, le mérite d'encadrer le droit, afin de le rendre efficace. Bien évidemment les parties pourront procéder à toutes sortes de modifications, notamment dans les délais précités, à condition de garder un délai raisonnable pour l'exercice des droits, ou encore modifier l'ordre de préférence entre les copropriétaires pour la reprise d'un bien vendu dans la copropriété, en donnant par exemple la priorité au voisin le plus proche du bien vendu au tiers. Les copropriétaires pourraient également ne pas prévoir l'exigence de la présence d'un notaire dans le tirage au sort déterminant le bénéficiaire de la préférence, ou encore prévoir de toutes nouvelles règles, telles que la possibilité en cas de renonciation du copropriétaire

¹ Le projet allait dans la voie de l'ancienne jurisprudence qui éteignait le droit à l'exercice de la préférence une année après l'inscription sur les livres fonciers : Arrêt de la Cour suprême numéro 681 du 29/8/1979 dossier civil numéro 68465, non publié.

exerçant la préférence sur le bien, d'accorder un nouveau délai aux autres copropriétaires pour exercer le dit droit, à condition de limiter cette possibilité au deuxième copropriétaire.

Egalement, nous estimons qu'il serait préférable que les copropriétaires se prononcent dans les modalités d'exercice du droit de préférence sur son caractère indivisible, qui contient en germe l'une des nombreuses lacunes pouvant causer l'inefficacité de la préférence. Ce caractère indivisible qui nous intéresse fortement est la conséquence de la disposition de l'article 39 de la loi 18.00 tel qu'il a été modifié par la loi 106.12. Ce dernier limite la préférence au cas de transfert des biens de la copropriété en contrepartie d'un prix. La disposition a alors implicitement prévu la vente absolue et non pas partielle du bien, puisque cette dernière entre dans le domaine de la préemption¹ qui est dès lors régie par des règles spécifiques². Mais l'indivisibilité de la préférence en copropriété résulte également pour la doctrine³ de l'article 296 de la loi 39.08 relative aux droits réels, et qui dispose que si l'indivisaire vend sa partie indivise à un tiers, le préempteur devra dès lors acquérir la partie dans sa totalité ou renoncer à l'exercice de son droit, et c'est en transposant ce principe qui régit la préemption, que les juristes marocains concluent à l'indivisibilité de la préférence, qui a pour vocation d'éliminer le trouble que causera le tiers à la copropriété.

Mais si nous adoptons le principe d'indivisibilité de la préférence en copropriété, cela ne signifierait-il alors pas que la préférence souffre d'un cheval de Troie ? Puisqu'il suffirait alors pour échapper au rachat du bien par l'un des copropriétaires, de créer une situation d'indivision sur le bien par sa vente partielle à un tiers, pour ensuite compléter la vente à travers un partage conventionnel, les copropriétaires ne pourront alors exercer leurs préférences sur la première vente puisqu'elle crée une situation d'indivision, tout comme ils ne pourront exercer leurs priorités sur le partage, puisque l'indivisaire est protégé dans tous les cas par la préemption. Pour éviter une telle faiblesse de leurs droits, les copropriétaires devront permettre l'exercice de leurs préférences sur les ventes mêmes partielles des biens de la copropriété.

Ces modalités que nous venons de citer à titre indicatif, pourraient garantir aux copropriétaires leurs droits de préférence. Toutefois, le législateur a préféré laisser le champ ouvert à la liberté contractuelle, pour que les copropriétaires déterminent eux-mêmes, le moyen d'exercer leurs droits, ils devront tout de même pour rendre cette priorité efficace, déterminer les modalités de son exercice, notamment le moyen de notification ainsi que les délais pour le faire, sans oublier les règles à appliquer en cas de pluralité de

¹ أذ عز الدين الماحي، م.س، الصفحة: 44.

² En ce sens :Corrine saint alary houin, le droit de préemption, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, page : 14.Essaid dghrimer, le droit de préemption, revue al maouil, N15-16 décembre 1999, page : 18.

³ أذ عبد الرزاق أيوب، م.س، الصفحة : 78.

prétendants à l'exercice du droit. Mais qu'en serait-il si les copropriétaires établissaient la préférence en omettant de préciser les modalités de son exercice ?

Chapitre II) Les risques d'une mauvaise organisation du droit préférentiel

L'effet incertain qu'aurait le droit de préférence est le résultat soit de la mauvaise organisation du droit de préférence par les copropriétaires soit le résultat de l'absence de cette organisation, entraînant alors soit son inefficacité soit son inexistence controversée.

Dans le premier cas relatif à la mauvaise organisation de la préférence, nous posons l'hypothèse dans laquelle le droit de priorité est prévu par les copropriétaires en déterminant ses modalités de façon soit non exhaustive soit en reprenant les dispositions de la préemption. Se posent alors plusieurs questions, dont celles relatives à l'application des règles de la préemption à la préférence en copropriété.

S'il est vrai que nous pouvons tout à fait imaginer l'hypothèse dans laquelle les copropriétaires calquent les modalités d'exercice de la préemption à leurs droits préférentiels, cela ne peut qu'entraîner une confusion certaine entre les deux notions de priorité dans l'acquisition, et ce même pour les plus avertis¹.

Mais pourrait-on réellement appliquer les dispositions de la préemption à la préférence en copropriété ?

Ce qui est évident c'est que les deux notions s'opposent sur plusieurs points, notamment dans leurs sources, puisque la préemption est prévue par la loi tandis que la préférence est établie par le contrat². La préemption est accordée dans toutes les ventes des parts indivises peu importe la qualité de l'acquéreur, qu'il soit ou non co-indivisaire³, tandis que la préférence n'est accordée que dans les ventes aux tiers des biens de la copropriété⁴. Egalement, la préemption s'applique peu importe le type du bien vendu, qu'il soit immeuble ou terrain nu, tandis que la préférence ne s'applique qu'aux biens soumis à la loi 18.00. Enfin, en cas de pluralité de prétendants à l'exercice de la préemption, la part indivise vendue est partagée entre eux, tandis que la préférence ne peut emprunter cette même voie sauf si les copropriétaires insèrent une telle règle au cours d'une assemblée générale.

Les deux notions ne font pourtant pas que s'opposer mais s'accordent sur d'autres points, notamment celui du moment de la notification de la vente du bien, qui dans la préemption est fixé après la vente, les

¹ أذ عبد السلام حادوش، م.س.

² R. Torreblanca, De l'effet rétroactif de l'exercice du droit de préemption, La revue marocaine de droit, N7 1961, page : 295;

³ Article 296 de la loi 39.08, op.cit.

⁴ La préférence dans l'acquisition de la copropriété ne peut s'appliquer aux ventes à l'un des copropriétaires, ou encore à la vente au conjoint ou ses descendants ou ses ascendants ou ses frères et soeurs et ce conformément à l'article 39 de la loi 106.12.

préempteurs pourront alors écarter le tiers acquéreur¹, car en effet ce dernier est tenu de leur adresser une offre d'achat, ou ce qu'on peut mieux qualifier de notification de vente, une sorte de publicité qui permettra de démarrer le délai de 30 jours, dans lequel les ayants droit à la préemption peuvent manifester leurs volontés de récupérer le bien².

Cette modalité peut tout à fait recevoir application dans la préférence si les copropriétaires la calquent. D'ailleurs, le législateur lui-même dans la version première du projet de loi 106.12 adopté par la chambre des représentants et non promulgué dans le bulletin officiel, prévoyait le même mécanisme à quelques différences près, surtout dans les délais.

Ce qui est évident de cette comparaison c'est que les deux notions sont manifestement différentes, et juridiquement incompatibles, et on ne peut reprendre que partiellement certaines des modalités de la préemption pour les appliquer à la préférence. Il serait en effet impossible d'appliquer les dispositions de la priorité légale à la préférence contractuelle, car cela reviendrait à dire que la préférence en copropriété est accordée même si l'un des copropriétaires vend son bien à un autre copropriétaire, ou encore à dire qu'en cas de pluralité de prétendants à l'acquisition du bien, une situation de partage se créerait sur le dit bien entre les prétendants.

Le bilan est donc incertain et mitigé, la mauvaise organisation des modalités entrainerait tout simplement l'inefficacité de l'exercice de la préférence, car une confusion certaine naîtra entre préemption et préférence, ce qui est regrettable lorsqu'on sait que le législateur avait déjà fait l'effort d'encadrer les modalités dans la version première du projet de loi 106.12, et qui aurait pu résoudre le problème de l'inefficacité du droit d'une part, et la confusion avec la préemption d'autre part.

La mauvaise organisation des modalités de l'exercice du droit, n'est pourtant pas la seule difficulté qui surgit et qui porte atteinte à l'efficacité du droit. On retrouve une seconde hypothèse dans laquelle les copropriétaires prévoient la priorité sans organiser ses modalités, on se demande alors si le droit ainsi prévu devient inexistant faute d'encadrement des modalités de son exercice, ou si au contraire il demeure applicable malgré cette absence.

Il faut dire que l'article 39 de la loi 18.00 tel que modifié par la loi 106.12, prévoit la possibilité pour les copropriétaires d'instituer entre eux un droit préférentiel d'acquisition sur les biens de la copropriété sans pour autant entrainer la nullité de l'instauration dudit droit en cas de non-organisation de ses modalités, c'est seulement l'article 21 du même texte qui prévoit que l'assemblée générale statue à la majorité des

¹ Corrine Saint Alary Houin, Le droit de préemption, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, page : 89.

² Article 304 de la loi 39.0, op.cit.

trois quarts des voix des copropriétaires sur l'instauration de la préférence avec ses modalités et délais, sans également évoquer une quelconque nullité.

Le résultat alors est que prôner l'inexistence de la préférence en cas d'absence d'organisation de ses modalités serait juridiquement infondé, et que cette situation ne créerait en réalité qu'une incertitude vis-à-vis de l'effet de cette préférence, on se demande en effet s'il serait recevable pour un copropriétaire d'intenter une action en justice pour exercer sa préférence prévue dans le règlement de copropriété mais non organisée dans ses modalités.

La réponse à cette question ne peut être tranchante en l'absence de jurisprudence traitant la matière, et en l'absence d'un quelconque circulaire déterminant les modalités à appliquer en cas d'absence d'organisation du droit dans le règlement de copropriété. Toutefois, nous pensons que malgré cette absence, tant que la préférence est prévue par les copropriétaires, il serait tout à fait possible pour l'un d'entre eux d'intenter une action en justice pour faire valoir son droit, en consignait le montant de la vente. Mais une incertitude absolue régnerait sur les délais qu'aurait le copropriétaire pour intenter cette action, tout comme une incertitude absolue régnerait sur la solution à adopter en cas de la pluralité de prétendants à cette préférence.

Pourrait-on alors dans ce cas appliquer les règles de la préemption pour combler les lacunes conventionnelles ? La réponse est certainement négative étant donné les incompatibilités qu'il y'a entre les deux notions et que nous avons déjà exposées. Mais les possibilités restent ouvertes à une jurisprudence en attente des cas d'espèces pour statuer, sur les difficultés d'un droit en voie de développement.

« La Relation Banque/Entreprise En Difficulté: Cas De La Pme Marocaine »

BOUKHIMA ASMAA ET NAJAB AMAL

Université Hassan II de Casablanca –

Faculté des Sciences Juridiques Économiques

et Sociales, Ain Sebâa –

Maroc

Introduction

Les Petites et Moyennes Entreprises (PME) constituent l'essentiel du tissu économique de notre pays. Avec près de 95% du tissu productif, elles jouent un rôle déterminant en matière de création d'emplois et d'investissements. En effet, elles constituent le principal moteur de l'économie nationale. Ces entreprises se voient confrontées dans leur système de gestion à plusieurs types de difficultés dans divers domaines-clés de l'entreprise : gestion financière, gestion des ressources humaines, marketing, et innovation. Ces obstacles peuvent précipiter leurs défaillances.

L'observation des dispositifs actuels du financement des entreprises et l'analyse de leurs besoins permettent de faire le constat suivant : les procédés de financement bancaire sont inadaptés aux besoins spécifiques des entreprises, en particulier celles nouvellement créées.

Ceci traduit une situation de rupture entre l'offre et la demande. En effet, les établissements de crédits sont très réticents en matière de financement des PME. Ils justifient leur prudence par l'insuffisance de l'information dont ils disposent sur ces entreprises. Celles-ci, à défaut de garanties et de mécanismes de prévention des risques, restent souvent exclues des circuits financiers. Dans un environnement pareil, toute entreprise sera exposée au risque de défaillance, dont le degré varie d'une entreprise à une autre, selon le secteur d'activité, la taille de l'entreprise, les dirigeants, etc.

Notre article a pour objectif de mettre en exergue une dimension de difficulté particulière des entreprises marocaines, à savoir la relation entre banque et entreprise en difficulté. Il s'agit plus précisément de déterminer la nature de cette relation : est-elle une relation de méfiance nécessitant des mesures de correction ?

Le champ de notre problématique met l'accent sur les causes pouvant conduire à une relation fragile entre banque et entreprise et accentuant les difficultés. Il s'agit également d'analyser les moyens de prévention et du traitement de ces difficultés afin de proposer des voies de sortie de crise. Afin de cerner cette problématique, nous avons adopté une approche dynamique et multidisciplinaire du traitement des PME marocaines en difficulté, en mettant en exergue la convergence des approches de l'entreprise en crise sous ses aspects économiques, de gestion et juridiques.

Pour traiter notre problématique, nous avons adopté le cheminement suivant :

Il convient de réaliser, en premier lieu, un essai de définition et une synthèse de la revue de littérature afin d'analyser la notion d'entreprise en difficulté.

Ensuite, il s'agit d'identifier la nature de la relation banque-entreprise en difficulté, en analysant le cas des PME marocaines.

Enfin, on s'interrogera sur la stratégie à suivre par la banque face à l'entreprise en difficulté et sur les mesures générales pour sortir l'entreprise de sa crise. Nous proposerons, par la même, des pistes de recommandations pour améliorer la relation entre banque et les PME en difficulté.

1. NOTION D'ENTREPRISES EN DIFFICULTE : ESSAI DE DEFINITION ET REVUE DE LITTERATURE

1.1. Définition de l'entreprise en difficulté

Il n'est pas facile de trouver une définition universelle de la défaillance. En effet, plusieurs auteurs ont donné des définitions se basant sur des critères différents. C'est ainsi que Jean Brilman (1986) définit l'entreprise en difficulté comme suit « l'entreprise en difficulté n'est pas seulement une entreprise qui a des problèmes financiers mais c'est aussi une entreprise qui, rencontrant ou prévoyant des difficultés, prend des mesures immédiates afin de ne pas connaître d'ennuis financiers. Ces entreprises se caractérisent par une faible rentabilité, un volume d'activité en baisse, une dégradation du climat social voire des grèves, elles traversent aussi pour nombre d'entre elles une conjoncture difficile».

D'autres définitions renvoient à l'idée que les difficultés de l'entreprise n'interviennent pas de manière brutale. Des étapes sont traversées avant d'atteindre une situation critique qui oblige à faire appel aux procédures judiciaires. On peut citer dans ce cadre la définition donnée par Carole Gresse (2003) « depuis la situation économique difficile à la constatation juridique de la défaillance, la notion d'entreprise en

difficulté est assez large...et comporte trois niveaux : la défaillance économique, la défaillance financière et la défaillance juridique ».

Partant de cette définition, le processus de défaillance est progressif et comporte quatre niveaux :

- La défaillance économique : elle survient lorsque l'entreprise enregistre des pertes substantielles et structurelles. Elle met l'accent sur l'absence de rentabilité et l'efficacité de l'unité de production. Elle signifie que l'entreprise n'est plus rentable et génère plus de charges que de produits.
- La défaillance financière : elle met l'accent sur les problèmes de trésorerie et sur l'incapacité d'affronter des problèmes de remboursement. L'entreprise ne trouve plus de solution pour gérer sa dette, ce qui se traduit par des incidents de paiement.
- La défaillance comptable : elle est caractérisée par l'accumulation des pertes sur trois exercices successifs, des pertes réelles constatées supérieures au tiers du montant des capitaux propres en fin d'exercice.
- La défaillance juridique : elle concerne en principe une action du dépôt de bilan liée à une situation d'insolvabilité. De ce fait, la défaillance constitue la sanction légale de la défaillance financière et la constatation juridique de l'insolvabilité de l'entreprise. La défaillance juridique signifie dans la majorité des cas la disparition à court terme de l'entité économique.

1.2. Revue de littérature sur la relation Banque –Entreprise en difficulté

Pour traiter de la défaillance de l'entreprise, des recherches orientées vers la compréhension des causes et symptômes de défaillance ont expliqué ce phénomène (Koenig, 1985) abordant des modèles dynamiques de défaillance (Van Caillie, 2004). Le modèle proposé par Van Caillie est organisé en quatre grandes étapes chronologiques d'un processus standard de défaillance: « l'origine des difficultés, l'apparition et la détérioration des symptômes de défaillance, le passage au rouge des clignotants et finalement la faillite de l'entreprise ».

Notre objectif est de présenter l'origine des difficultés de l'entreprise, en particulier l'influence de son environnement externe sur ses capacités et sur son évolution. Il s'agit de savoir si la nature de la relation banque –entreprise pourrait constituer un outil de prévention des difficultés des entreprises ou un facteur important causant sa défaillance?

L'analyse de relation Banque-Entreprise remonte aux années cinquante. R. Roosa (1951) et D. Hodgman (1963) furent les premiers à discuter l'effet de la relation Banque- Entreprise dans un environnement caractérisé par un rationnement de crédit. Cette relation est basée le plus souvent sur « une asymétrie d'information ». Mise en évidence par Joseph Stiglitz et George Akerlof dans les années 1970, elle a fait l'objet d'études de plusieurs auteurs à travers différentes théories pour éclairer sur le comportement des banques à l'égard des entreprises.

Deux cas d'asymétrie d'information peuvent être présentés : l'anti-sélection et l'aléa moral.

Dans le cas de l'anti-sélection, le banquier, prêteur sur le marché de crédit, ne dispose pas de la bonne information. Il y existe donc une asymétrie de l'information qui va engendrer une anti-sélection. Les banques vont fixer des taux d'intérêt assez élevés afin d'éviter de tomber sur des « mauvais emprunteurs ». Pour les banquiers, la décision d'octroi de crédit dépendra de la qualité des informations qu'ils collectent auprès des entreprises.

L'aléa moral, se présente après la conclusion du contrat de financement entre les deux parties. Il reste alors que la banque puisse vérifier que l'emprunteur fait bon usage des fonds prêtés conformément aux engagements qui ont été pris, afin d'éviter cet « aléa moral » qui consisterait pour l'emprunteur à affecter le crédit à d'autres fins.

Dans cette perspective, le développement d'une relation de confiance Banque-Entreprise constitue un élément crucial dans la dissipation des problèmes d'asymétrie d'informations et la réduction de l'ampleur du risque. En effet, E. Lehmann et D. Neuberger (2002) ont avancé que ces problèmes, peuvent être affaiblis par l'établissement d'un climat de confiance entre la banque et l'entreprise. M.R. Binks et C.T. Ennew (1997) ont précisé que ce climat de confiance sera bénéfique pour les deux parties. En effet, l'entreprise, en étant transparente, va accéder à de meilleures conditions de financement. Elle va permettre à la banque de mieux comprendre son environnement opérationnel et ses perspectives. Aussi, elle va faire bénéficier la banque d'un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents.

Pour limiter les inconvénients de cette relation à la fois mécanique et marchande entre banque et entreprise, il est nécessaire de faire appel aux interactions sociales qui peuvent restaurer le climat de confiance entre les deux parties, et affecter positivement les conditions d'octroi de crédit. L'approche par

l'encastrement social, dont Granovetter est le principal contributeur, repose sur des facteurs interpersonnels (confiance et liens sociaux) qui permettent d'éviter les défauts de paiement des entreprises et donc constitue un outil de prévention pour faire face à leurs défaillances.

Granovetter a emprunté la pensée d'encastrement de Polanyi (1983). Il affirme ainsi que l'action économique est « encadrée » au sein de réseaux de relations personnelles (Granovetter, 2000). L'encastrement¹ consiste en l'insertion, dans le monde de financement des PME, d'un ensemble hétérogène de lois sociales, politiques et culturelles, soutenu par la mise à disposition des fonds par les établissements bancaires pour concrétiser des échanges économiques prometteurs et pérennes. Cette approche pourrait constituer une solution pour instaurer de la confiance entre les parties prenantes. Par ailleurs, dès lors que la relation banque-entreprise est caractérisée par l'incertitude, la confiance devient indispensable. Elle permet non seulement de réduire les coûts de transaction, mais elle rend possible l'engagement réciproque des deux parties et le maintien des relations sociales.

2. L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE

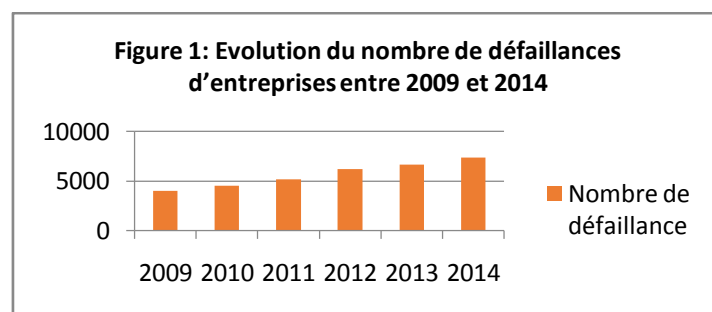
2.1. La situation des entreprises en difficulté au Maroc

Les PME constituent une composante importante du tissu économique national. Elles représentent 95% des entreprises nationales, emploient la moitié des salariés et réalisent 40% de la production, 51% des investissements et 31% des exportations. Toutefois, dans un environnement incertain, marqué par plusieurs contraintes, toute entreprise est susceptible de s'exposer au risque de défaillance, dont le degré varie d'une entreprise à une autre.

Les statistiques du Cabinet Heuler-Hermès² relatives à la situation des entreprises signalées en difficultés, font ressortir les informations suivantes (figure 1):

¹ Alaoui M. et Boulahbach Y., « le rôle de la confiance dans la décision de l'octroi du crédit bancaire aux PME marocaines : d'une relation de transaction à l'approche relationnelle », 12^{ème} congrès international francophone en entrepreneuriat et PME, OCTOBRE 2014, Agadir.

² Société d'assurance crédit française.



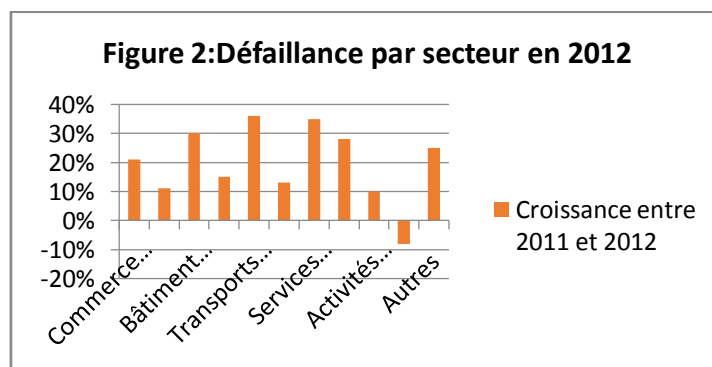
Source : Rapport¹ du Cabinet Heuler-Hermes, Janvier 2014

On note une accélération du nombre de défaillances constatées à partir 2011 qui s'est poursuivie en 2014. Les défaillances d'entreprises au Maroc ont atteint 10% en 2014, contre 8% en 2013. Selon ledit rapport, ce sont essentiellement les entreprises de taille intermédiaire et les petites entreprises qui vont continuer à éprouver des difficultés.

Plusieurs facteurs expliquent cette conjoncture morose et qui sont à l'origine des difficultés des entreprises marocaines. Il s'agit du recul de l'investissement public, de la flambée des prix des matières premières, de la frilosité du secteur bancaire. Sans oublier les dysfonctionnements juridiques, en particulier la loi sur les délais de paiement.

✚ Défaillance par secteur :

En 2012, On remarque que les entreprises marocaines ne sont pas solvables dans plusieurs secteurs à risque, comme les secteurs des transports et communications (+36%), de services (+35%) et de bâtiment et travaux publics (+30%), et ce en raison de l'évolution des habitudes de consommation et des coûts de production (figure 2). En tête des secteurs qui comportent le plus grand nombre d'entreprises défaillantes, on note le secteur des transports et communication, avec une hausse des entreprises défaillantes de (36%), les services collectifs, sociaux et personnels (35%) et le BTP (30%).



¹<http://www.challenge.ma/wp-content/uploads/2014/01/Maroc-Un-Batal-Dans-La-Bataille.pdf>

Source : Rapport du Cabinet Heuler-Hermes, Janvier 2014

2.2. Une relation banque –entreprise fragilisée

La connaissance des facteurs générateurs de défaillances pour les entreprises permet de prendre les dispositions nécessaires pour ne pas s'exposer aux risques.

Les difficultés des entreprises marocaines sont multiples et diversifiées. Au-delà, des facteurs inhérents à l'entreprise elle-même, d'autres facteurs, non moins importants, semblent avoir un impact considérable sur elle. Il s'agit de l'environnement externe. Ce dernier englobe à la fois des aspects financiers, réglementaires et celles liées au contexte de la création de manière général. Les signaux d'alertes de ces difficultés sont extrêmement variés et vont depuis l'apparition de certains déséquilibres ou difficultés jusqu'au report d'échéances, une rentabilité dégradée et une solvabilité affaiblie, un endettement très important, un règlement tardif des impôts, ou encore un fonds de roulement dégradé etc.

2.2.1. Difficultés internes des entreprises

Elles peuvent être organisationnelles liées à l'incompétence des dirigeants et les erreurs de gestion, notamment la non maîtrise de l'environnement monétaire et financier et la non-prise en considération des diverses mesures gouvernementales, lors de l'établissement des budgets. Elles peuvent être également liées à la structure de l'entreprise ou d'ordre social.

2.2.2. Contexte macroéconomique moins favorable

Il existe aussi des facteurs conjoncturels qui accélèrent la défaillance de l'entreprise, tels que la faible performance de l'économie, la baisse du pouvoir d'achat, et encore le resserrement de la croissance au niveau mondial.

En effet, depuis 2008, l'économie marocaine a subi une série de chocs externes qui ont dégradé considérablement ses principaux équilibres macroéconomiques. La baisse de la demande internationale, la forte hausse des cours mondiaux des matières premières et l'épuisement des sources des devises ont largement contribué à la morosité de la conjoncture économique.

Par ailleurs, la conduite de la politique monétaire reste sans effet sur le financement des PME marocaines. La baisse de ses taux directeurs (le taux directeur a passé de 2,50% à 2,5%¹) n'a pas encouragé les banques à accroître leurs offres de crédits en faveur des PME. Ainsi, cette manipulation du taux directeur est sans aucun impact sur l'activité économique, ceci montre la passivité qui caractérise notre politique monétaire.

Celle-ci favorise une augmentation des liquidités des banques sans pouvoir les orienter vers le financement des PME.

2.2.3 Frilosité des banques dans la prise de risque et méconnaissance des besoins des PME

Les problématiques liées aux financements des PME sont souvent citées parmi les entraves aux développements de ces entreprises marocaines. L'accès aux crédits, principale source de financement externe de ces entreprises, est limité. Au lieu d'innover, ces contraintes les poussent à se focaliser sur leurs survies, ce qui fragilise leur compétitivité.

Plusieurs facteurs expliquent la frilosité des banques à l'égard des entreprises, l'on peut citer l'existence d'une asymétrie de l'information entre la banque et l'entreprise, la mauvaise qualité des dossiers de crédit et le manque de transparence des états financiers. Par ailleurs, la révision des exigences prudentielles des banques dans le cadre de Bâle II et Bâle III se traduira par une plus grande sélectivité de ces dernières dans leur politique de crédit. Il est utile de citer aussi le manque d'adaptation des produits présentés par les banques aux besoins d'une grande population de PME, en l'occurrence les très petites entreprises.

2.2.4. Une relation banque –entreprise influencée par la faiblesse des partenaires

L'un des partenaires qui peut entraîner ou précipiter la défaillance des entreprises est l'Etat. Les difficultés proviennent des procédures longues de règlement des marchés publics. La détérioration des délais de paiement constitue également l'une des sources principales de défaillance des entreprises. En effet, plus de 25% des cas de faillite sont causés par des impayés et des problèmes de recouvrement. Ce retard est constaté aussi bien au niveau des administrations publiques que des entreprises privées, ce qui porte préjudice à leurs finances.

¹ La banque centrale du Maroc a abaissé son taux directeur de 25 points de base pour le porter à 2,5%, et ce le 22 mars 2016.

La réduction des budgets dédiés à l'investissement public, et donc l'accès aux marchés publics, lassent davantage les entreprises, en particulier les PME, pour lesquelles ces marchés constituent plus de 85% de leur chiffre d'affaires.

2.3. Evaluation et prévention des difficultés des entreprises

2.3.1. Le dispositif juridique de la prévention des entreprises en difficulté et règlement amiable au Maroc

Le droit marocain des entreprises en difficulté (loi n°15-95 promulguée par dahir du 1 aout 1996 formant code de commerce) se résume en deux phases : une phase de prévention interne et une autre relative à la prévention externe et au règlement amiable.

La prévention interne faite par le commissaire aux comptes ou par tout associé a lieu lorsque ces derniers constatent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Si elle n'aboutit pas à un résultat positif, on passe à la prévention externe faite par le président du tribunal avisé par le chef de l'entreprise lui-même ou par le commissaire aux comptes s'il en existe. Le président du tribunal désigne alors un mandataire spécial auquel il assigne une mission dans un délai précis.

Si le résultat est toujours négatif, et que l'entreprise sans être en état de cessation de paiement éprouve toujours des difficultés, on passe au règlement amiable. Dans ce cadre, le président du tribunal peut charger un expert pour établir un rapport sur la situation économique et financière. Ce dernier peut obtenir des banques tous les renseignements nécessaires.

Si les propositions du chef d'entreprise sont de nature à redresser la situation de l'entreprise, le président désigne un conciliateur dont la mission est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de conclure des accords avec les créanciers.

Le conciliateur peut demander au tribunal la suspension provisoire des poursuites des créanciers durant la durée de sa mission si cette démarche peut faciliter la conclusion d'un accord. L'ordonnance du tribunal interdit alors : la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, toute voie d'exécution sur les meubles et les immeubles...

2.3.2 L'intervention du banquier dans le processus de prévention

Le banquier joue un rôle important dans la prévention. En effet, il a une obligation de suivi et d'accompagnement de ses clients entreprises auxquelles il doit exiger des informations à travers les documents juridiques comptables et financiers. Le banquier doit constamment diagnostiquer la situation financière de l'entreprise, déterminer la valeur de l'entreprise, estimer sa performance future, utiliser tous les moyens qui sont à sa disposition pour bien connaître l'entreprise.

La banque constitue de ce fait une source d'information et un lieu privilégié d'observation des entreprises. Le législateur marocain n'est pas resté en retrait par rapport à l'évolution du monde des affaires. Il encourage, voir même, dans certains cas incite le banquier à suivre l'évolution de l'entreprise. Les instances patronales à leur tour insistent sur la prévention d'une manière générale, et sur le partenariat entre la banque et l'entreprise en matière de prévention.

Comme nous l'avons déjà précisé, l'intervention du conciliateur est fondamentale car à ce stade le débiteur a perdu la confiance des créanciers. L'arme principale du conciliateur est sa force de persuasion de rencontrer et de convaincre les principaux créanciers notamment la banque qui maîtrise en principe l'environnement économique de l'entreprise et qui peut donner tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

La participation du banquier au règlement amiable est toujours sollicitée car il est souvent le créancier principal. Etant donné son caractère contractuel, le banquier peut s'entourer de plusieurs mesures protectrices. Certaines interviennent avant même les négociations. C'est ainsi qu'il peut exiger la participation de certains créanciers de l'entreprise dont la présence lui paraît utile tel un fournisseur important qui, s'il décide de cesser les relations commerciales, il mettrait en péril la continuité de l'activité de l'entreprise. De même, la participation des autres créanciers dans le règlement amiable limiterait le risque d'action en responsabilité pour soutien abusif que le banquier risque d'encourir pour octroi de nouveaux crédits.

D'autres règles juridiques protectrices interviennent pour garantir l'exécution de l'accord et favoriser la participation du banquier au règlement amiable. C'est ainsi que le banquier bénéficie au même titre que les autres créanciers de la suspension provisoire des poursuites avec toutes les conséquences qui en découlent. De même, le banquier peut prendre des sûretés (personnelles ou réelles) pour garantir

l'exécution de l'accord. Ajoutons à cela le fait que l'octroi de délais et remises de la part du banquier peut être subordonné à des clauses pouvant figurer dans le règlement amiable.

Outre le pouvoir de prendre des sûretés pour garantir l'exécution de l'accord, le banquier peut également exiger la présence dans l'accord de la clause de retour à meilleure fortune et également subordonner l'octroi des délais et remises à des conditions résolutoires ou suspensives. Comme on peut le constater, le banquier est entouré de plusieurs prérogatives légales et contractuelles, et a un grand intérêt à participer au règlement amiable. En participant, le banquier va devoir devancer et négocier les délais et remises qui lui auraient été imposés dans un redressement judiciaire.

Il pourra ainsi garder une certaine maîtrise dans l'élaboration, la mise en place et le suivi du plan de redressement. De plus, le banquier aura également un avantage psychologique en participant au règlement amiable. Il sera en effet difficile de lui reprocher, d'avoir de par son intransigeance, hypothéqué les chances de redressement de l'entreprise et provoqué sa chute. Malgré les avantages qu'offre le règlement amiable, et les garanties offertes aux banquiers dans ce cadre, on remarque sur le plan pratique une certaine réticence des banques à participer au règlement amiable.

Plusieurs raisons peuvent expliquer cet engouement pour le règlement amiable. On peut citer dans ce cadre le déclenchement tardif de la procédure de règlement amiable : dans les petites et moyennes entreprises, le plus souvent les dirigeants saisissent tardivement le président du tribunal de commerce pour solliciter le bénéfice d'un règlement amiable. Or, c'est une procédure de prévention et les chefs d'entreprise ne cherchent pas à prévenir mais plutôt à guérir une cessation des paiements déjà avérée par une procédure qui n'est pas la procédure adéquate. Ils attendent le dernier moment pour déposer leur demande de règlement amiable.

Dans ce cadre, et par sa participation au règlement amiable, le banquier peut se voir reprocher d'avoir, par sa négligence ou calcul, abusivement soutenu le débiteur, lui permettant de poursuivre son activité en dépit de la cessation des paiements. D'où l'aggravation de sa situation. Cette méconnaissance de la loi par les chefs d'entreprise, cette peur d'engager sa responsabilité par le banquier crée une relation tendue entre les deux. Autrement dit, il y a une certaine rupture de confiance entre la banque et l'entreprise en difficulté.

3. MESURES DE GESTION DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE : SORTIE DE CRISE

Le traitement d'une défaillance dépend très largement des premières mesures prises par le dirigeant d'une entreprise. La première décision est de bien s'entourer de professionnels spécialisés qui vont l'accompagner dans la définition et la mise en œuvre des modalités de sortie de crise (procédure amiable ou liquidation judiciaire).

Après avoir choisi, le cadre de sortie de crise, le dirigeant doit réaliser un diagnostic de la situation de l'entreprise pour connaître les origines de ses difficultés et analyser sa situation financière. Pour ce faire, il doit constituer une cellule de gestion de crise dont le rôle est d'établir un diagnostic approfondi de la situation et définir en urgence un plan d'action.

A travers cette cellule, l'entreprise doit fournir beaucoup d'efforts, et ce en préparant un plan d'affaires comportant une partie qualitative (stratégie, organisation, actions) et une partie financière (compte de résultats, plan de financement) en vue d'assurer une transparence des états financiers, afin de convaincre, du potentiel de l'entreprise toutes les parties prenantes, en l'occurrence la banque.

3.1. Stratégie de gestion des difficultés de l'entreprise par la banque

Dès l'apparition des signes de difficultés de l'entreprise, à travers les indicateurs d'alerte des défauts de remboursement (mouvement faible, apparition des impayés, dépassement sur le compte), la banque entame les discussions avec le client pour la recherche de solutions à sa dette. Dans ce cas de figure les scénarios envisageables, se présentent comme suit :

- La restructuration de la dette, en l'étalant dans le temps ;
- Le rééchelonnement de la créance, en vue d'alléger la charge de remboursement ;
- La prise de participation (entrée en capital), simulables à l'achat de créance.

De manière globale, le recouvrement des créances par voie judiciaire est l'étape ultime pour les banques pour la récupération des créances difficiles, bien entendu après avoir tenté avec l'entreprise toutes les démarches de recouvrement à l'amiable.

3.2. Mesures d'ordre général de gestion des difficultés

Si la transformation de la nature de la relation entre banque et entreprises est nécessaire, elle doit être opérée dans le cadre d'une démarche globale qui prépare les conditions de mise en place d'une relation de

confiance durable entre prêteur et emprunteur. Dans ce cadre, pour aider les entreprises à traverser la crise et soutenir leur activité, les pouvoirs publics ont pris plusieurs initiatives visant à éviter la rupture de confiance au niveau de la relation banque-entreprise dont les conséquences seraient nuisibles pour l'ensemble de l'économie.

La mise en place d'un centre de médiation bancaire et le renforcement des moyens des acteurs financiers dans le cadre du plan de relance s'inscrivent clairement dans cet objectif. En contrepartie du soutien public, les banques ont pris des engagements en matière de distribution du crédit. Des mesures d'inclusion financières pour les entreprises ont également été adoptées, en vue de faciliter l'accès des PME au crédit et un observatoire sur l'entreprise a été créé.

En effet, à côté des mesures présentées par la banque à l'égard d'une entreprise en difficulté, il existe aussi celles prises en commun (banques et pouvoirs publics), notamment la Caisse Centrale de Garantie, tel que :

- DAMANE ISTIMRAR (garantie des crédits de consolidation des dettes au titre des crédits d'investissement et d'exploitation) pour les entreprises qui connaissent des difficultés.

- Fonds¹ de Soutien financier des Très petites et Moyennes Entreprises (TPME), destiné au cofinancement de dettes de l'entreprise avec la banque et ce pour les TPME viables mais connaissant des difficultés passagères en raison d'une conjoncture difficile.

Par ailleurs, la promotion de l'inclusion financière, constitue une composante importante de la stratégie de développement intégrée du secteur financier marocain à horizon 2020. Dans ce cadre, la Banque centrale marocaine a œuvré pour l'amélioration de l'accès des TPME au financement bancaire. D'autres mesures ont été également prises pour renforcer la gouvernance et la transparence financière des entreprises notamment à travers la mise en place du crédit bureau² et la standardisation des éléments minimums d'information à fournir par celles-ci dans le cadre d'une demande de crédit.

¹ Financement conjoint avec les banques des projets de restructuration des Très Petites, Petites et Moyennes Entreprises « TPME », dont la gestion a été confiée à la caisse centrale de garantie.

² Créé en 2009 sous l'initiative de Bank Al-Maghrib, le crédit bureau a pour mission la centralisation des informations positives et négatives afférentes aux prêts consentis aux personnes physiques et morales.

Aussi, en vue de permettre aux entreprises et établissements bancaires l'accès aux informations financières et économiques, la banque centrale marocaine a mis en place l'observatoire de la TPME.

Pour que le développement de l'inclusion financière se fasse sur des bases saines et équilibrées, la Banque centrale marocaine a veillé à consolider les dispositifs de protection de la clientèle des établissements de crédit. A cet égard, elle a engagé, avec le système bancaire, une réflexion approfondie sur le dispositif de médiation bancaire en vue de renforcer ses moyens et élargir ses compétences, ce qui a abouti à la création d'un centre de médiation bancaire, opérationnel depuis début 2014. Il s'agit d'un centre de médiation indépendant des établissements de crédit, et qui a pour objectif la facilitation du règlement des différends entre les établissements et leur clientèle.

Toujours dans cette démarche globale qui prépare les mesures de sortie de crise des entreprises, une profonde modification du droit des entreprises en difficulté est en cours au Maroc. L'objectif est de mettre en place une procédure équilibrée qui puisse garantir les droits corollaire des débiteurs et des créanciers des entreprises en difficulté.

3.3. Recommandations pour l'amélioration de la relation banque –entreprise en difficulté.

Afin de faire face aux difficultés qui persistent dans les relations banques-entreprises et pour développer une relation gagnant-gagnant entre les deux parties, un ensemble de mesures peuvent être proposés à ce sujet :

- Les banques sont appelées à mettre en place un département spécifique chargé des affaires des PME, dirigé par des cadres professionnels avec une bonne connaissance des techniques bancaires et de la situation spécifique des TPME marocaines, pour mieux gérer leurs relations avec les entreprises.
- Les modalités de décision quant à l'octroi de crédit diffèrent d'une banque à une autre. Ce qui ne reste pas sans influence sur l'entreprise. Il serait très intéressant que les banques puissent uniformiser les méthodes de traitement des dossiers de crédit.
- Le partage d'une information de qualité entre les deux parties pour réduire les asymétries de l'information, en particulier l'amélioration de la disponibilité de l'information sur le crédit à travers le bureau de crédit.
- La création d'une banque publique d'investissement qui agira spécifiquement auprès des PME marocaines et permettra de les soutenir en matière de financement.

-La politique monétaire marocaine est à revoir, tout en orientant les fonds avancés aux banques en faveur du financement de l'économie, en particulier, par le refinancement des PME marocaines créatrices de valeurs ajoutées.

Conclusion

L'objectif de ce papier est de mettre en lumière les facteurs responsables de la défaillance des PME marocaines, en l'occurrence ceux provoquant la rupture de confiance avec les banques.

Au Maroc, l'environnement externe des PME marocaines apparaît comme source de menaces et de contraintes pour elles. L'aspect financier de la défaillance des PME n'est pas la conséquence exclusive de la présence de l'échec de celles-ci, mais c'est le résultat de l'interaction réciproque entre l'ensemble de ses aspects. Si la transformation de la nature de la relation entre banque et entreprises est nécessaire, elle doit être opérée dans le cadre d'une démarche globale qui prépare les conditions de mise en place d'une relation de confiance pérenne entre prêteur et emprunteur.

Nos résultats montrent que la sortie de crise se décline en deux axes :

Le premier axe est issu des aspects financiers. La recherche d'une relation de confiance pérenne banque-entreprise nécessite une plus grande transparence entre les deux parties.

Il faut que la frilosité des banques se transforme en un accompagnement du développement de la PME pour éviter une situation de difficulté.

Afin que la relation de confiance banque-entreprise, soit une relation gagnant-gagnant, il faut qu'elle dispose de garanties à présenter auprès de la banque et ces garanties peuvent être fournies par les entreprises elles-mêmes, les organismes de garantie, des pouvoirs publics ou de l'ensemble de ces parties.

Le second axe résulte d'un dispositif d'accompagnement global des PME. Il s'agit de l'ensemble des mesures et structures d'accompagnement destinées à dépasser et à combler les multiples difficultés dont l'entreprise est confrontée.

Pour ce faire, l'accompagnement doit relever d'une démarche globale et cohérente, qui suppose de favoriser un écosystème de PME qui nécessite l'adhésion totale de ces entreprises, compte tenu de leurs caractéristiques, de leurs besoins et des moyens propres dont elles disposent. L'implication de ces dernières permet non seulement de mettre en lumière leurs facteurs de succès mais aussi d'anticiper et de maîtriser les situations de crise.

Le Droit A La Sécurité Et Ses Implications Dans La Constitution Marocaine

Khalid EL ANTRI,

Doctorant en droit public

Noura BOUTAYEB,

Professeur à la FSJES Mohammedia

Introduction

Le droit à la sécurité¹ est considéré non seulement le premier des droits de l'homme mais il est également « la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international. ». Il est proclamé par tous les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'Homme².

En effet, l'Etat a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens.

Par contre, nous assistons de plus en plus à une montée en puissance des menaces à la sécurité des citoyens sous plusieurs formes et à des degrés de dangerosité sans cesse croissants.

La question qui doit être posée, à cet effet, est de savoir est ce que nous pouvons parler d'un droit fondamental³ à la sécurité ? En d'autres mots, il s'agit de s'interroger sur l'existence d'un droit

¹ Dans le cadre de cet article, il faudra considérer, la sécurité comme celle des personnes et des biens. Pourtant s'en tenir à cette définition est encore insuffisant. Il faut dire aussi que sera seule retenue la mise en jeu de la sécurité des personnes et des biens résultant d'une menace à la collectivité et non d'un risque. Cette distinction entre menace et risque repose sur le caractère intentionnel ou non de l'atteinte qui est portée. A titre d'illustration, alors que les attaques terroristes révèlent un caractère intentionnel, les crises sanitaires ou écologiques telles que la grippe aviaire ou encore un tremblement de terre en sont bien évidemment dépourvues et seront, par conséquent, exclues du champ de cette analyse.

² La cour européenne des droits de l'homme, après avoir affirmé que le droit à la vie est l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, a souligné le caractère sacré de la vie protégé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³ Concernant le concept de « droit fondamental », force est de reconnaître qu'il n'existe pas de définition unanimement partagée par la doctrine. Si une chose semble acquise, c'est celle de « la substitution progressive du concept de droit fondamental à celui de liberté publique ».

Au-delà d'une approche comparative entre droit fondamental et liberté publique, il convient de préciser que, dans le cadre de ce travail, un droit sera considéré comme fondamental, d'une part, s'il est « protégé(s) par des normes constitutionnelles ou (et) internationales » et, d'autre part, s'il présente les caractères d'un droit subjectif.

constitutionnellement ou conventionnellement reconnu pour les individus d'exiger de l'Etat une protection de leur propre personne et de leurs biens contre les atteintes résultant de menaces.

De prime abord, il s'avère qu'il existe au sens juridique « un droit fondamental à la sécurité » et que la sécurité se présente bien comme un devoir de l'Etat(I). Ceci dit, cette obligation pour l'Etat d'assurer la sécurité des personnes et des biens, ne demeure pas une tâche aisée à démontrer. (II). Pour bien répondre à ces questions, il est proposé, alors, le plan suivant :

I/ la sécurité comme droit fondamental

1/ Dispositions constitutionnelles relatives aux droits à la sécurité

2/ La constitutionnalisation de la gouvernance sécuritaire

II/ Les implications de la constitutionnalisation du droit à la sécurité

1/La constitutionnalisation de la sécurité : Une obligation pour l'Etat ?

2/ La sécurité : une finalité forcée de l'Etat

D'une manière générale, nous pouvons considérer qu'un droit fondamental désigne « un droit subjectif de valeur constitutionnelle ou conventionnelle qui s'accompagne d'un mécanisme de contrôle juridictionnel lui permettant de produire ses effets à l'encontre des normes inférieures³ ». Si le nous admettons, pour les besoins de l'analyse, d'obombrer un instant la question étudiée précédemment, c'est-à-dire celle d'un fondement supralégislatif au droit à la sécurité, c'est l'éventuelle existence d'un droit subjectif qui nous retiendra.

Un droit est subjectif à partir du moment où pour « un bénéficiaire donné (...) » il crée une « permission à laquelle répondent des obligations correspondantes de la part de destinataires appropriés »

Au-delà d'une approche comparative entre droit fondamental et liberté publique, il convient de préciser que, dans le cadre de ce travail, un droit sera considéré comme fondamental, d'une part, s'il est « protégé(s) par des normes constitutionnelles ou (et) internationales » et, d'autre part, s'il présente les caractères d'un droit subjectif.

I/ la sécurité comme droit fondamental

La quête de l'existence d'un « droit fondamental à la sécurité » requiert l'examen successif des normes supérieures de notre législation. Autrement, il faudra s'intéresser à la question de savoir si le droit à la sécurité bénéficie d'une assise supralégislative.

Une norme est dite « de droit fondamental » lorsque son rang dans la hiérarchie des normes est supralégislatif. Le caractère "fondamental" de la sécurité résulte essentiellement de sa qualité intrinsèque qui est d'être un devoir absolu au pouvoir. D'ailleurs, sécurité a historiquement toujours été conçue comme une fonction étatique régaliennne.

En effet, le droit à la sécurité a été consacré à plusieurs reprises dans la constitution marocaine particulièrement dans les articles 20¹, 21², 22³, 23⁴ et 24⁵. Or, si l'on entend par « droits fondamentaux » « une protection à un niveau supralégislatif (notamment constitutionnel) des droits et libertés (...) », l'identification d'un droit fondamental à la sécurité semble compromise puisque l'affirmation par ces articles a évidemment une valeur supralégislative. Ce « droit fondamental à la sécurité » à l'instar d'autres droits tel « le droit à l'habitat » serait, « un droit fondamental ».

1/ Dispositions constitutionnelles relatives aux droits à la sécurité

Tout d'abord, l'article 20 qui constitue la référence de base, reconnaît et *"garanti à tous* à la sécurité de leur personne, de leurs proches et de leurs biens *"*.

¹ « Le droit à la vie est le droit premier de tout être humain. La loi protège ce droit ».

² « Tous ont droit à la sécurité de leur personne, de leurs proches et de leurs biens. Les pouvoirs publics assurent la sécurité des populations et du territoire national dans le respect des libertés et droits fondamentaux garantis à tous ».

³ « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité physique ou morale de quiconque, en quelque circonstance que ce soit et par quelque personne que ce soit, privée ou publique. Nul ne doit infliger à autrui, sous quelque prétexte que ce soit, des traitements cruels, inhumains, dégradants ou portant atteinte à la dignité. La pratique de la torture, sous toutes ses formes et par quiconque, est un crime puni par la loi ».

⁴ « Nul ne peut être arrêté, détenu, poursuivi ou condamné en dehors des cas et des formes prévus par la loi. La détention arbitraire ou secrète et la disparition forcée sont des crimes de la plus grande gravité et exposent leurs auteurs aux punitions les plus sévères. Toute personne détenue doit être informée immédiatement, d'une façon qui lui soit compréhensible, des motifs de sa détention et de ses droits, dont celui de garder le silence. Elle doit bénéficier, au plus tôt, d'une assistance juridique et de la possibilité de communication avec ses proches, conformément à la loi ».

⁵ « Toute personne a droit à la protection de sa vie privée. Le domicile est inviolable. Les perquisitions ne peuvent intervenir que dans les conditions et les formes prévues par la loi. Les communications privées, sous quelque forme que ce soit, sont secrètes. Seule la justice peut autoriser, dans les conditions et selon les formes prévues par la loi, l'accès à leur contenu, leur divulgation totale ou partielle ou leur invocation à la charge de quiconque. Est garantie pour tous, la liberté de circuler et de s'établir sur le territoire national, d'en sortir et d'y retourner, conformément à la loi. »

La reconnaissance constitutionnelle du droit à la sécurité concerne plusieurs dimensions. En effet, la déclaration du droit à la sécurité du citoyen observe sa personne, son moral et ses biens.

A cet effet, l'Etat doit prendre des mesures de protection matérielle et morale pour rendre effectif un tel droit. Dans ce sens, les articles 21, 22 et 23 qui en sont l'incidente fondamentale, garantissent la protection physique de la personne. Ainsi, le constituant souligne dans ce cadre que la sécurité de la personne et de leurs proches est un droit fondamental que les pouvoirs doivent assurer.

Dans le même sens, la sécurité est un acquis constitutionnel non seulement dans un sens étroit, celui de la personne, mais également dans une dimension plus large celle des populations.¹

De même l'article 22, garantit-il la sûreté individuelle dans les termes suivants *« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité physique ou morale de quiconque, en quelque circonstance que ce soit et par quelque personne que ce soit, privée ou publique. Nul ne doit infliger à autrui, sous quelque prétexte que ce soit, des traitements cruels, inhumains, dégradants ou portants atteinte à la dignité.*

Le constituant affirme que « la pratique de la torture, sous toutes ses formes et par quiconque, est un crime puni par la loi ».

Ces droits à la sécurité de la personne sont renforcés par l'inviolabilité du domicile et par la légalité des perquisitions et vérifications. L'article 23 de la constitution complète ces dispositions en interdisant la disparition forcée.

La constitutionnalisation du principe de la non-rétroactivité des lois apporte de son côté un complément indispensable à la protection de la sûreté individuelle.

La question de l'intégrité morale du citoyen est placée également parmi les priorités des aspects sécuritaires qui doivent être sauvegardées par l'Etat. Ainsi, l'article 22 stipule *qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité ...ou morale de quiconque. Quant à lui l'article 24 consacre le droit à la protection de la vie personnelle du citoyen.*

Parallèlement, la sécurité morale de la personne est garantie par la constitution lorsqu'elle déclare *que nul ne peut être arrêté, détenu, poursuivi ou condamné en dehors des cas et des formes prévus par la loi.* Dans le même ordre d'idée, il est prévu des sanctions sévères pour toute atteinte à ce droit : *La détention arbitraire ou secrète et la disparition forcée sont des crimes de la plus grande gravité et exposent leurs auteurs aux punitions les plus sévères.*

¹ Article 21 de la constitution marocaine.

Ce droit constitutionnel à la sécurité est consolidé par la répression de tout acte pouvant porter atteinte à la sécurité des personnes. Ainsi, le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et toutes les violations graves et systématiques des droits de l'Homme sont punis par la loi stipule l'article 23. Enfin, ce même article précise qu'est proscrite toute incitation au racisme, à la haine et à la violence.

L'article 24 consacre, quant à lui le droit à la sécurité. Il s'agit du droit à la protection de sa vie privée, de son domicile, de ses communications privées. *« Toute personne a droit à la protection de sa vie privée. Le domicile est inviolable. Les perquisitions ne peuvent intervenir que dans les conditions et les formes prévues par la loi. Les communications privées, sous quelque forme que ce soit, sont secrètes. Seule la justice peut autoriser, dans les conditions et selon les formes prévues par la loi, l'accès à leur contenu, leur divulgation totale ou partielle ou leur invocation à la charge de quiconque. Est garantie pour tous, la liberté de circuler et de s'établir sur le territoire national, d'en sortir et d'y retourner, conformément à la loi ».*

Dans le même sens, le principe de solidarité, institue l'égalité de tous les marocains devant les charges que nécessite la défense de la patrie ou qui résultent des calamités.

En dépit de ces dispositions, le statut constitutionnel des droits à la sécurité demeurera inachevé si toute fois, il n'évoque pas un certain nombre de principes relatifs à la *"gouvernance sécuritaire sociale"* (paragraphe suivant).

2/ La constitutionnalisation de la gouvernance sécuritaire

Néanmoins, il faut remarquer que généralement le catalogue constitutionnel de la sécurité est satisfaisant. En effet, l'essentiel des droits à sécurité est proclamé, et leur formulation est assez précise pour pouvoir servir de base à une explication législative et un contrôle juridictionnel efficace. Mais, encore faut-il se demander à quelles conditions cette proclamation constitutionnelle signifie-t-elle réellement mise à la charge de l'Etat d'obligations juridiques ? Car, en définitive l'applicabilité de ces droits dépend de la valeur des règles les proclamant.

Dans le même sillage, la gouvernance sécuritaire¹ au Maroc est un concept qui a désormais sa place dans l'architecture constitutionnelle. Il est consubstantiellement lié à ce droit à la sécurité et l'élargissement de la sphère des droits et des libertés fondamentaux.

Parallèlement, l'institutionnalisation des normes de la bonne gouvernance sécuritaire, constitue avec la concertation sur les stratégies de sécurité intérieure et extérieure du pays et la gestion des situations de

¹ Concept composite, la gouvernance sécuritaire a de multiples facettes, économique, politique, stratégique.

crises, le champ de compétence du Conseil supérieur de sécurité, crée par l'article 54¹ de la constitution. La mise en œuvre des normes de bonne gouvernance sécuritaire doit intégrer l'ensemble des dispositions de la constitution, notamment :

- Le statut des services et des forces de maintien de l'ordre est du ressort de la loi (art. 71), que la nomination des responsables des administrations chargées de la sécurité intérieure, soit faite sur proposition du chef du Gouvernement (art. 49).
- Le respect total des libertés et droits fondamentaux consacrés par le Titre II de la constitution (art. 19 à 40) ;

Par suite, il convient d'admettre que la constitutionnalisation du droit à la sécurité a une valeur réelle et une portée juridique.

Pour l'exprimer autrement le droit à la sécurité n'a pas une fonction seulement « cosmétique ». Cela révèle la volonté du législateur d'accorder à ce droit une place particulière. Il s'agit par-là de répondre à l'aspiration grandissante des citoyens à toujours plus de sécurité au moment où celle-ci constitue, plus que jamais pour eux, « un droit - et certainement un droit fondamental ».

Quoi qu'il en soit, au terme de ce premier développement, il semble l'existence d'un droit constitutionnel à la sécurité dans la mesure où l'une des conditions d'identification de ce que l'on qualifie de droit fondamental est validée.

Au-delà de la condition d'un support de rang supralégislatif, le droit à la sécurité doit se présenter « à la fois comme des garanties objectives et comme des droits subjectifs opposables à tous les pouvoirs², bénéficiant des voies et mécanismes de garantie de la primauté des normes constitutionnelles ». C'est à cette seconde condition qu'il convient de s'intéresser.

1 « Il est créé un Conseil Supérieur de Sécurité, en tant qu'instance de concertation sur les stratégies de sécurité intérieure et extérieure du pays, et de gestion des situations de crise, qui veille également à l'institutionnalisation des normes d'une bonne gouvernance sécuritaire.

Le Roi préside ce Conseil et peut déléguer au Chef du Gouvernement la présidence d'une réunion du Conseil, sur la base d'un ordre du jour déterminé.

Le Conseil Supérieur de Sécurité comprend, outre le Chef du Gouvernement, le président de la Chambre des Représentants, le président de la Chambre des Conseillers, le président-délégué du Conseil Supérieur du pouvoir Judiciaire et les ministres chargés de l'Intérieur, des Affaires étrangères, de la Justice et de l'administration de la Défense nationale, ainsi que les responsables des administrations compétentes en matière sécuritaire, des officiers supérieurs des Forces Armées Royales et toute autre personnalité dont la présence est utile aux travaux dudit Conseil.

Le règlement intérieur du Conseil fixe les règles de son organisation et de son fonctionnement. »

² Et même aux autres individus et groupes d'individus.

D'autre part, le droit à la sécurité doit s'accompagner d'un appareil d'exécution et d'un mécanisme de contrôle juridictionnel lui permettant de produire ses effets à l'encontre des autres parties prenantes. En d'autres mots, il doit créer pour tout bénéficiaire donné une « permission à laquelle répondent des obligations correspondantes de la part de destinataires appropriés ». Le droit à la sécurité tel que reconnu par le législateur doit créer un droit au profit des personnes, et les soumettre à une obligation nouvelle, de même qu'il confère à l'autorité administrative de pouvoirs dont elle dispose déjà.

De prime abord, la sécurité se présente moins comme un droit que pourrait revendiquer tout individu que comme un devoir de l'Etat. Pourtant, n'était-ce pas à l'envers de ce devoir de l'Etat d'assurer la sécurité que se révèle ce que certains qualifient de droit à la sécurité ?

La prudence est de rigueur lorsqu'il s'agit de déterminer si « un droit fondamental législatif » revêt le caractère d'un droit subjectif. En effet, alors qu'on pouvait penser « que rien ne pourrait " sortir " » de l'affirmation législative d'un droit fondamental à l'habitat, les juges, peuvent en décider autrement. ¹

II/ les implications de la constitutionnalisation du droit à la sécurité

Le droit fondamental à la sécurité tel que reconnu par le législateur doit créer un droit au profit des personnes, et les soumettre à une obligation nouvelle, de même qu'il confère à l'autorité administrative de pouvoirs dont elle dispose déjà.

De prime abord, la sécurité se présente moins comme un droit que pourrait revendiquer tout individu que comme un devoir de l'Etat.

Pourtant, n'était-ce pas à l'envers de ce devoir de l'Etat d'assurer la sécurité que se révèle ce que certains qualifient de droit à la sécurité ?

1/La constitutionnalisation de la sécurité : Une obligation pour l'Etat ?

Au vue de ce qui précède, il apparaît que la sécurité est un devoir de l'Etat où aucun manquement n'est permis. En d'autres mots, le devoir de l'Etat d'assurer la sécurité sur son territoire est saisi par le droit constitutionnel au travers d'une catégorie juridique particulière, celle des objectifs de valeur constitutionnelle.

Ainsi, très tôt dans l'histoire de la pensée politique la sécurité est considérée comme le premier devoir de l'Etat.² En effet, si « les hommes (...) ont quitté l'état de nature » et ont abandonné leur droit naturel de

¹ Par un arrêt en date du 29 novembre 1983, la 3ème Chambre civile de la Cour de Cassation de Paris, a considéré que « le droit fondamental à l'habitat, affirmé par l'article 1er de la loi du 22 juin 1982, ne concerne pas les résidences secondaires ».

² A ce titre, le modèle hobbesien pose que la « cause finale, fin ou but des humains » est d'obtenir la sécurité. En effet, pour obvier aux inconvénients de l'état de nature - bellum omnium contra omnes - « chaque individu d(oit) dire à tout individu : »

pourvoir chacun à leur propre défense, c'est sous réserve que l'Etat ne faillisse pas dans l'exécution de sa mission de gardien de leur sécurité.

Parallèlement, le principe de légitime défense permet alors aux individus de recouvrer leur droit à se défendre par eux-mêmes s'il devait arriver que l'Etat, parce qu'il « ne peut être constamment présent et disponible », se trouve empêché de satisfaire à son obligation de protection des personnes et des biens.¹ La légitime défense s'apprécie donc, non pas comme « une mesure de justice faite à soi-même, mais (comme) une mesure de police prise par l'intéressé, se substituant (...) » à la puissance publique défaillante.

Il semble donc permis de confirmer que le droit à la sécurité est " un droit à ", de même que le droit au logement, le droit au travail, etc. ». En effet, alors que dans l'hypothèse d'un objectif de valeur constitutionnelle, « le législateur n'aménage pas une créance individuelle qui serait (...) rendue opposable », dans celle d'un droit-créance, il « interv(ient) pour établir un droit à une prestation matérielle ».

Par conséquent, il peut paraître bien difficile d'établir une corrélation entre la poursuite par le législateur de ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'existence d'un droit subjectif à la sécurité, et ce, pour deux raisons principales.

D'une part, les normes constitutionnelles ne possèdent pas une obligation de résultat incombant à l'Etat. Autrement dit, même si le législateur a défini le devoir de garantir la sécurité des personnes et des biens, l'Etat dispose d'une marge d'appréciation quant à sa mise en œuvre. Les valeurs constitutionnelle agissent comme un guide qui fixe les orientations et les priorités à réaliser et ne prescrivent pas au législateur une obligation d'agir dans un sens prédéterminé

D'autre part, il n'existe pas au sein de notre ordre juridique de voies de droit permettant de contraindre le législateur à agir pour garantir la sécurité des personnes et des biens.

En effet, le caractère préventif du contrôle marocain de constitutionnalité des lois se révèle incapable de sanctionner l'inertie du législateur. A cet effet, nous devons signaler que le conseil constitutionnel n'a qu'une compétence d'attribution, et celle qui lui est attribuée, en l'espèce, consiste à se prononcer seulement sur un texte et non sur une absence de texte. Ceci dit, est ce que nous pouvons concevoir un Etat qui s'abstient de poursuivre la sécurité dans son territoire (paragraphe 2)

j'autorise cet homme ou cette assemblée d'hommes, et je lui abandonne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu lui abandonnes ton droit et autorises toutes ses actions de la même manière " ».

¹ « Le droit concède au particulier menacé, ou témoin d'un péril, la prérogative de défense de son intérêt, lorsque l'on relève l'inaptitude de l'autorité publique à intervenir à ce moment »

2/ La sécurité : une finalité forcée de l'Etat

Dans un contexte « d'obsession » sécuritaire¹ marqué par la persistance de la menace terroriste, on voit se développer une inflation de lois² destinées soit à prévenir soit à mieux répondre à une éventuelle atteinte à la sécurité de la collectivité.

Cependant, même si l'Etat n'est pas tenu d'une obligation de résultat envers les citoyens, le développement d'un sentiment d'insécurité, et l'intolérance de plus en plus forte des individus à l'endroit de ces menaces à leur sécurité, font peser sur le pouvoir une contrainte de réagir, voire d'agir, pour anticiper une éventuelle atteinte à la collectivité.

L'Etat est obligé de garantir la sécurité de la collectivité par des mesures répressives mais aussi, et surtout, par des mesures préventives, l'Etat étant dans l'obligation de « se tenir prêt »³.

Eu égard du principe de prévention, l'Etat prend toutes les mesures susceptibles d'éviter, autant que faire se peut, toute atteinte à la collectivité, comme si une obligation de sécurité, non exclusive mais générale, pesait sur l'Etat.

Ainsi, « le précepte libéral d'antan ; " dans le doute, abstiens-toi " », semble le céder progressivement à « une règle interventionniste nouvelle " dans le doute, agis comme si le risque était avéré " ». La multiplication de tout un arsenal législatif destiné, sous couvert de garantir constamment davantage de sécurité, à renforcer les pouvoirs policiers, se fut constatée.

Toujours est-il que cette obligation de garantir la sécurité si elle a du mal à se « juridiciser » au niveau législatif, trouve en revanche à s'exprimer de façon plus concrète en matière administrative. En effet, le législateur n'est pas le seul en charge de garantir la sécurité de la collectivité. L'administration a également le devoir de pourvoir à cette fin.

Dans cette perspective, elle doit s'abstenir d'intervenir pour faire cesser un trouble lorsque son intervention aurait pour effet d'aggraver le désordre.⁴ En sens inverse, l'administration peut se trouver obligée d'intervenir ; à défaut son inaction est fautive.

¹ Que certains n'hésitent pas à qualifier de « frénésie », de « décadence » ou même « d'horreur sécuritaire(s) »,

² La loi antiterroriste : Bulletin Officiel n° 5114 du Jeudi 5 Juin 2003 Dahir n° 1-03-140 du 26 rabii I 1424 (28 mai 2003) portant promulgation de la loi n° 03-03 relative à la lutte contre le terrorisme.

³ Pour reprendre le mot d'ordre de M. Nicolas SARKOZY, alors Ex président de la république française.

⁴ Comment ne pas rappeler le célèbre arrêt Couitéas du 30 novembre 1923 où il est jugé que si « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la forme exécutoire est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du

Aussi, l'existence d' « un droit fondamental à la sécurité » signifiera l'émergence d'un « nouvel ordre de protection de la collectivité » fondé sur plus de sécurité. Cependant, pour l'identification d'un droit subjectif à la sécurité à travers l'obligation à l'Etat de prendre les dispositions nécessaires pour garantir la protection des personnes et des biens, les choix très largement discrétionnaires de cette dernière en la matière conduisent à y renoncer.

Au travers cette analyse, nous pouvons admettre que s'il existe un droit subjectif à la sécurité permettant aux administrés d'engager la responsabilité de l'administration, celui-ci est limité puisqu'il n'a vocation à s'appliquer que lorsque la carence ou la négligence de l'autorité est établie. Alors qu'une telle entreprise n'est pas toujours aisée à démontrer.

Cependant, est ce que nous ne pouvons pas considérer que les mécanismes d'indemnisation des victimes au nom de la solidarité nationale¹ lors d'un avènement d'une menace à la sécurité ne constituent pas une reconnaissance de la part de l'Etat d'une sorte de droit subjectif à la sécurité au travers

Doit-on en comprendre que faute de pouvoir assurer en tout temps et en tout lieu la sécurité des personnes et des biens, les victimes peuvent utilement invoquer une sorte de droit subjectif à la sécurité via l'obligation de réparation qui incomberait à un Etat devenu un « assureur de droit commun »?

Alors qu'en jurisprudence, la réponse est très claire. Parmi les droits et libertés reconnus, ne figure aucun droit à la solidarité nationale au profit des personnes victimes d'infractions pénales ».

Conclusion

Lors de cette étude, il a été proposé de se dégager de l'affirmation législative concernant la fundamentalité du droit à la sécurité. C'est-à-dire s'interroger sur l'existence d'une norme supralégislative relative au droit à la sécurité et étudier ensuite les conséquences qui en découlent.

L'entreprise s'est avérée peu aisée. En effet, la revue du corps législatif marocain, fait démontrer qu'un droit à la sécurité pourrait être le plus aisément identifié. Cependant l'existence d'un droit subjectif à la sécurité est encore trop peu certaine.

Par ailleurs, ce droit à la sécurité est peut être salutaire pour les libertés car il importe de toujours veiller à ce que « les pouvoirs de police s'inscrivent (...) sans ambiguïté dans une conception libérale de l'action publique » où il ne s'agit pas de garantir la sécurité pour elle-même mais pour les besoins de la collectivité.

titre qui lui a ainsi été délivré (...) », le gouvernement a quant à lui, « le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité ».

¹ Le Maroc présente un soutien non conditionné au profit des victimes des attentats terroristes.

Le Travail D'intérêt Général En Droit Marocain : Une Nouvelle Alternative A L'incarcération.

SANAA DAHBI

Doctorante à la FSJESM

Nul ne peut contester que tout développement économique et social demeure inconcevable en l'absence d'une vision édifiante des droits de l'homme dans une société où les deux concepts se renforcent mutuellement.

Le débat national sur la justice s'inscrit dans cette logique, il a été marqué par une consultation d'ampleur des acteurs de la société civile visant à imprégner l'ensemble des textes par un maximum de concertation afin d'identifier les contraintes qui entravent la pleine jouissance des citoyens de leurs droits, et de réfléchir ensemble aux moyens de les surmonter.

Le droit pénal a vocation donc à poser les limites de l'interdit, la procédure pénale en trace les mécanismes, c'est le trait d'union qui lie l'infraction à la peine, elle détermine les règles de fonctionnement des juridictions répressives et du déroulement du procès pénal¹, La commission d'un crime est suffisamment grave pour porter une atteinte considérable au contrat social et un trouble à l'ordre public. « Le procès pénal donne l'exacte mesure de la liberté individuelle »².

C'est dans cette optique, que le chantier de la réforme pénale apparaît comme étant l'un des axes de développement les plus prioritaires, les plus urgents permettant la mise en œuvre des engagements internationaux pris afin de d'asseoir les bases d'une politique pénale respectueuse des droits de l'homme.

La philosophie des avants projets se veut innovante, cette donne tient en plusieurs points : un souci de cohérence et de coordination, un souci de lisibilité et de transparence, un souci de continuité et d'innovation, elle se caractérise par une grande formalisation des grandes règles de la procédure pénale et ce via l'atténuation du caractère secret et non contradictoire de l'information et de l'instruction. En effet, durant cette phase du procès, le caractère inquisitoire est largement prépondérant car en étroite relation

¹ J. Larguier – Droit pénal général et procédure pénale – Editions Mémentos DALLOZ 1970 – Page 108.

² Robert Badinter – Libertés, réflexions du comité pour une charte des libertés – Editions Gallimard 1976 – Page 253.

avec les exigences d'entourer la recherche et la présentation des preuves par le caractère secret¹, le législateur est alors intervenu afin d'entourer cette étape des garanties nécessaires à l'investigation.

Le texte tend à intégrer les expériences tirées de plusieurs législations et des évolutions jurisprudentielles, il s'agit en somme d'une modernisation aussi nécessaire que pressante. Toujours dans le cadre des classifications, le législateur opère une distinction entre les peines principales², les peines alternatives et les peines accessoires³.

Le législateur a prévu l'introduction des peines alternatives dans la législation marocaine, il s'agit notamment de jours-amende et de Inspiré à l'origine du « Community service order » applicable dans les pays anglo-saxons, le travail d'intérêt général va être introduit dans notre droit par les articles 35-1 à 35-15 de l'avant projet du code pénal et les articles 647-1 à 647-7 de l'avant projet du code de procédure pénale.

Notre contribution vise à de cerner les potentialités innovatrices tirées des enseignements des expériences passées dans le traitement d'un texte de la taille du texte de procédure pénale et du code pénal touchant les droits de l'homme qui constitue aujourd'hui la pierre angulaire de la démocratie.

Nous examinerons successivement dans une première partie les objectifs liés à l'introduction de cette peine dans notre législation, alors que nous consacrerons la seconde partie à l'examen des conditions et de la procédure de mise en œuvre de cette peine .

Partie I – La philosophie liée à l'introduction de la peine alternative de travail d'intérêt général en droit marocain.

Le dispositif juridique pénal marocain est marqué par la domination de la privation de liberté sous ses diverses formes (détention préventive⁴ - garde à vue - placement - détention ...), la politique

¹ Michel Franchimont, Ann Jacobs et Adrien Masset Manuel de procédure pénale — 3ème édition - Larcier 2009- Page 1037.

² Les peines principales se suffisent à elles même et peuvent se prononcer à elles seules, il s'agit essentiellement de la peine de mort, de la réclusion perpétuelle, des peines privatives de liberté et des amendes. Elles font l'objet des articles 15 à 35 de l'avant projet du code pénal

³ Les peines complémentaires sont prononcées en sus des peines principales, leur existence est tributaire du prononcé de ces dernières, le législateur les examine dans les articles 36 à 48-4 de l'avant projet du code pénal.

⁴ Le recours accru à la détention arbitraire fait courir au justiciable des risques d'atteinte au principe fondamental de la présomption d'innocence, normalement le recours à la détention devrait constituer l'exception et non le principe, les statistiques sont alarmantes, les détenus à titre préventif représentent 11753 soit un taux de 42,50% de l'ensemble des détenus. La sensibilisation des juges (Ministère public et magistrats du siège) sur les implications d'une détention arbitraire demeure à cet égard l'un des moyens efficaces pour lutter contre le surpeuplement carcéral.

criminelle marocaine souffre de l'absence des peines alternatives à l'enfermement car elle a toujours fait de la peine prison la sanction de référence. Cette réaction au phénomène criminel a été depuis longtemps dépassée par plusieurs systèmes juridiques voisins et elle ne cesse de prouver la défaillance de ses résultats.

Cette politique a mené à une inflation carcérale sans précédent accompagnée d'une fuite en avant dans la construction des prisons dont les retombées n'ont servi qu'à instituer les bases d'une politique pénale aussi coûteuse qu'inefficace, sans réussir à dépasser l'hégémonie de la sanction carcérale. Le besoin d'une réforme est d'autant plus nécessaire que pressant.

Chapitre I : Les limites de la peine prison

Dans son célèbre ouvrage « Dés délits et des peines », César Beccaria trace les bases de la nécessité d'humaniser la peine infligée à l'Homme en ces termes : « La morale politique ne peut procurer à la société aucun avantage durable, si elle n'est fondée sur les sentiments ineffaçables du cœur de l'homme. Toute loi qui ne sera pas établie sur cette base rencontrera toujours une résistance à laquelle elle sera contrainteconsultons donc le cœur humain, les principes fondamentaux du droit de punir »¹.

La conciliation entre les impératifs de défense de la collectivité et le respect de la liberté des individus au sein de cette collectivité demeure une tâche très sensible à respecter dans le milieu carcéral. C'est justement ce point d'équilibre que toute législation respectueuse des droits humains et de ses normes constitutionnelles² serait fière de réaliser.

Section 1 : L'inflation carcérale

La problématique carcérale dépasse de très loin les murs de la prison pour mettre l'accent sur divers problèmes dont la densité carcérale qui connaît des taux extrêmement élevés. Le premier déterminant des entrées et des sorties de détention est la politique pénale qui oriente le choix et la fréquence des mesures de sûreté, des poursuites, des peines et des modalités d'exécution des peines.

Certes, l'augmentation des capacités d'accueil des établissements pénitentiaires existants par le recours à la construction de nouvelles prisons ne peut à elle seule solutionner la crise que connaît les prisons marocaines. Le problème doit être solutionné via d'autres canaux, réformes et mesures touchant la politique pénale dans sa globalité, c'est la raison pour laquelle l'approche de la peine d'emprisonnement

¹ Cesare Beccaria — Des délits et des peines — Edition Paris 1822 — Page 7.

² Voir l'article 23 de la constitution marocaine de 2011 : « Toute personne détenue jouit de droits fondamentaux et de conditions de détention humaines. Elle peut bénéficier de programmes de formation et de réinsertion »

en tant que mesure de contrainte a été remise en cause par le législateur et ce via l'introduction des peines alternatives à l'incarcération et l'institution d'un système effectif d'aménagement des peines.

La radiographie de l'univers carcéral Marocain réalisée par l'observatoire Marocain des prisons¹ dévoile l'échec de la peine prison, Les statistiques fournies par l'OMDP, montrent l'ampleur que représente le problème de l'inflation carcérale, c'est ainsi que le nombre des détenus a atteint en décembre 2014 un niveau historique, il s'élève à 74941 détenus sachant que le nombre des détenus en 2009 était de 59212 soit une augmentation de 17378 détenus, le nombre des femmes détenues est de 1719 elles représentent 2,29 % de l'ensemble de la population carcérale, les mineurs représentent 2,02% soit une population qui s'élève à 1517 et les étrangers atteignent les 1008 étrangers soit 1,34% de l'ensemble de la population carcérale².

Section 2 : Les conditions de détention

Il n'est pas à rappeler la difficulté que représente la privation de liberté assorti à l'isolement des liens sociaux et familiaux jumelée à la difficulté de s'adapter à un milieu assez normé conçu selon un mode extrêmement sécuritaire³.

De même, il est à souligner qu'hormis la classification basée sur la distinction Hommes /Femmes et majeurs /mineurs, l'administration pénitentiaire n'opère aucune classification qui prend en compte certains critères tels la distinction entre prévenus et condamnés, récidivistes et primaires ou encore des classifications basées sur la nature de l'infraction pénale commise afin d'éviter que le monde carcéral ne deviennent une nouvelle machine de production de crime.

Le rapport des détenus entre eux se complique alors par la configuration des lieux⁴ et par le mélange de populations d'origine extrêmement variée.

¹ Le rapport de l'OMDP rendu public en date du 28 Juillet 2015 a révélé les conditions inhumaines dans lesquelles s'exécutent la détention et les dysfonctionnements concernant les délais de traitement des plaintes des détenus par l'administration pénitentiaire. La révision de la peine prison à la lumière des données précitées est devenue une nécessité impérieuse car elle est devenue incompatible avec le respect des engagements internationaux pris par le Maroc en matière de respect des droits de l'homme.

² Les prisons : La question, le sort...- Rapport annuel de l'observatoire marocain des prisons relatif à l'année 2014.

³ APERI - Association pour les personnes en voie de réinsertion – Idées reçues : la prison – Editions le cavalier bleu 2001 - Page 48.

⁴ Les dates de construction des établissements pénitentiaires parlent d'elles même, mais le problème ne réside pas seulement dans l'ancienneté de lieux d'enfermement mais dans le défaut d'entretien de certains d'entre eux. Outre la vétusté, la dureté des conditions de détention qui découle souvent de la difficulté de gérer la vie quotidienne de la communauté pénitentiaire qui peut constituer un véritable parcours de combattant.

Outre les conséquences de l'inflation carcérale sur les conditions de détention, l'entassement dans un espace cellulaire réduit représente un facteur de création de tensions et de violences aussi bien entre les codétenus qu'entre les détenus et les surveillants. L'amplification de la violence au sein du milieu carcéral constitue généralement un prétexte qui justifie l'usage accru aux sanctions disciplinaires à l'encontre de la population carcérale¹.

Il est à souligner que l'administration pénitentiaire marocaine mène dernièrement une véritable réflexion sur l'ensemble des aspects de l'univers carcéral en collaboration avec les différents intéressés à la question pénitentiaire notamment le conseil national des droits de l'homme et l'observatoire Marocain des prisons², elle a organisé plusieurs colloques et journées d'études traitant de la question carcérale³ afin d'en dégager une véritable réforme impliquant le personnel pénitentiaire en délimitant avec exactitude les lignes juridiques directrices de la politique pénitentiaire dans le respect de la dignité et des droits des prisonniers dans l'esprit d'harmoniser les textes avec la pratique carcérale⁴.

Aussi, le redressement de cette situation passe obligatoirement par l'adoption d'une réforme juridique et judiciaire du droit pénal qui doit apporter les réponses adéquates aux grandes questions abordées par le dialogue national sur la réforme de la justice dont les pistes de réflexion se rapportent au respect de la dignité humaine au sein du milieu carcéral et au développement des alternatives à l'incarcération.

Chapitre II : La peine de travail d'intérêt général : Donner un nouveau sens à la sanction pénale.

Afin d'atteindre le résultat escompté et l'efficacité souhaitée pour garantir la paix à laquelle toute société aspire, la peine doit être non seulement une source d'intimidation mais elle doit également

¹ Les sanctions disciplinaires prévues par la loi 23/98 sont très variées allant jusqu'à la mise en cellule disciplinaire qui constitue l'ultimatum. Certes, dans certains cas, cette mesure paraît indispensable afin de garantir la sécurité au sein de l'établissement pénitentiaire, il s'agit notamment des cas où il faudrait séparer les détenus pour une période bien déterminée afin de neutraliser la violence exercée par ces derniers en les séparant de la communauté pénitentiaire. Certes, cette mise à l'écart sert dans l'immédiat à garantir le maintien de l'ordre au sein de l'établissement dans l'immédiat mais les conséquences de cette détention produisent des effets préjudiciables sur le détenu aussi bien à court qu'à long terme conduisant à la détérioration de ses facultés mentales et sociales.

² L'observatoire marocain des prisons est une organisation non gouvernementale créée à l'initiative des militants des droits de l'homme pour protéger et promouvoir les droits des détenus. Il joue le rôle d'observatoire des conditions pénitentiaires au Maroc.

³ Voir à cet effet les travaux de la journée d'étude organisée par la délégation générale à l'administration pénitentiaire et à la réinsertion sous le thème «Espace carcéral : Exigences sécuritaires et engagements de réinsertion» qui a eu lieu le 10 juin 2015 à l'université internationale de Rabat.

⁴ Travaux des journées d'études organisées par la délégation générale à l'administration pénitentiaire et à la réinsertion qui ont eu lieu à Rabat le 19 et 20 octobre 2015.

engendrer la réforme. La première fonction est certes d'une importance capitale car le respect des lois est une garantie de sécurité pour la société. La seconde l'est au même titre si elle ne l'est pas d'avantage car il est important pour la société de ne pas faire l'objet d'une nouvelle violation des lois par le même coupable. Là où la crainte a fait faillite, la réforme peut avoir toutes les chances de réussir, le but légitime en est de produire le minimum de récidivistes¹.

Section 1 : La peine du travail d'intérêt général comme moyen de resocialisation des condamnés et de lutte contre la récidive.

Certes, le condamné a enfreint la loi et les normes, il n'en reste pas moins un membre de la société et le laisser réparer et restaurer sa faute au sein du même tissu social est la réponse adéquate à offrir à cette transgression de l'ordre social².

Le travail d'intérêt général constitue une réponse pénale à l'infraction permettant au tribunal de disposer d'une alternative à la peine d'emprisonnement de courte durée, dans une optique réparatrice et socialisante qui contribue à préserver l'insertion sociale et professionnelle de la personne condamnée tout en prenant en considération sa personnalité et la nature des faits qui lui sont reprochés.

L'exécution de la peine alternative du travail d'intérêt général tend ainsi à la réalisation de plusieurs finalités :

Elle permet de sanctionner le condamné en lui faisant effectuer une activité au profit de la société dans une démarche réparatrice, tout en lui laissant la possibilité d'assumer ses responsabilités familiales, sociales et professionnelles. Elle vise également à favoriser l'insertion sociale notamment des plus jeunes par son caractère formateur étant donné que le bénéfice de cette peine est également ouvert aux jeunes délinquants âgés de 15ans sous le contrôle et l'observation du juge des mineurs permettant ainsi sa réinsertion dans les meilleures conditions tout en observant les dispositions du code de travail applicable pour les mineurs en la matière (Article 482 de l'avant projet du CPP).

Section 2 : Moyen d'implication des acteurs de la société civile

L'expérience de TIG comme moyen efficace de resocialisation du condamné et de prévention de la récidive ne peut réussir que lorsque l'organisme d'accueil est un espace d'échange et de rencontre

¹ Isidore Alauzet – Essai sur les peines et le système pénitentiaire – éditions LGDJ 1863 – 2ème édition – Page 33.

² Pedro Ferreira Marum avec la collaboration d'Annie devos - La peine de travail au quotidien – Contribution à l'ouvrage l'exécution des condamnations pénales sous la direction d'Adrien Masset – Editions Anthémis 2008- Page 247.

impliqué permettant à l'auteur du délit une prise de recul et un changement d'attitude l'éloignant de la délinquance. Faute de quoi, cette mesure serait réduite à un simple travail forcé¹.

Partie 2 : Le régime d'exécution de la peine du travail d'intérêt général

Le travail d'intérêt général constitue une alternative à l'emprisonnement, Il s'agit d'un travail non rémunéré, effectué au profit de la communauté, il est exercé en faveur d'une collectivité locale, d'une administration publique, tribunaux, organisations non gouvernementales reconnues d'intérêt général, ou associations de bienfaisance. L'objectif en est de sanctionner sans désocialiser le condamné de son milieu social tout en étant utile à l'intérêt général.

Chapitre I : Les conditions du prononcé de la peine du travail d'intérêt général

Comme c'est le cas pour toutes les peines alternatives qui vont être introduites dans la législation pénale marocaine, le législateur marocain soumet le bénéfice pour le condamné au travail d'intérêt général à un certain nombre de conditions qui doivent être réunies avant de prétendre au bénéfice de cette peine alternative, c'est justement ces conditions qui feront l'objet de ce chapitre.

Section 1 : Les conditions requises préalablement au prononcé de la peine TIG.

Le travail d'intérêt général est selon la nouvelle rédaction de l'article 14 de l'alinéa 2 de l'article 35-1 issu de l'avant projet du nouveau code pénal² est une peine alternative. Il ne peut donc se cumuler avec le prononcé d'une peine privative de liberté. Les conditions de son prononcé peuvent être classées selon qu'elles se rattachent à la personne du condamné ou à la nature de l'infraction commise.

Sous-section 1 : Conditions liées à la personne du condamné.

Pour postuler au bénéfice de cette peine alternative, deux conditions tenant à la personne du condamné doivent être observées :

Para 1 - Le passé du condamné : Afin d'être éligible au TIG, le législateur marocain tient compte du passé pénal du condamné, ainsi les personnes récidivistes ne peuvent prétendre au bénéfice de toutes

¹ Laurent Barbe- Claude Coquelle - Véronique Persuy — Prévention de la récidive : politiques et pratiques — Editions ESF 1998 - Page 98

² L'article 14 de l'avant projet du code pénal prévoit que :

تكون العقوبات إما أصلية أو بديلة أو إضافية.

فتكون أصلية عندما يمكن الحكم بها وحدها دون أن تضاف إلى عقوبة أخرى.

وتكون بديلة عندما يمكن الحكم بها كبديل للعقوبة السالبة للحرية.

وتكون إضافية عندما لا يمكن الحكم بها وحدها، وتضاف إلى عقوبة أصلية أو بديلة.

les peines alternatives de manière générale dans la mesure où le législateur tient compte des antécédents du condamné. C'est ce qui ressort de la lecture des dispositions de l'article 35-1 du même texte.

L'exclusion des récidivistes du bénéfice des peines alternatives en général est une disposition qui pose plusieurs questions. Le passé judiciaire, compte pour aspirer à l'accomplissement d'une peine alternative, certes, pour les récidivistes le retour en prison apparaît plus facile mais ce retour sera certainement appréhendé comme une circonstance facilitant la reprise puisque « l'inconnu », facteur majeur du stress pour le premier arrivant, est bien moindre. En conséquence, la peine alternative du travail d'intérêt général ne peut être prononcée à l'égard d'un condamné en état de récidive.

Para 2 : L'âge du condamné : Le bénéfice de cette peine, est ouvert aux condamnés majeurs et mineurs à condition toutefois que l'âge des mineurs soit égal à 15 ans au minimum lors de la commission de l'infraction.

A souligner que lorsqu'il s'agit d'un condamné mineur ayant atteint l'âge de 15 ans, c'est au juge des mineurs que revient la mission d'évaluer la nature du travail qui convient au condamné mineur.

Para 3 - Nécessité de l'accord préalable du condamné : Le travail d'intérêt général ne peut être envisagé contre un prévenu qui le refuse ou qui n'est pas présent à l'audience (Alinéa .3 de l'art. 35 - 4 de l'avant projet du C.P.). La nécessité de la présence du condamné est parfaitement logique car le prononcé de la peine de travail d'intérêt général requiert la présence du condamné afin de permettre à la juridiction de jugement de disposer des éléments d'appréciation suffisants sur l'aptitude du condamné à exécuter cette peine c'est-à-dire à exercer le travail qui lui sera confié.

Sous-section 2 : Conditions liées à la nature de l'infraction.

Les conditions applicables à l'infraction dont la condamnation fait objet du travail d'intérêt général se rapportent à la nature de l'infraction et à l'exclusion d'un certain nombre d'infraction du champ d'application de ce dispositif.

L'article 35-1 de l'avant projet du code pénal précise que ce dispositif est applicable pour les infractions de nature délictuelle dont la condamnation ne dépasse pas deux années.

A souligner que cette condamnation ne doit plus être susceptible de faire l'objet d'une voie de recours par le condamné (peine exécutoire).

Conformément à l'article 35-3¹, certaines infractions sont exclues du champ d'application du travail d'intérêt général, il s'agit des infractions suivantes : Le détournement, la concussion, la corruption, le trafic d'influence, le trafic illégal de drogues et des matières psychotropes, le trafic des organes humains et l'abus sexuel des mineurs.

Section 2 : La mise à exécution de la peine de travail d'intérêt général prononcée

Loin d'être une procédure facile à mettre en œuvre comme on pourrait hâtivement le croire, La mise à exécution de la peine de travail d'intérêt général prononcée nécessite l'accomplissement de plusieurs formalités afin qu'elle puisse réaliser sa finalité constructive et humaine.

Sous-section 1 : Quantum et délai

La juridiction doit préciser obligatoirement le quantum des heures de travail et le délai pendant lequel ce travail doit être accompli.

Pour les condamnés majeurs comme pour les mineurs, l'avant projet du code pénal a prévu le quantum des heures de travail d'intérêt général prononcé en matière délictuelle. Il est compris entre 40 et 600 heures à raison de deux heures par jour (Art. 35-7 de l'av projet du C.P). Le texte fixe un délai d'exécution pour cette peine, il est de 12 mois. Ce délai débute le jour où la condamnation est devenue exécutoire (Art.647 – 1 de l'av projet du C.P.P). Il peut être prorogé sur la demande du condamné par le juge de l'application des peines ou par le juge des mineurs selon que la condamnation est prononcée à l'encontre d'un majeur ou d'un mineur (Art. 35-8 de l'av projet du C.P).

Sous-section 2 : Les formalités d'exécution du travail d'intérêt général

Après avoir prononcé la peine d'accomplir un travail d'intérêt général, L'ordonnance est notifiée au condamné, lorsqu'il est présent, sinon à l'établissement pénitentiaire au sein duquel il est détenu, au ministère public et à l'établissement d'accueil au sein duquel il va accomplir ce travail.

Lorsque le condamné est incarcéré, la durée d'incarcération est calculée à raison de deux heures travail par jour d'incarcération le reliquat de la durée du travail qui lui reste à accomplir sera calculée sur cette base

¹ L'article 35-3 de l'avant projet du code pénal prévoit que :

لا تطبيق العقوبات البديلة على الجرائم التالية :

- 1 - الاختلاس والغدر والرشوة واستغلال النفوذ؛
- 2 - الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية؛
- 3 - الاتجار في الأعضاء البشرية؛
- 4 - الاستغلال الجنسي للقاصرين.

sans que le total dépasse 600 heures (Art. 35-7 de l'avant projet du C.P). Le parquet transmet dans un délai de 3 jours le dossier du condamné au JAP qui rend une ordonnance de fixation des modalités d'exécution du travail d'intérêt général dans laquelle il détermine l'identité du coupable, la désignation de l'établissement d'accueil, la nature et les horaires de travail selon un calendrier en accord avec l'organisme d'accueil (art. 647- 3 de l'avant projet du CPP).

Chapitre II : Le juge de l'application des peines acteur principal de la mise en œuvre du travail d'intérêt général.

Dans le cadre de la législation pénale actuelle, le rôle du juge de l'application des peines demeure limité. La nouvelle législation a élargi le champ d'action de ce magistrat en lui confiant une panoplie de compétences qui font de lui l'orchestre des peines alternatives.

Au delà des modifications affectant la nomination du JAP¹, les compétences de ce magistrat ont connu un grand élargissement, le nouveau texte élargit les compétences du juge de l'application des peines, il assure désormais les fonctions suivantes :

- Il veille à surveiller les modes d'exécution des peines alternatives.
- Il contrôle les opérations de réduction automatique de la peine.
- Il décide de l'octroi ou du refus de la réhabilitation judiciaire.
- Il est membre dans la commission responsable de la libération conditionnelle.

La multitude des missions que le législateur a confié au juge de l'application des peines fait de ce dernier une véritable juridiction dont les compétences sont très large surtout en matière de peines alternatives, il assure le rôle d'orchestrer la procédure d'exécution de la peine de travail d'intérêt général du début à la fin.

Section 1 : La prise en charge du condamné par le juge de l'application des peines.

Dés que le parquet notifie au juge de l'application des peines le jugement relatif à la peine de travail d'intérêt général, le juge procède à la mise en œuvre de cette peine.

¹ c'est ainsi que sous l'égide du texte de l'avant projet du CPP, l'article 596 a modifié les modes de nomination du juge de l'application des peines, le juge est nommé désormais par l'assemblée générale et non par le ministre de la justice pour une durée de deux années au lieu de trois années (article 596 du CPP) comme c'est le cas dans le code de procédure pénale actuel,

Conformément aux dispositions de l'article 647 – 2 de l'avant projet du C.P .P¹, le juge de l'application des peines a la possibilité de convoquer le condamné pour l'auditionner afin de recueillir les informations nécessaires sur sa situation sociale et familiale, il peut s'assurer de l'exactitude des informations recueillies du condamné auprès du ministère public.

Le juge de l'application des peines peut également soumettre le condamné à une expertise médicale afin de choisir le travail qui peut lui convenir en fonction de ses capacités physiques mais aussi dans le but de rechercher si le condamné n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres travailleurs de l'organisme d'accueil et s'il est médicalement apte au travail auquel le juge de l'application des peines envisage de l'affecter. Le juge tient en sus compte de ses obligations familiales et professionnelles ainsi que le statut des femmes et des mineurs dans la détermination du travail d'intérêt général qui convient à ces composantes de la société.

section 2 : La désignation des organismes habilités à recevoir des personnes condamné à une peine TIG

La loi laisse au juge de l'application des peines le soin de désigner les organismes habilités à recevoir les condamnés à une peine d'intérêt général et ceci dans le but de simplification des procédures applicables en la matière ce qui constitue une consécration de l'autonomie de ce magistrat.

Le juge prépare un programme périodique qui décrit les travaux possibles à effectuer dans le cadre de la peine TIG ainsi que la liste des organismes pouvant accueillir les condamnés pour l'exécution d'un travail d'intérêt général. Il s'agit des collectivités locales, des établissements publics, des administrations publiques, des tribunaux, d'associations ou d'organisations non gouvernementales reconnues d'utilité publique. Il peut consulter à titre facultatif le représentant de l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur, de la justice, de la santé et de l'enseignement ainsi que les représentants de l'autorité locale (Article 647-7 de l'avant projet du CPP) . Ensuite, le juge de l'application

¹ Cet article précise que :

يقوم قاضي تطبيق العقوبات فور توصله بالحكم من طرف النيابة العامة بالاستماع للمحكوم عليه حول هويته ووضعيته الاجتماعية والعائلية.

يمكن لقاضي تطبيق العقوبات فور توصله بالحكم من طرف النيابة العامة للتأكد من صحة المعلومات التي يدلي بها المحكوم عليه. يمكن لقاضي تطبيق العقوبات أن يأمر بعرض المحكوم عليه على خبرة خطية لفحصه وتقديم تقرير عن حالته الصحية من أجل اختيار طبيعة العمل الذي يناسب حالته البدنية إذا اقتضى الأمر ذلك ثم يعهد إلى المحكوم عليه باختيار عمل من بين الأعمال المعروضة التي تلائم قدراته ومهاراته والتي من شأنها أن تحافظ على اندماجه دون التأثير سلباً على المسار العادي لحياته المهنية أو العائلية أو الدراسية. يراعي قاضي تطبيق العقوبات عند تطبيق مقتضيات العمل من أجل المنفعة العامة بالنسبة للنساء والأحداث والمعاقين الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتشغيل هذه الفئات كما يسهر على اندماجهم في محيطهم الأسري وأداء وظائف الأمومة وعدم التأثير على السير العادي للدراسة بالنسبة للأشخاص الذين مازالوا يتابعون دراستهم.

des peines communique au ministère public une copie de ce programme afin que ce dernier émette son avis¹.

Le contrôle de l'exécution du travail d'intérêt général est assuré par le juge de l'application des peines qui veille au suivi de l'accomplissement du travail d'intérêt général, pour en faciliter le contrôle, l'organisme qui va recevoir le condamné doit tenir un registre spécial signé par le procureur du roi territorialement compétent. Ce registre doit préciser l'identité du condamné et le nombre des heures de travail accomplies portant sa signature. Ce registre est soumis au contrôle du parquet et du juge d'application des peines chaque fois qu'ils le jugent nécessaire (Article 647-6 de l'avant projet du CPP). Lorsque le travail d'intérêt général a été entièrement accompli, l'organisme au profit duquel il a été réalisé envoie au juge de l'application des peines un rapport l'informant de l'accomplissement ou non du travail qui a été confié au juge de l'application des peines. Pour s'assurer de l'accomplissement du travail confié au condamné, le juge de l'application des peines et le procureur du roi effectue des visites sur le lieu du travail du condamné, soit personnellement soit en déléguant cette mission aux services du greffe, à la police judiciaire ou aux autorités locales.

La mission de mettre fin à une peine est clairement confiée au juge de l'application des peines en vertu du deuxième alinéa de l'article 6 de l'avant projet du code pénal, il est compétent pour la suspension de l'exécution d'une peine principale, accessoire ou encore alternative².

Il est opportun de souligner que compte tenu de la pluralité des tâches confiées au JAP, cette fonction ne doit plus être conçue comme une activité confiée à n'importe quel magistrat du siège du tribunal de première instance à la hâte, il faudrait que cette institution puisse disposer de tous les moyens humains et matériels lui permettant de jouer pleinement son rôle.

Conclusion

Certes l'amélioration des lois pénales est une initiative très louable, mais elle n'aurait de sens qu'en s'accompagnant de changements profonds de perception de son contenu afin de combler les lacunes et aberrations qui l'entourent aussi bien dans les contraintes qu'elle impose et dans le respect des libertés

¹ A souligner que législateur de l'avant projet du CPP ne fixe aucun délai pour la communication de son avis au JAP ce qui risque de retarder l'exécution de la peine alternative.

² لا يؤخذ أحد على فعل لم يعد مجرماً بمقتضى قانون صدر بعد ارتكابه.
فإن كان قد صدر مقرر قضائي بالإدانة، فإن العقوبات المحكوم بها، أصلية كانت أو بديلة أو إضافية، يوضع حد لتنفيذها بقرار صادر عن قاضي تطبيق العقوبات.

qu'elle encadre. Le besoin d'introduire le travail d'intérêt général en droit marocain comme peine alternative n'en serait qu'une amélioration notable.

Les Rapports Entre La Commune Et Les Associations

A La Lumiere De La Loi Organique N° 113.14⁽¹⁾

Mohamed EL AMRAOUI

*Doctorant à l'université Mohammed V,
faculté de droit de salé*

L'article 135 alinéa 2 de la constitution de 2011⁽²⁾ définit les collectivités territoriales comme « *des personnes morales de droit public, qui gèrent démocratiquement leurs affaires* ». Selon M. Rousset, « *L'organisation territoriale du Royaume repose... sur la création d'entités territoriales décentralisée dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie administrative financière* »⁽³⁾.

Quant aux associations, l'article 1^{er} du dahir du 15 novembre 1958 réglementant le droit d'association⁽⁴⁾ définit celle-ci comme « *La convention par laquelle deux ou plusieurs personnes physiques mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ».

Selon Pugeault, « *Les associations sont toujours apparues comme des partenaires naturels, sinon privilégiés, des collectivités locales; simples à créer, bien intégrées à la vie locale, faisant le plus souvent l'objet d'une gestion désintéressée, elles se sont développées dans des domaines de compétences des collectivités locales tels que la culture, les loisirs, l'action sanitaire et sociale, le sport et l'éducation* »⁽⁵⁾.

A la lumière de ces définitions, et malgré que les collectivités territoriales soient des personnes de droit public et les associations des personnes de droit privé, on constate qu'il y a des traits communs essentiels et fondamentaux entre les deux structures. En effet, dans les deux cas, le législateur leur attribue la personnalité juridique. En outre, il y a un autre trait commun qui se matérialise dans l'application des

⁽¹⁾ Loi organique n° 113-14 relative aux communes, BO. du 18.2.2016, n°6440, p. 260, (en français).

⁽²⁾ Dahir n° 1-11-91 du 27 chaâbane 1432 (29 juillet 2011), portant promulgation du texte de la constitution, BO. n° 5964 bis du 30 juillet 2011.

⁽³⁾ M. Rousset, « *La constitution de 2011 : Eclairages croisés sur le nouveau constitutionnalisme marocain* », Publications de l'Association Marocaine de Droit Constitutionnel (AMDC), 2014, p. 64.

⁽⁴⁾ BO. du 27.11.1958, n° 2404, p. 1909 ; voir également la loi 75-00 modifiant et complétant le dahir du 15 novembre 1958, BO. du 17.10.2002, n° 5048, p. 1062.

⁽⁵⁾ M. Pugeault, « *Associations-collectivités territoriales : les liaisons dangereuses* », Edition L'Harmattan, 2009, p. 30.

élections. Ces deux traits communs constituent les techniques d'autonomisation pour les collectivités territoriales et les associations.

De même, les collectivités territoriales et les associations ont comme mission essentielle la défense des intérêts généraux. Par ailleurs, il y a aussi un rapprochement au niveau des domaines d'intervention, qui sont pratiquement identiques et qui peuvent interpeller les associations telles que les activités relatives au sport, l'enfance, la femme, les handicapés... etc.

Ainsi, les rapports entre les collectivités territoriales et les associations étaient devenus inéluctables du fait de leurs domaines de compétence similaires. Les collectivités territoriales avaient donc tout intérêt à se lier aux associations afin de pouvoir profiter de la souplesse caractérisant les personnes morales de droit privé comme les associations.

La collaboration entre les collectivités territoriales et les associations est à la fois complémentaire et inégalitaire.

En effet, les associations sont souvent considérées comme des partenaires incontournables des collectivités territoriales dans la mise en œuvre des politiques publiques locales. Mais est-ce qu'on peut réellement parler de partenariat, alors que la majorité des ressources nécessaires au fonctionnement des associations est accordée d'une façon quasi-discrétionnaire à celles-ci par les collectivités territoriales ?

En quoi consiste la contribution de chaque partie à l'action de l'autre. Il s'agit d'analyser la collaboration des associations au développement local, et le rôle joué par les collectivités territoriales pour aider, soutenir et compléter les missions des associations.

I- LA COOPERATION DE LA COMMUNE A L'ACTION ASSOCIATIVE

Hormis quelques rares exceptions, les aides accordées par les collectivités territoriales et plus particulièrement par les communes sont essentielles au bon fonctionnement d'une association. En effet, l'existence et la pérennité d'une association dépend grandement du soutien communal.

L'article 13 de la constitution de 2011 affirme que « *Les pouvoirs publics œuvrent à la création des instances de concertation, en vue d'associer les différents acteurs sociaux à l'élaboration, la mise en œuvre, l'exécution et l'évaluation des politiques publiques* »⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Article 13 de la constitution de 2011, BO. n° 5964 bis du 30 juillet 2011.

Ces instances de consultation s'occupent aussi de la participation de la jeunesse au développement social, économique, culturel et politique du pays. A cet effet, il est créé un conseil consultatif de la jeunesse et de l'action associative ⁽¹⁾.

Cette instance consultative est chargée d'étudier et de suivre les questions intéressants directement la jeunesse et l'action associative ⁽²⁾.

Selon l'article 231 alinéa 6 de la loi organique relative aux communes, « *Le conseil d'arrondissement exerce, pour le compte du conseil et sous sa responsabilité et son contrôle, les attributions suivantes : il participe à la mobilisation sociale, à l'encouragement du mouvement associatif et à l'initiation de projets de développement participatif* » ⁽³⁾.

La coopération de la commune à l'action associative se matérialise dans les subventions allouées aux associations. L'article 235 de la loi organique n° 113-14 relative aux communes affirme que « *Le conseil d'arrondissement peut présenter des propositions sur toutes les questions intéressant l'arrondissement et notamment : il est consulté sur le montant des subventions que le conseil communal propose d'attribuer aux associations dont l'activité est exercée seulement dans l'arrondissement, ou au profit des seuls habitants de l'arrondissement, quel que soit le siège de ces associations* » ⁽⁴⁾. Pour être bénéficiaire de ces subventions, les associations doivent s'engager dans des projets qui s'inscrivent dans les mêmes orientations générales de l'Etat, tel que : le sport ; la jeunesse ; l'insertion des jeunes ; le développement des infrastructures et des services sociaux de base ; les activités génératrices de revenus ; la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale ; l'assistance aux femmes et aux enfants en situation précaire ; l'alphabétisation des adultes ; l'éducation non formelle...etc.

Par ailleurs, les budgets des collectivités territoriales contiennent une rubrique spéciale pour aider les associations dans leurs activités ⁽⁵⁾. Toutefois, l'octroi du financement public est conditionné par la compatibilité du projet envisagé par la localité avec l'objet statutaire de l'association.

Au niveau des arrondissements, une dotation globale est octroyée ⁽¹⁾. Elle est répartie en deux parts, l'une de ces deux parts est destinée à l'animation locale dont les associations tirent profit. Selon

⁽¹⁾ Article 33 de la constitution de 2011, BO. n° 5964 bis du 30 juillet 2011.

⁽²⁾ Article 170 de la constitution de 2011, BO. n° 5964 bis du 30 juillet 2011.

⁽³⁾ Article 231 alinéa 6 de la loi organique n° 113-14 relative aux communes (en français).

⁽⁴⁾ Article 235 dernier alinéa de la loi organique n° 113-14 relative aux communes (en français).

⁽⁵⁾ Dalil (M), « *Démocratie participative et développement local au Maroc* », Revue Marocaine d'administration Locale et de Développement (REMALD), Collection « *Thèmes Actuels* », n° 73, 2011, p. 94.

l'article 246 de la loi organique n°113-14 relative aux communes, « *La dotation globale des arrondissements comprend une part destinée à l'animation locale et une partie relative à la gestion locale dont les montants sont fixés par le conseil communal. La part de l'animation locale est affectée à la couverture des frais relatifs à la gestion des affaires de proximité, concernant..., la promotion de l'action associative en vue de réaliser des projets de développement participatif* ».

Les conventions de coopération et de partenariat ⁽²⁾ avec les associations ont fait l'objet d'une circulaire ⁽³⁾ visant à promouvoir la coopération et mettre en commun les ressources humaines, matérielles ou financières ⁽⁴⁾, en vue de l'exécution de prestations sociales, de la réalisation de projets de développement ou de la prise en charge de services d'intérêt collectif entre les deux parties.

Cette circulaire prévoit un montant supérieur ou égal à 50.000 dirhams pour financer tout projet inscrit dans les domaines susvisés. Un comité d'éligibilité est mis en place pour se prononcer sur l'éligibilité des projets, et sur les contributions financières à accorder.

La commune peut aussi aider les associations par la mise à leur disposition des subventions " *en nature*". Il s'agit d'aides humaines et matérielles sous forme de « *locaux* » tel que des salles de sports, des dispensaires et dont les fonds publics supportent la charge quasi-intégrale.

On peut donc affirmer que l'aide communale est nécessaire à une association qui espère jouer son rôle pleinement et avoir un impact sur la vie locale.

L'aide publique au secteur associatif revêt les formes et les degrés les plus variés. Mais la relation entre les deux parties ne va pas dans un seul sens. La commune, en contrepartie, peut espérer y puiser des facilités pour œuvrer dans l'intérêt général.

II- LA COOPERATION DES ASSOCIATIONS A LA GESTION LOCALE

Les affaires dont la responsabilité incombe aux collectivités territoriales nécessitent plus qu'un intervenant pour surmonter les écueils que rencontre leur gestion ⁽⁵⁾. Ainsi, l'efficacité de l'action

⁽¹⁾ L'article 181 alinéa 8 de la loi organique n°113-14 dispose que cette dotation globale est considérée comme dépense obligatoire pour la commune.

⁽²⁾ Article 149 de la loi organique n° 113-14 relative aux communes (en français).

⁽³⁾ Circulaire du Premier ministre, n° 7/2003, du 27 juin 2003 relative au partenariat entre l'Etat et les associations.

⁽⁴⁾ Voir également l'article 150 de la loi organique n° 113-14 relative aux communes (en français).

⁽⁵⁾ Rachik (A), « *Les nouveaux mouvements sociaux au Maroc* », Revue « *Nouveau Siècle* », 1993, n° 30, pp.87-99.

administrative et la démocratisation de cette dernière impliquent nécessairement le soutien et la participation active des associations ⁽¹⁾.

Les associations sont d'abord des interlocuteurs de l'État et des collectivités territoriales et plus particulièrement les communes. En effet, elles sont jugées représentatives de différents intérêts et points de vue de la société civile et sont à ce titre fréquemment consultées.

Pour renforcer la démocratie participative parallèlement à la démocratie représentative, la Constitution garantit la contribution des associations de la société civile à « *l'élaboration, la mise en œuvre et l'évaluation des décisions et des projets des institutions élues et des pouvoirs publics* » ⁽²⁾ conformément aux conditions et modalités fixées par la loi.

Conformément aux dispositions de l'article 139 premier alinéa de la constitution de 2011, des mécanismes participatifs de dialogue et de concertation sont mis en place par les conseils des communes pour favoriser l'implication des citoyennes et des citoyens, et des associations dans l'élaboration, le suivi et l'évaluation des plans d'action, selon des modalités fixées dans le règlement intérieur de la commune ⁽³⁾.

La nouvelle constitution du Royaume a ouvert aussi des opportunités de taille en faveur des associations en dotant celles-ci des moyens de vigilance assez efficaces pour pouvoir influencer la décision publique locale. L'article 15 de la constitution affirme que « *Les citoyennes et les citoyens disposent du droit de présenter des pétitions aux pouvoirs publics. Une loi organique détermine les conditions et les modalités d'exercice de ce droit* ».

Par ailleurs, selon l'article 121 de la loi organique relative à la commune, les associations ont le droit à l'initiative du contrôle par le biais des pétitions. Elles peuvent « *demande l'inscription à l'ordre du jour du conseil communal d'une question relevant de sa compétence* » ⁽⁴⁾. Par conséquent, le droit de pétition permet aux associations de soumettre des propositions et des revendications et de participer à la gestion publique communale.

Il constitue un canal à travers lequel les associations peuvent exprimer leurs doléances et contribuer à la conception des politiques susceptibles de répondre à leurs différents besoins.

⁽¹⁾ El Yaâgoubi (M), « *Réflexion critique sur la participation des administrés à l'aménagement urbain au Maroc* », in « *Réflexions sur la démocratie locale au Maroc* », Imprimerie El Maârif Al Jadida, Rabat 2007, p.433.

⁽²⁾ Article 12 alinéa 3 de la constitution de 2011.

⁽³⁾ Article 119 de la loi organique n° 113-14 relative aux communes (en français).

⁽⁴⁾ Article 15 et article 139 alinéa 2, de la constitution de 2011 ; Voir également l'article 121 de la loi organique n°113-14 relative aux communes (en français).

Bien plus, dans le cadre de la coopération des associations à la gestion locale, ces dernières peuvent rendre à la commune des services complémentaires louables. Elles peuvent se substituer à la commune pour répondre à un besoin d'intérêt général ⁽¹⁾. La commune ne peut réaliser efficacement les actions de proximité qu'avec le concours des associations qui sont proches des citoyens et qui peuvent apporter des réponses adéquates et concevoir les solutions les plus appropriées.

Les associations jouent alors le rôle de corps intermédiaires entre le citoyen et l' élu. Elles revitalisent le fonctionnement démocratique au service du bien commun.

Ainsi, la commune va donc généralement avoir besoin des associations pour dynamiser la vie des citoyens.

En effet, les associations entretiennent avec la commune des rapports de coopération et d'échange d'idées qui tendent à améliorer les conditions de vie de la population. Elles constituent des lieux d'expérience et d'expertise et elles disposent d'une véritable valeur ajoutée de connaissance, et de savoir-faire indéfectible.

Les associations locales peuvent être la source d'un personnel qualifié, bien formé et prédisposé à mettre son expérience à la disposition des collectivités décentralisées ⁽²⁾.

La participation des associations à la prise de décision se matérialise aussi par la création auprès du conseil communal d'une instance consultative en partenariat avec les acteurs de la société civile dénommée « *Instance de l'équité, de l'égalité des chances et de l'approche genre* » ⁽³⁾, composée de personnalités appartenant à des associations locales et d'acteurs de la société civile, proposés par le président du conseil communal.

Cette commission émet son avis, en cas de besoin, sur demande du conseil communal ou de son président sur les affaires relatives à la parité, à l'égalité des chances et à l'approche genre. Elle peut présenter des propositions dans toute matière relevant de sa compétence ⁽⁴⁾.

Il y a d'autres textes qui consolident la collaboration des associations à l'action des communes telles que la loi 12-03 ⁽¹⁾ relative aux Etudes d'Impact sur l'Environnement et la loi n° 004-71 ⁽²⁾ relative aux appels à la générosité publique.

⁽¹⁾ Guillaume (G), « *Collectivités territoriales et associations* », Editions Economica, 1987, Paris, p. 54.

⁽²⁾ Dalil (M), « *Démocratie participative et développement local au Maroc* », REMALD, Collection « *Thèmes Actuels* », n° 73, 2011, p. 96.

⁽³⁾ Article 120 de la loi organique n°113-14 relative aux communes (en français).

⁽⁴⁾ Harsi (A), « *Administration territoriale : Bilan et perspectives* », in « *Une décennie de réformes au Maroc (1999-2009)* », (S/d) Centre d'Etudes Internationales (C.E.I.), Editions KARTHALA, Paris 2010, p. 165.

Selon l'article 9 de la loi 12-03 relative aux Etudes d' Impact sur l'Environnement (EIE), « *Chaque projet soumis à l'étude d'impact sur l'environnement donne lieu à une enquête publique. Cette enquête a pour objet de permettre à la population concernée de prendre connaissance des impacts éventuels du projet sur l'environnement et de recueillir leurs observations et propositions y afférentes. Ces observations et propositions sont prises en considération lors de l'examen de l'étude d'impact sur l'environnement* ». L'enquête publique a pour objet de permettre aux associations concernées de s'intégrer dans le processus de prise de décision concernant l'autorisation du projet.

A l'issue de l'enquête publique, la commission rédige un rapport qui synthétise les observations des associations concernant le projet et le transmet au Comité National ou Régional des Etudes d'Impact sur l'Environnement. L'examen de l'étude doit tenir compte des résultats de l'enquête.

De même, la loi n° 004-71⁽³⁾ relative aux appels à la générosité publique ouvre aux associations la possibilité de recourir à l'aide publique, ce qui permet de façon indirecte de contribuer financièrement à la gestion des affaires locales par la création de projets sociaux.

⁽¹⁾ Dahir N° 1.03.60 du 10 Rabii I 1424 (12 mai 2003), portant promulgation de la loi n° 12-03 relative aux études d'impact sur l'environnement, BO. n° 5118 du 19.6.2003, p. 507.

⁽²⁾ Loi n° 004-71 du 21 chaâbane 1391 (12 octobre 1971) relative aux appels à la générosité publique, BO. n° 3077 du 20.10.1971, p. 1203.

⁽³⁾ Loi n° 004-71 relative aux appels à la générosité publique, précitée.

Les Finalites De L'interpretation Des Textes Fiscaux Au Maroc

El Bekkay DARGHALI

Doctorant à la faculté de droit

Oujda

Pour la construction d'une théorie qui répond aux orientations jurisprudentielles modernes tout en évitant les écueils de la controverse sur l'interprétation, l'hypothèse des finalités ou objectifs de l'interprétation, émise en matière fiscale il y'a près de vingt cinq ans¹, constitue un bon point de départ. Sans qu'elles s'identifient à des règles, il est possible de conférer aux finalités de l'interprétation une acception technique précise qui les préserve d'une assimilation pure et simple à l'arbitraire de l'interprète²: Les finalités ou objectifs de l'interprétation ne s'imposent pas au juge, mais ils peuvent suffire, à eux seuls, à justifier le résultat de son interprétation et le raisonnement qu'il déploie pour y parvenir³.

Sans doute, le thème ainsi proposé ne permet-il pas d'anticiper à coup sûr les décisions du juge. Mais il aide à mieux saisir la jurisprudence fiscale et à en mesurer la prévisibilité. Car en droit fiscal comme ailleurs, les objectifs de l'interprétation s'entrechoquent. Tantôt, ils peuvent se contrarier, tantôt, ils peuvent s'unir, s'emboîter harmonieusement pour aboutir à une solution commune, que le juge sera

¹ Ph. Marchessou, « L'interprétation des textes fiscaux », Economica, 1980, préf. Paul Amselek, Avant propos. M. Cozian.

² En cela, le modèle présentement préconisé se sépare de celui proposé par bon nombre d'auteurs qui voient dans les finalités de l'interprétation « une pure expression de la psychologie du juge ». Il se rapproche beaucoup plus, dans son principe, de celui suggéré par d'autres, en l'occurrence Mme . Marie_Aimée Latournerie in « L'apport de la jurisprudence administrative au droit fiscal », Economica, 1988, p.239 et s. spéc. P.243, où elle évoque « les lignes directrices » ou « objectifs » de la jurisprudence fiscale.

³ G. Dedeurwaerder, « Théorie de l'interprétation et droit fiscal », Ed. Dalloz, 2010, p.108.

normalement conduit à adopter et que les autres juristes seront légitimement, si l'on peut dire, en droit d'escompter.

Dans cet ordre d'idées, il est à noter qu'il faut disposer au préalable d'une bonne connaissance de la signification de chacune des finalités de l'interprétation qui, en matière fiscale, prend une coloration particulière liée à l'objet et aux caractéristiques des règles en question.

Cela dit, le recensement des finalités de l'interprétation dévoile leur profonde opposition. A un objectif général d'adaptation du droit à la réalité sociale, économique ou même technique, répondent diverses finalités, aspirant à préserver la sécurité de l'interprétation et, par là même, la systématisation du droit. Cette opposition présente au demeurant un intérêt théorique considérable. D'une manière générale, elle renseigne sur l'office¹ du juge qui, s'efforçant d'adapter la signification de la règle de droit à l'évolution de son environnement socio-économique et aux faits survenus, veille à sauvegarder une certaine prévisibilité de cette signification, afin de répondre à la légitime demande de sécurité juridique des justiciables et conséquemment de systématisation de droit.

Ces finalités essentielles imparties à l'interprétation « ne coïncident qu'en partie, avec la dualité de rôles autour desquels est structuré le champ des interprètes (...) : si la fonction de systématisation est remplie avant tout par la doctrine et celle d'adaptation par le juge(...), l'activité d'interprétation combine toujours plus ou moins bien que dans des proportions variables, ces deux fonctions, indispensables au bon fonctionnement du système juridique et, au-delà, au maintien de l'ordre social² ».

On voit alors apparaître la mission de l'interprète chargé d'appliquer une loi générale et abstraite à des cas concrets : Nous développerons les deux fonctions essentielles que remplit l'interprétation —

¹ Terme utilisé pour désigner essentiellement la fonction de trancher les litiges au service de la justice et du respect des règles de droit, le juge doit remplir cet office en toute neutralité. Pourtant, cette neutralité, n'exclut pas que des influences s'exercent sur les juges, car leur office se déroule dans un monde « vivant et situé » - celui de la société dans laquelle se nouent les conflits. De sorte que voir la neutralité et l'indépendance comme des armures protégeant les juges des influences serait idéaliste. On peut même soutenir que ces influences sont nécessaires en ce qu'elles permettent une certaine adaptation du droit au fait, et assurent une adhérence des juges à la société à laquelle ils appartiennent. Le terme « office » peut désigner aussi la manifestation d'un pouvoir-autre, d'un tiers-pouvoir. Voir dans ce sens Olivier CAYLA, Marie-France Renoux-Zagamé, « L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ? », LGDJ, 2001, p. 2.

² J. CHEVALIER, Texte intégral d'une conférence faite le 5 janvier 1993 au "Centre de philosophie du droit" de l'université Panthéon-Assas (Paris 2), dans le cadre du séminaire sur "Interprétation et Droit", publié in « La doctrine juridique », P.U.F. 1993, p.275.

systématisation et adaptation- puis nous tenterons par la suite d'illustrer ces finalités de la mission interprétative en matière fiscale à travers quelques exemples jurisprudentiels.

I- Les finalités de l'interprétation jurisprudentielle de la norme fiscale

A vrai dire, les fonctions essentielles de l'interprétation en matière fiscale combine toujours plus ou moins ces deux fonctions précitées, indispensables au bon fonctionnement du système juridique ; non seulement l'interprétation supplée aux imperfections de la loi (A), mais elle est en outre, dans une certaine mesure, un agent d'adaptation du droit (B).

A- L'objectif de systématisation

Par objectif on s'interrogera sur la contribution que l'interprète apporte au fonctionnement du système juridique. Ainsi, il est admis qu'une loi peut paraître imparfaite parce que lacunaire, ambiguë ou contradictoire en elle-même ou lorsqu'on doit la combiner avec d'autres dispositions de même valeur juridique. L'interprète, confronté à une imperfection du droit cherchera à compléter ou à apporter de la clarté et de la cohérence au système normatif. C'est la mission de systématisation de l'interprétation permettant une reconstruction du droit dans le sens d'une plus grande rationalité.

Plusieurs facteurs expliquent la nécessité fonctionnelle de reconstruire le droit : la complexité, la rédaction insatisfaisante des textes fiscaux, la prolifération et l'enchevêtrement des dispositions fiscales. La fonction de systématisation permet « de reconstruire le droit comme un ensemble cohérent, intégré, monolithique, dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement : agents actifs de systématisation, les interprètes travaillent en permanence à éviter les hiatus, à éliminer les dissonances à réduire les contradictions ; ils contribuent ainsi à maintenir et à entretenir la croyance en la rationalité du droit, sur laquelle repose le droit moderne ¹ ». Elle est nécessaire au bon fonctionnement et au bon ordonnancement de l'ordre juridique.

Le juge fiscal participe à ce perfectionnement du droit au travers d'une jurisprudence homogène et cohérente, « confronté à plusieurs sens possibles d'un texte, il sera amené à privilégier celui qui assure sa compatibilité avec les autres éléments constitutifs de l'ordre juridique et est conforme à sa logique sous-

¹ J. CHEVALIER, op.cit, p.276.

jacente ; l'exigence de non-contradiction apparaît ainsi comme l'une des règles implicites qui gouvernent l'interprétation jurisprudentielle. Les interprètes du droit sont ainsi tous plus ou moins animés par un idéal qui les pousse sans cesse à établir les connexions logiques (...) afin d'assurer l'unité et la cohérence de l'ordre juridique¹ ».

Cette caractéristique systématique de l'activité de l'interprétation est le corollaire de l'aspect normatif² du droit ; le droit ne peut atteindre l'objectif qui lui est tracé dans la société, c'est-à-dire être un facteur de sécurité, d'ordre et de stabilité qu'à condition de réaliser un certain degré d'abstraction et de généralité et de paraître comme un ensemble logique et cohérent.

Cet objectif de mise en ordre et de cohérence n'est pas la seule dimension de l'interprétation, cette dernière remplit aussi une fonction d'adaptation de la norme fiscale.

B- L'objectif d'adaptation

L'interprète peut estimer que l'application de la disposition fiscale conduise à des situations néfastes, eu égard à son opacité, sa rigidité et sa généralité. Il lui apparaît alors urgent de corriger cette situation en procédant à une interprétation créative. Cette adaptation du droit correspond à une prise en compte du réel ou du temps qui passe, sans laquelle le système normatif perdrait la fluidité nécessaire à son application³.

La loi fiscale doit s'appliquer à une réalité en perpétuelle oscillation. Une disposition fiscale peut paraître trop rigide au regard d'une situation d'espèce à laquelle elle va s'appliquer. Elle a en principe un caractère général, impersonnel et abstrait qui rend parfois difficile son application à des cas particuliers et concrets. L'interprétation peut ainsi assurer une fonction d'adaptation de la norme, « par un double processus de confrontation, au réel et à l'ordre juridique existant : elle apparaît ainsi comme une médiation nécessaire pour qu'une norme juridique nouvelle parvienne à s'acclimater, le lubrifiant pour qu'elle puisse produire son plein effet (...) L'interprétation permet de passer de l'abstraction de la règle à la

¹ Ibid.

² C'est au moyen de la déduction, du raisonnement par extension, voire par analogie, que le juge parviendra à se sortir des difficultés créées par le courant positiviste (courant qui considère — selon Montesquieu - le juge comme une simple bouche de la loi, c'est-à-dire un être inanimé qui dit et applique les principes que la loi a édicté sans pouvoir les amodier ou en modifier ni le sens ni la portée), proposant ainsi des solutions juridiques à tous les cas possibles. C'est en cela que la jurisprudence exerce une fonction de systématisation du droit.

³ J. Guez, « L'interprétation en droit fiscal », LGDJ, 2007, p. 215.

réalité des situations concrètes : c'est le moyen d'opérer les ajustements indispensables pour rendre la règle opératoire et garantir son effectivité. L'interprétation se révèle sous cet angle indissociable des processus d'application du droit¹ ».

Le juge de l'impôt interprétera, par exemple, une disposition normative de manière extensive afin qu'elle puisse couvrir des champs du réel non couverts initialement par la loi.

L'adaptation au réel ne se réduit pas au seul changement de circonstances de fait, il peut aussi s'agir d'un changement de circonstances de droit. Autrement dit, l'interprète prend en compte une nouvelle donnée survenue dans une affaire pour modifier sa propre interprétation d'une même norme juridique. Par ailleurs, outre cette adaptation relevant du processus d'application du droit, l'adaptation peut aussi impliquer une actualisation du droit.

En effet, la norme est un texte ancien relevant des préoccupations passées et dont les implications ne correspondent pas nécessairement aux nécessités du moment, d'où le besoin parfois de l'actualiser pour la rendre non seulement applicable mais aussi pertinente².

Parce que d'une part, la loi est un objet signifiant qui perdure dans le temps et que, d'autre part, le droit doit évoluer pour s'adapter, la question qui se pose est celle de savoir si l'interprétation ne peut pas être l'instrument privilégié de l'adaptation du droit au temps. Autrement dit, ou bien l'on considère que la signification de la norme doit être fixée une fois pour toutes au moment de son entrée en vigueur et, dans ce cas, cela délégitime le travail de création et d'adaptation accompli par l'interprétation ; l'évolution du droit ne pouvant passer que par l'intervention du législateur ; ou bien l'on estime que ce sens ne doit pas être fixe afin d'éviter les interventions législatives trop fréquentes, l'interprète étant le mieux à même d'adapter le droit de manière ponctuelle et concrète.

Alors que la fonction de systématisation tend à une certaine conservation du droit existant³, car elle s'appuie sur des principes et des éléments de structuration juridiques s'inspirant d'un temps antérieur

¹ J. CHEVALIER, *op.cit*, p. 277.

² J. Guez, *op.cit*, p. 216.

³ Encore faut-il nuancer cette propension de la fonction de systématisation à être un agent de conservation du droit existant dans la mesure où elle peut conduire, à l'inverse, à une réformation du droit visant à combler les lacunes du droit et à œuvrer dans le sens d'une simplification du droit réduisant ainsi les incertitudes juridiques. En pratique, les deux fonctions de systématisation et d'adaptation interviennent souvent simultanément puisqu'elles correspondent à deux exigences de l'acte d'interprétation.

à l'acte d'interprétation ; la fonction d'adaptation tend au contraire à une certaine mutation du droit¹, puisqu'elle vise à mettre en concordance des règles fiscales anciennes avec une réalité ou une situation contemporaine.

Nous tenterons dans ce qui suit d'illustrer les finalités de la mission interprétative en matière fiscale à travers quelques exemples d'interprétation jurisprudentielle.

II- Illustrations jurisprudentielles des objectifs de la mission interprétative en matière fiscale

Au Maroc et au risque de décevoir, il ne faut cependant pas espérer trouver dans cette approche en termes d'objectifs ou de finalités de la mission interprétative le moyen de percer tous les secrets de l'interprétation jurisprudentielle.

Comme cité précédemment, les objectifs de l'interprétation sont des objectifs qui, à eux seuls, peuvent suffire à justifier le produit de l'interprétation jurisprudentielle et le raisonnement déployé pour y aboutir. Non pas que ces objectifs déterminent en toutes circonstances le choix qui devrait être fait parmi les techniques d'interprétation, mais leur allégation est assez pour légitimer ce choix. Tel est le signe distinctif qui permet de détecter les objectifs de l'interprétation qui guident l'activité herméneutique des juges².

Quelques exemples d'interprétations jurisprudentielles permettent d'illustrer cette approche.

A- La systématisation du droit par l'interprétation jurisprudentielle

Cette fonction de systématisation est bien entendu remplie d'abord par la doctrine qui, en s'efforçant de systématiser les solutions particulières, de les coordonner en un tout homogène, contribue à clôturer le système sur lui-même et à empêcher toute dérive possible de significations. Néanmoins, le juge lui-même participe à cette tâche de systématisation : confronté à plusieurs sens possibles d'un texte ou à un vide législatif, il sera amené à privilégier celui qui assure sa compatibilité avec les autres éléments constitutifs de l'ordre juridique et est conforme à sa logique sous-jacente.

¹ Voir dans le même sens G. Marcou, « Les mutations du droit de l'administration en Europe: Pluralisme et convergences », L'harmattan, 2000, p.17.

² G. Dedeurwaerder, « Théorie de l'interprétation et droit fiscal », op.cit, p. 116.

Les interprétations auxquelles se livrent respectivement la doctrine et la jurisprudence ne sont pas juxtaposées mais interdépendantes et se confortent mutuellement en prenant appui les unes sur les autres et en redoublant leurs effets. Non seulement la différenciation des rôles n'implique nullement que les interprétations soient irréductiblement antagoniques, mais elle permet au contraire de consolider l'œuvre commune d'interprétation, en assurant la prise en compte de plusieurs types d'exigences (cohérence, homogénéité et l'adaptation au réel)¹.

Ainsi, l'exemple qui concrétisera cette dualité de rôles, assortie d'une complémentarité fonctionnelle concerne bel et bien l'impact que génère la nullité de la procédure d'imposition et de la rectification de l'assiette sur l'obligation fiscale.

En fait, si la violation des règles procédurales qui régissent la procédure d'imposition et la rectification de son assiette génèrent sa nullité tant elles concernent des démarches de fond se rattachant à l'ordre public, l'on s'interroge alors si un jugement portant nullité de cette procédure d'imposition n'entraîne-t-il pas la fin de l'obligation fiscale ? ; Autrement dit, est ce que l'administration fiscale est en droit de rectifier le vice procédural précité à l'effet d'une éventuelle réimposition ou d'une rectification de son assiette dans le cadre d'une autre procédure correcte, et quels sont les effets juridiques issus des démarches nulles au cours de la procédure d'imposition et leurs impacts sur l'obligation fiscale ?

Si l'on se réfère aux dispositions fiscales et la position adoptée par les juridictions administratives y compris la chambre administrative de la cour de cassation, on remarque que la résultante du vice de procédure de notification et celle d'imposition n'est autre que la nullité de la procédure d'imposition² .

En d'autres termes, tout manquement d'un acte aux formalités et prescriptions légales est passible de nullité et ne peut nullement produire d'effet juridique. Il convient de signaler en l'espèce que la législation fiscale à travers l'article 39 de la loi sur l'impôt des sociétés et l'alinéa 8 de l'article 11 du livre des procédures fiscales a prévu la nullité de la procédure de rectification de l'impôt sans pour autant prévoir la nullité de la mesure, ce qui dès lors impose la problématique de l'effet de la procédure nulle sur la rupture de la prescription. Autrement dit, l'administration fiscale est-elle autorisée de recommencer la

¹ J. CHEVALIER, op.cit, p. 269.

² Cour de Cassation (CC), Arrêt n°154 du 20.02.2008, dossier administratif N° 3110/4/2/2005, « Revue de jurisprudence civile, série - études et recherche- n° 7 : Contentieux fiscal et recouvrement des créances publiques », op.cit. p.267.

procédure de rectification de l'impôt à la lumière de la mesure nulle, ou bien au contraire, cela lui déposséderait de ce droit ?

Par ailleurs, s'agissant de la procédure de la taxation d'office on constatait un vide législatif avant la promulgation de la loi de finances de l'année 2005, qui ne pouvait aucunement être résolu même en admettant l'hypothèse d'envisager la possibilité de recourir au droit des obligations et contrats, particulièrement son article 381 qui ne s'applique guère au problème en question, eu égard à ces dispositions qui intéressent la réclamation juridictionnelle et non juridictionnelle¹, sachant bien sûr que les procédures de taxation d'office prévue à l'article 103 de la loi 17.89 n'ambitionnent guère de s'assimiler à une réclamation, mais demeurent tout au plus des instruments juridiques et procéduraux destinés à l'imposition.

C'est ainsi que la réclamation de la dette d'impôt ne peut être valable que si elle est opérée dans le cadre et sous couvert des avertissements fiscaux, et que le palliatif à ce vide législatif réside en fait au renvoi aux règles générales qui régissent le délai de prescription et le délai de déchéance².

¹ - l'article 381 du droit des obligations et contrats stipule que « La prescription est interrompue par toute demande judiciaire ou extra-judiciaire ayant date certaine ... même lorsqu'elle est faite devant un juge incompétent ou que l'acte est déclaré nul pour vice de forme ». L'on peut retenir de la formulation juridique de l'article précité que la nullité de l'acte pour un vice de forme ne produit aucun effet et n'influence guère sur l'interruption de la prescription à l'inverse de l'attitude adoptée par le droit civil marocain. C'est ainsi qu'on constate que le législateur marocain à travers cet article a érigé la demande judiciaire et celle extrajudiciaire portées devant une partie incompétente et la réclamation déclarée nulle pour vice de forme au même rang et les a mises sur le même pied d'égalité, tout en produisant toutes les deux des effets juridiques en termes de rupture de la prescription, du moment que l'intention du demandeur par leur biais s'est orientée vers la revendication de ces droits dans les délais prescrits. De ce fait on peut avancer que la raison à l'origine de l'interruption de la prescription n'est pas attribuable à la validité de la demande mais à l'accomplissement de l'intention du demandeur vis-à-vis de la revendication de ses droits et que la forme n'est ainsi considérée qu'un outil de préservation du droit, d'où il serait inexact de dire que sa violation entraîne la perte entière de ce droit.

² Si une confusion surgit à l'occasion de savoir s'il s'agit d'un délai de déchéance ou d'un délai de prescription, alors le meilleur critère de distinction est d'identifier l'intention du législateur à l'origine du choix de ce délai. Si son intention visait un objectif lié à des fins se rapportant à la prescription c'est-à-dire la préservation des situations stables ou la facilitation de la charge de preuves au profit du débiteur ; il est question d'un délai de prescription, mais si son intention porte sur le fait d'obliger le détenteur du droit de l'exercer au cours du délai imparti sous peine de déchéance, il s'agit dans ce cas d'un délai de déchéance sur lequel ne s'applique pas le délai de rupture et d'arrêt, il en résulte de l'application de cette orientation doctrinale que les délais afférents aux actes relatifs à l'imposition et à la rectification sont des délais de déchéance compte tenu qu'ils portent sur l'accomplissement d'actes dans un délai fixé.

Et considérant que les délais afférents à l'accomplissement de ces actes sont des délais de déchéance et non des délais de prescription, il s'en suit des lors qu'un manquement à ceux-là induit la déchéance du droit et l'interdiction de recommencer la procédure de taxation d'office, d'autant plus que le principe de justice et d'équité exige un traitement à pied d'égalité à l'égard de l'administration et du contribuable dans le cadre de la production des effets juridiques résultant de la déchéance du droit.

Si la violation des conditions et délais du pourvoi administratif et juridictionnel est considérée comme délai de déchéance à l'égard du contribuable et s'en suit conséquemment la déchéance du droit et l'impossibilité d'intenter un nouveau recours, pareillement, le manquement aux délais des procédures de taxation d'office produit les mêmes effets qui ne sont autres que la déchéance du droit d'amorcer de nouveau la procédure de taxation d'office par l'administration.

A cette orientation s'oppose une autre, considérant l'obligation fiscale comme un devoir constitutionnel et national, et une expression de citoyenneté pour financer les charges de l'affaire publique ; il est donc inconcevable – d'après cette orientation - que l'irrégularité de la procédure d'institution de l'impôt puisse à elle seule annuler cette obligation.

Aussi, les principes généraux du droit entre autres l'obligation fiscale garantie par la constitution donnent raison et droit à l'administration fiscale pour une éventuelle reconstitution de la procédure d'imposition dans le délai de prescription, d'autant plus qu'il est insensé que les procédures de rectification de l'assiette fiscale soient interruptifs de la prescription, surtout qu'il est question uniquement d'un impôt complémentaire et que la procédure de taxation d'office en tant qu'impôt original et un acquittement de l'obligation fiscale n'interrompe pas la prescription, et qu'aucun cas similaire n'a été enregistré à l'époque ni de la part de l'administration qui a procédé à la reconduction de la procédure de la taxation d'office, ni par un jugement de tribunal.

Par ailleurs le législateur fiscal est intervenu au moyen de la loi de finances de l'année 2005 dans le livre des procédures fiscales (LPF) en énonçant dans son article 23 que la prescription est interrompue par les deux notifications prévues et visées à l'alinéa 1 de l'article 19 et au paragraphe 1 de l'article 20 (actuellement les articles 220-I et 221-I du CGI).

En revanche la question sur l'application de cette disposition juridique persiste encore au cas où ces procédures interruptives de la prescription ou l'une d'elles sont invalides, surtout après écoulement de quatre années à la date du fait générateur de l'impôt. L'on s'interroge alors sur l'effet produit par ce vice de procédure de la notification sur la rupture de la prescription et la prise en considération d'un nouveau délai de prescription de nature à octroyer une opportunité à l'administration fiscale pour rectifier la

procédure nulle et réimposer dans le cadre d'une procédure correcte même après écoulement de quatre années à la date du fait générateur de l'impôt ?

Par ailleurs une partie de la doctrine avance que ce sont les actes dûment et valablement accomplis et qui ne sont pas entachés de nullité qui peuvent être interruptifs de la prescription, ainsi s'il s'avère que les procédures de taxation d'office traduites par l'invitation à la souscription de la déclaration et l'information de la base d'imposition sont nulles après écoulement des quatre années, le droit d'imposition dévolu à l'administration se trouve déchu, du fait que la procédure nulle ne produit aucun effet. «

Et cela contrairement si l'annulation de la procédure de taxation a été décidée par la juridiction pour vice de procédure et que la durée de prescription fixée à quatre années à la date de l'espèce n'est pas entièrement écoulee, à ce moment, l'administration peut en effet recommencer les procédures de taxation. De plus, la notification du contribuable à souscrire sa déclaration sera de nature à produire son effet concernant la rupture de la prescription, et par conséquent l'imposer de la manière la plus valide en rectifiant les situations juridiques défailtantes¹.

En fait, une simple lecture de la jurisprudence fiscale indique clairement que la majorité de ses décisions portent sur la nullité de la procédure d'imposition pour irrégularité de la notification. En effet, tout vice de procédure et ce qui en résulte en termes de nullité de taxation ainsi que les effets liés à l'impossibilité de reproduction de cette procédure soit pour un motif attribuable à un vide législatif ou un motif imputé à la prescription du droit y afférent, peut être préjudiciable à l'obligation fiscale érigée au rang d'un devoir constitutionnel.

A cet effet, une partie de la doctrine propose, à la lumière de l'existence d'une faute commune entre, d'une part, le contribuable qui n'a pas souscrit sa déclaration conformément à la loi et, d'autre part, l'administration qui n'a pas veillé au respect de la procédure de taxation d'office, que le législateur intervienne expressément et décider que la nullité de la procédure de taxation d'office n'entraîne pas la nullité de l'obligation fiscale, mais entraîne uniquement l'exonération des amendes dues, et que l'impôt exigé sous cette procédure demeure le seul objet de contentieux devant la juridiction administrative².

Dans d'autres affaires, le juge fiscal se montre davantage motivé par une volonté d'adaptation du droit.

¹ Mohamed KASRI, « L'effet du jugement de nullité de la procédure d'imposition et la rectification de l'assiette sur l'obligation fiscale », revue cahiers de la cour de cassation N°08/2005, p.85.

² Mohamed KASRI, op.cit, p.94.

B- L'adaptation du droit par l'interprétation jurisprudentielle

Qu'elle porte sur une réalité ou un fait nouvellement survenu, l'adaptation jurisprudentielle du texte fiscal se fait toujours en considération du but visé par celui-ci : il s'agit d'une interprétation téléologique¹. La manière dont le juge fiscal identifie et conçoit le dessein des règles qu'il interprète, est donc cruciale mais extrêmement délicate à systématiser.

L'exemple qui nous paraît adéquat pour corroborer cette acclimatation jurisprudentielle de la règle fiscale au réel et aux faits survenus concerne la procédure de notification en matière fiscale.

En effet, La notification suscite plusieurs contentieux sur les plans juridique et réel étant donné que la notification est la base de la procédure contradictoire et de l'information, qui constitue l'un des droits fondamentaux du contribuable, que ce soit lors de la rectification de la procédure d'assiette ou lors de la taxation d'office ou encore à l'occasion de mesures requises par la phase de détermination du fait générateur de l'impôt.

Et afin de régler tous litiges naissant de la procédure de notification, le législateur tente toujours d'adapter le texte fiscal aux évolutions réelles. Cependant, les problèmes majeurs qui surgissent lors de la procédure de notification nécessitent une analyse plus profonde que ce soit sur le plan doctrinal ou jurisprudentiel.

Ainsi, contrairement à ce que pensent certains, intentionnellement ou pas, l'administration fiscale n'est pas toujours à l'origine de ces problèmes puisqu'elle est à mobilité réduite et ses locaux sont connus,

¹ Principalement utilisé en droit, l'argument téléologique se rapporte à la science des fins, à la connaissance des finalités ; se dit de l'interprétation qui prend pour principe qu'une règle doit être appliquée de manière à remplir ses fins et interprétée à la lumière de ses finalités, principe d'interprétation extensive et évolutive. L'interprétation téléologique consiste à prendre en compte la réalité sociale. La difficulté tient sans doute à la définition de ce vocable « téléologie ». Si l'on admet que la téléologie constitue « l'étude de la finalité en un sens quelconque de ce mot » (A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 1991, §V°), alors l'interprétation stricte peut parfaitement être qualifiée d'interprétation téléologique, tant il est vrai que l'interprète ne va l'admettre que si elle est conforme à la finalité de la norme en cause. De même, l'interprétation large peut être qualifiée de téléologique puisque, parfois, le juge va la retenir eu égard aux finalités de la décision qu'il doit rendre. Ainsi, il apparaît que l'interprétation téléologique peut être entendue de deux manières selon l'objet dont la finalité est appréciée. Dans l'interprétation stricte, c'est la finalité de la loi qui est appréciée et qui est conforme à la présomption. Dans l'interprétation extensive, c'est au contraire le résultat à atteindre qui fait l'objet de l'observation : le juge va rechercher les finalités non de la règle, mais prendre en considération le résultat attendu de son interprétation.

alors que le contribuable peut à tout moment changer de domicile, de résidence ou de lieu d'activité, d'autant plus que les agents de l'administration fiscale ne peuvent notifier le contribuable qu'aux heures de service à des moments où ce dernier est souvent absent de chez lui, sans citer tant de circonstances qui réfutent la théorie d'hégémonie de l'administration fiscale en matière de notification.

De là, il est difficile d'affirmer que l'administration fiscale atteint toujours son objectif d'accomplissement de la procédure de notification dans de meilleures conditions du moment qu'elle fait face à certains obstacles lors de la rectification et la fixation de la base d'imposition. Ainsi, nous exposerons dans ce qui suit quelques cas dans lesquels la juridiction administrative a reconnu la validité de la notification.

Nombreuses sont les correspondances qui retournent à l'administration fiscale avec la mention « A retourner à l'expéditeur », ce qui a poussé cette dernière à la taxation d'office à défaut de réponse par le contribuable à ses correspondances. Ainsi sa position quant aux courriers retournés avec la mention « non réclamé » signifie que les contribuables ont refusé de retirer les courriers du bureau de la poste et assument ainsi la responsabilité de manque de communication. L'administration fiscale a défendu cette position à maintes reprises devant les juridictions soutenant que les correspondances adressées aux contribuables portent leurs noms complets et adresses données et choisies par eux-mêmes comme lieu de contact, et que l'administration fiscale ne peut connaître d'autres adresses que celles fournies par les contribuables eux-mêmes, que par conséquent, la responsabilité est à imputer aux contribuables et non à l'administration fiscale notamment si l'on sait que le contribuable reçoit plusieurs correspondances lors de l'opération de contrôle et ne reçoit pas la lettre décisive qui exprime la position finale de l'administration fiscale avant la taxation !!

Les juridictions administratives ont cependant adopté des positions différentes quant au sujet. Certaines d'entre elles ne partageant pas l'avis de l'administration ont permis à de nombreux contribuables de s'enrichir sans cause au détriment des intérêts sociaux, alors que d'autres ont considéré que la responsabilité de l'administration n'est pas engagée en l'espèce et qu'il faut maintenir la procédure de taxation d'office. En conséquence, Il appartient au contribuable qui se sent lésé de faire recours pour prouver la sur-taxation.

La raison de cette contradiction dans les décisions rendues en la matière, revenait à l'attachement des tribunaux administratifs à la jurisprudence de la cour de cassation pourtant caduque, alors que la réalité leur impose d'adopter une nouvelle position quant à la procédure de notification par la poste recommandée, lorsqu'il s'agit particulièrement, d'une relation liant une administration à bout de

ressources hormis les adresses indiquées dans les dossiers fiscaux, et un contribuable libre dans ses déplacements et ses choix du lieu d'activité professionnelle.

Parmi les problèmes soulevés il y a également la pluralité des destinataires concernant notamment certains impôts auxquels sont assujettis deux ou plusieurs associés de manière solidaire, tels que les droits d'enregistrement appliqués à la vente réalisée entre plusieurs associés ou la TVA appliquée également aux opérations de vente et de service réalisées par plusieurs personnes voire même à l'impôt sur le revenu en cas de décès du contribuable où l'administration se voit dans l'obligation de contacter les héritiers.

Dans ce cas-ci, la notification parvient à certains héritiers mais pas à d'autres. Cette position nous paraît logique puisque nous avons rencontré des décisions étranges rendues à l'encontre de contribuables copropriétaires indivis d'un bien immobilier objet d'un contentieux fiscal, que l'un d'eux a été considéré valablement notifié tandis que la lettre rectificative adressée au second est retournée à l'expéditeur avec la mention « non réclamé », et le tribunal les a considérés tous deux non régulièrement notifiés¹.

S'agissant d'abord de la nouvelle orientation de la cour de cassation² au sujet des correspondances retournées à l'administration avec la mention « non réclamé », la haute instance a considéré la décision de la cour administrative d'appel de Marrakech comme légalement fondée et suffisamment motivée lorsqu'elle a infirmé le jugement – objet d'appel – prononçant l'annulation de l'impôt général sur le revenu au motif que l'administration a imposé le contribuable après lui avoir adressé une lettre recommandée retournée avec la mention « non réclamé », et qu'il a considéré par la suite la notification comme régulière en application de l'article 219 du Code général des impôts.

Dans une autre affaire et soucieux d'adapter le texte fiscal aux éléments nouveaux survenus en l'espèce, le juge de la cour administrative d'appel de Rabat sur pied de l'article 10 du Livre des procédures fiscales³ en déduit que le législateur fiscal n'a pas énuméré les formules des mentions indiquant l'échec

¹ On ne voit pas assez nécessaire d'évoquer les problèmes relatifs à l'adresse incomplète ou inconnue, la remise en main propre au bureau, locaux fermés ou encore la notification aux serviteurs etc.

² CC, Ch. Adm., arrêt n°36 du 15 janvier 2015, dossier n° 2013/2/4/1590 Revue des arrêts de la cour de cassation (RACC) n°24, Ed. C.C, 2015, p.71.

³ Cet article stipule que : « 2°- s'il n'a pu être remis au contribuable à l'adresse qu'il a communiquée à l'inspecteur des impôts lorsque l'envoi du document a été fait par lettre recommandée avec accusé de réception ou par l'intermédiaire des agents du greffe, des huissiers de justice ou par voie administrative et qu'il a été retourné avec la mention non réclamé, changement d'adresse, adresse inconnue ou incomplète, locaux fermés ou contribuable inconnu à l'adresse indiquée. Dans ces cas, le pli

de remise du pli, d'où la nécessité de considérer la lettre recommandée portant la mention « causes diverses » régulièrement notifiée après écoulement de 10 jours qui suit la date de l'échec de notification. On lit dans le dispositif de l'arrêt¹ du 22/10/2012 que :

« Attendu qu'il ressorte des pièces du dossier (.....) , et qu'en application de l'article 10 du Livre des procédures fiscales (.....), il en résulte que lorsqu'elle a adressé sa deuxième lettre au contribuable 10 jours après la date d'échec de notification, l'administration a appliqué de manière régulière la mesure prévue ci-dessus(...), et que l'expression « causes diverses » figurant sur la première lettre de notification relative à l'impôt objet du rôle n°13600041, qu'au terme de l'article 10 précité, il est évident que le législateur n'a pas énuméré les formules des mentions indiquant l'échec de remise du pli, dont l'expression contestée ** causes diverses **, qui, selon l'article 10 susvisé, n'affecte en rien la régularité de la notification de la lettre à l'expiration des 10 jours suivant la date d'échec de notification. Que par conséquent, les moyens d'appel soulevés restent infondés et le jugement – objet d'appel - quand il a pris cette itinéraire est juste et devrait être confirmé ».

Le raisonnement utilisé par le juge de l'impôt dans cette affaire ne soulève pas le moindre doute quant à l'intention qui l'animait et qui vise l'acclimatation du texte fiscal aux faits nouveaux et traduit manifestement le dévoiement de sa fonction qui, loin d'être la bouche prononçant les paroles de la loi – selon la célèbre expression de Montesquieu –, se fait le protecteur de la partie lésée lorsqu'il l'estime ainsi.

En somme et pour conclure, passer de l'abstraction de la règle fiscale à la réalité des situations concrètes puis Suppléer aux imperfections de la loi, sont deux finalités qui relèvent de la mission interprétative en matière fiscale. Le corpus juridique se présente sous la forme d'un ensemble de normes parfois obscures, incomplètes, ambiguës, prenant l'apparence d'un magma qui ne garantit pas la clarté et la bonne compréhension du droit. Afin de permettre qu'une intelligibilité naisse, l'interprétation lisse les aspérités et produit la rationalité nécessaire.

est considéré avoir été remis, après l'écoulement d'un délai de dix (10) jours qui suit la date de la constatation de l'échec de la remise du pli précité »

¹ CC, arrêt n° 1002 du 22/10/2012, dossier n° 9/12/379, « Revue de jurisprudence civile, série - études et recherche- n° 7 : Contentieux fiscal et recouvrement des créances publiques, Tome 1, Ed. Rejuciv, 2015, p.275.

