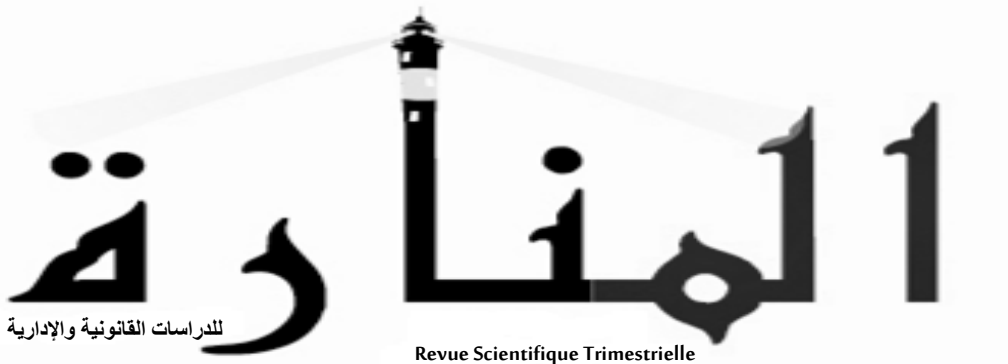




Revue Scientifique Trimestrielle
Spécialisé dans les Etudes Juridiques et Administratives

Directeur Responsable
Docteur Redouane ELANBI

La gestion de la diversité : Levier de management responsable	Taoufik Daghri / Sara Nait Slimane
L'évolution de l'obligation d'information médicale	Selami saloua
Le transport maritime marocain entre la libéralisation et la crise	Fatiha RAMY
Le contrôle de légalité sur les actes des collectivités territoriales : quel mode de gouvernance ?	LOUHMADI Abdeljlil/ AZZOUZI Mohamed
Etendue et limites de La normativité réglementaire dans le domaine de la sécurisation maritime	HIMMICH MED CHAKIB
L'efficacité limitée de la revendication en nature des biens vendus sous clause de réserve de propriété dans le traitement des entreprises en difficulté	Mohammed Rabiê SIKEL
Le populisme dans le discours politique français Lors du débat à la présidentielle française- le cas d'Emmanuel Macron et Marine Le Pen	Rabie Ferram
Les garanties infra-constitutionnelles des droits et des libertés au Maroc	Khalid EL ANTRI
La protection juridique des espaces forestiers et péri-forestiers en Droit marocain	MADANI Nabil
L'Administration publique marocaine entre le poids de la tradition et les attentes des citoyens	Aziza ALMAGHRIBI
Sukuk Nakheel, case study of islamic finance crisis.	Benabderrahmane Meryem / Choujtani Khadija

N° 26/Mars-Juin 2019

SOMMAIRES

Etudes et Recherches

La gestion de la diversité : Levier de management responsable Taoufik Dagbri / Sara Nait Slimane	3
L'évolution de l'obligation d'information médicale Selami saloua.....	9
Le transport maritime marocain entre la libéralisation et la crise Fatiha RAMY.....	17
Le contrôle de légalité sur les actes des collectivités territoriales : quel mode de gouvernance ? LOUHMADI Abdeljlil/ AZZOUZI Mohamed.....	29
Etendue et limites de La normativité réglementaire dans le domaine de la sécurisation maritime HIMMICH MED CHAKIB.....	41
L'efficacité limitée de la revendication en nature des biens vendus sous clause de réserve de propriété dans le traitement des entreprises en difficulté Mohammed Rabië SIKEL.....	60
Le populisme dans le discours politique français Lors du débat à la présidentielle française- le cas d'Emmanuel Macron et Marine Le Pen Rabie Ferram.....	72
Les garanties infra-constitutionnelles des droits et des libertés au Maroc Khalid EL ANTRI	82
La protection juridique des espaces forestiers et péri-forestiers en Droit marocain MADANI Nabil	90
L'Administration publique marocaine entre le poids de la tradition et les attentes des citoyens Aziza ALMAGHRIBI.....	99
Sukuk Nakheel, case study of islamic finance crisis. Benabderrahmane Meryem / Choujtani Khadija	117

La gestion de la diversité : Levier de management responsable

Taoufik Daghri

Professeur de l'enseignement supérieur,
Faculté des sciences Juridiques
Economiques et sociales-Salé,
Université Mohamed V de RABAT

Sara Nait Slimane

Doctorante, Faculté des sciences Juridiques
Economiques et sociales-Salé,
Université Mohamed V de RABAT

Introduction :

Face aux perpétuelles mutations que connaît l'environnement d'aujourd'hui, les entreprises se trouvent obligées à s'adapter et à se doter d'une certaine flexibilité. Elles mettent en place des dispositifs visant le changement organisationnel et la gestion de la diversité devient alors une opportunité pour associer les défis sociétaux et économiques et prouver qu'ils peuvent rimer ensemble.

Les entreprises cherchent à s'engager de plus en plus dans des pratiques socialement responsables afin de garantir un climat social et des conditions de travail favorables qui leurs permettront d'avoir des collaborateurs en bonne santé et plus productifs. Un management responsable et bienveillant permettra ainsi de répondre aux attentes des salariés, d'être à leur écoute, de gagner leur confiance et de garantir leur adhésion.

La gestion de la diversité s'inscrit dans le respect des différences (valeurs, comportements et attitudes, styles de vie ...), et permet de promouvoir l'égalité des chances, d'éviter tout comportement de repli, de jugement ou de marginalisation, d'offrir à chaque personne des opportunités d'emploi et de carrière en lien avec ses aspirations, compétences et ambitions. Dans cette perspective, la question de la diversité et de l'égalité professionnelle ne saurait laisser les entreprises indifférentes. D'ailleurs, différents dispositifs législatifs dans plusieurs endroits du monde instituent l'égalité professionnelle comme un domaine important de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE).

Cependant, deux questions principales se posent :

- Quels sont les véritables enjeux de la gestion de la diversité pour les entreprises ?
- Comment la gestion de la diversité en tant que pratique, peut être un levier d'un management responsable et bienveillant ?

1- Gestion de la diversité : Etat de l'art

Le succès de la thématique de la diversité ne peut alors être saisi qu'en considérant le cadre sociétal où il apparaît, caractérisé par l'émergence sociale de populations longtemps minorées (femmes, personnes handicapées, seniors homosexuels)¹.

Ces mutations sociologiques ont alors suscité un intérêt croissant tant au niveau de la recherche académique, que des pratiques de gestion. C'est dans cet environnement, marqué par la différence, qu'apparaît le concept « d'entreprise multiculturelle »².

Pour Grner-Moyer, la gestion de la diversité rassemble un ensemble de mesures prises par les entreprises afin de recruter, conserver et perfectionner des salariés issus de catégories socio-culturelles variées³.

Ce concept de diversité est apparu aux Etats-Unis aux débuts des années 1990 pour les critiques adressées aux politiques d'égalité des chances et d'affirmative action⁴⁵.

La notion de diversité renvoie en fait à trois phénomènes macro sociaux majeurs⁶ :

- 1- La différenciation croissante de la clientèle et des usagers impliquant pour les entreprises un effort accru en matière d'identification, compréhension et traitement de leurs exigences.
- 2- La diversification croissante de la clientèle de la main d'œuvre sur le marché de l'emploi allant de pair avec un environnement institutionnel, social et économique de plus en plus complexe.
- 3- La diversification (en termes de genre, d'âge, d'origine, de culture, de conditions) du profil des travailleurs à l'intérieur de l'organisation.

La diversité est ainsi plus souvent perçue comme un synonyme de variété⁷ et l'atteinte des objectifs sociaux s'avère le préalable et la condition principale de réalisation des objectifs économiques et financiers⁸. Accepter d'assumer sa responsabilité sociale consiste alors pour l'entreprise à vivre en « société » et pas seulement « en marche » vers la société⁹.

La concurrence accrue et les perpétuelles mutations de l'environnement national et international, obligent les entreprises à s'adapter aux nouvelles exigences du marché, la

¹Terramorsi, P., Barthe, N., & Peretti, J.-M. (2009b). L'information diversité dans les rapports RSE des sociétés du CAC 40. *Management & Avenir*, 28(8), 268-280. doi: 10.3917/mav.028.0268

²Cox, T. H., & Blake, S. (1991). Managing cultural diversity: Implications for organizational competitiveness. *The Executive*, 45-56.

³Garner-Moyer, H. (2006). Gestion de la diversité et enjeux de GRH. *Management & Avenir*(1), 23-42.

⁴Bender, A.-F., & Pigeyre, F. (2004). Gestion des ressources humaines et diversité. *J. Laufer et C. Marry (sous la direction de), Les cadres et ingénieurs au regard du genre, GDR CADRES-GDR MAGE à l'IRESCO*(5), 59-75.

⁵Kelly, E., & Dobbin, F. (1998). How affirmative action became diversity management: Employer response to antidiscrimination law, 1961 to 1996. *American Behavioral Scientist*, 41(7), 960-984.

⁶Cornet, A., & Warland, P. (2008). *La gestion de la diversité des ressources humaines dans les entreprises et organisations*: Editions de l'Université de Liège.

⁷Harrison, D. A., & Klein, K. J. (2007). What's the difference? Diversity constructs as separation, variety, or disparity in organizations. *Academy of management review*, 32(4), 1199-1228.

⁸Gauzente, C. (2000). Mesurer la performance des entreprises en l'absence d'indicateurs objectifs: quelle validité? Analyse de la pertinence de certains indicateurs. *Finance Contrôle Stratégie*, 3(2), 145-165.

⁹Martinet, A., & Reynaud, E. (2000). Entre shareholders et stakeholders, la stratégie. Une illustration par filemanagement environnemental d'Evian-Danone. *XVèmes Journées nationales des IAE*.

demande devient de plus en plus forte d'un traitement plus équitable et égalitaire, une nouvelle problématique managériale a vu le jour sous le nom de « **gestion de la diversité** ». La gestion de la diversité met l'accent non plus sur l'égalité des capacités entre groupes mais sur la reconnaissance et la valorisation des différences, qui sont présentées comme étant bénéfiques pour l'entreprise en termes de performance commerciale et économique¹⁰. La gestion de la diversité a pour vocation donc de se focaliser sur l'individu en tant qu'acteur de performance au sein de l'entreprise. Le management doit veiller à répondre aux différentes attentes du personnel tout en acceptant les différences culturelles ou toute sorte de différence.

Dans le cadre de la théorie de la dépendance aux ressources, les organisations sont considérées comme des « systèmes ouverts ». Elles suggèrent ainsi l'adoption d'une politique d'aménagement professionnel pour retenir les employés et attirer les candidats les plus prometteurs¹¹.

La diversification du profil des collaborateurs est perçue comme pouvant contribuer à accroître la productivité ce qui aurait une incidence positive sur la performance¹².

La diversité constitue alors une valeur ajoutée pour toute entreprise, vu qu'elle rassemble différents profils ce qui contribue à l'enrichissement des compétences.

Nous trouvons aussi la théorie de la « **ressource-based View** » : elle confie au management la tâche d'identifier et d'exploiter au mieux les ressources et les compétences, les forces et les faiblesses de chaque organisation afin d'optimiser la performance¹³.

Dans un cadre hautement concurrentiel, promouvoir une politique de diversité reviendrait pour l'entreprise à élargir son sourcing à des collaborateurs au profil atypique (femmes, étrangers, personnes issues des minorités ethniques et/ou culturelles, handicapés ...) et, de facto, à augmenter sa probabilité d'attirer à elle les ressources humaines et les compétences les plus pertinentes¹⁴.

La diversité peut être un levier de créativité et de performance, dans la mesure où elle permettra aux entreprises d'attirer différents talents et de faire face aux nouvelles exigences de l'environnement.

Cependant, **quelles sont les pratiques que les entreprises pourront mettre en place afin**

¹⁰Cornet, A., & Rondeaux, G. (1998). Les programmes de gestion de la diversité: l'idéologie de la différence en GRH. Une opportunité pour les femmes? *Actes du Congrès de l'AGRH*, 414-422.

¹¹Milliken, F. J., Martins, L. L., & Morgan, H. (1998). Explaining organizational responsiveness to work-family issues: The role of human resource executives as issue interpreters. *Academy of management Journal*, 41(5), 580-592.

¹²Arthur, M. M., & Cook, A. (2003). The relationship between work-family human resource practices and firm profitability: A multi-theoretical perspective Research in personnel and human resources management (pp. 219-252): Emerald Group Publishing Limited.

¹³Tywniak, S. A., & Groupe, H. (1998). Le Modèle des Ressources et des Compétences: Un Nouveau Paradigme pour le Management Stratégique. Laroche H. et Nioche JP (dir), *Repenser la stratégie-Fondements et Perspectives*, Vuibert, 166-204.

¹⁴Bruna, M., & Chauvet, M. (2013). La diversité, un levier de performance: plaider pour un management innovateur et créatif. *Management international/International Management/Gestión Internacional*, 17, 70-84.

de promouvoir la diversité et l'égalité professionnelle dans le cadre d'un management responsable et bienveillant ?

2- Management responsable et gestion de la diversité :

Le Manager responsable met une place une politique de grande diversité en matière de qualité, de protection de l'environnement, de sécurité et d'hygiène pour améliorer les conditions de travail¹⁵.

Le management socialement responsable doit conduire les organisations à connaître les attentes de ce public dans leur diversité et tenter de concilier entre ces attentes et leur propre stratégie afin d'améliorer l'efficacité et le bien-être des apprentis faiblement qualifiés¹⁶.

La féminisation du salariat est également l'un des changements caractérisant la population des cadres, nous assistons à une modification des parcours de carrière qui peuvent se montrer différents selon que l'on est un homme ou une femme, ainsi qu'une évolution des attentes des cadres vis à vis de leurs carrières traduisant une volonté accrue d'assurer un équilibre travail/ hors travail¹⁷, cela est une pratique managériale socialement responsable qui aide les femmes ayant des postes de responsabilité à concilier entre leur vie professionnelle et leur vie personnelle et à mieux s'épanouir .

Gérer la diversité au sein d'une entreprise suppose une gestion pertinente des carrières et une attention particulière accordée à ces dernières. Super (1957)¹⁸ et Bastid (2007)¹⁹ conçoivent la carrière comme un processus continu de synthèse et d'ajustement entre l'image de soi de l'individu et les aspirations et réalités auxquelles il est confronté dans son environnement.

Holland développe la **théorie des choix de carrière** stipulant que les individus peuvent mieux se développer et trouver leur satisfaction dans des milieux de travail qui sont compatibles avec leur personnalité²⁰, cela prouve que toute personne ne peut exceller professionnellement que si elle trouve une certaine compatibilité avec sa personnalité et l'environnement où elle opère.

Le succès de carrière est mesuré par le psychological success, sentiment de fierté et d'accomplissement personnel qui vient de l'accomplissement des buts essentiels de

¹⁵Bruna, M., & Chauvet, M. (2013). La diversité, un levier de performance: plaidoyer pour un management innovateur et créatif. *Management international/International Management/Gestión Internacional*, 17, 70-84.

¹⁶PERETTI, J.-M., SABOUNE, K., & TERRAMORSI, P. (2013). La reconnaissance au travail, nouvel impératif d'un management responsable: le cas de des apprentis faiblement qualifiés. *Université de Printemps de l'Audit Social*, 370.

¹⁷Thévenet, M. (2001). Vie professionnelle, vie privée et développement personnel. *Revue française de gestion*, 106-120.

¹⁸Bastid, F. (2007). *La réussite de carrière des cadres: une approche selon le genre par la méthode des récits de vie*. Aix-Marseille 3.

¹⁹Super, D. E. (1957). The psychology of careers; an introduction to vocational development.

²⁰Holland, J. L. (1997). *Making vocational choices: A theory of vocational personalities and work environments*: Psychological Assessment Resources.

l'individu, qu'ils'agissent d'accomplissement professionnel, bonheur familial, etc²¹.

La gestion de la diversité et la gestion des carrières des différentes catégories de personnes et surtout celle des femmes sont des sujets en pleine effervescence.

La féminisation du salariat a donc été à l'origine de l'intérêt porté sur la compréhension de la carrière des femmes²².

Plusieurs entreprises tiennent à s'inscrire dans le rang des entreprises socialement responsables en adoptant des pratiques de management responsable et bienveillant (engagements, charte de la diversité). Au Maroc douze entreprises de renommée ont signé la charte de la diversité afin de promouvoir l'enrichissement des compétences et la diversité des profils et faire preuve de responsabilité et bienveillance en matière de management²³.

La diversité peut s'avérer un excellent outil d'aide à la décision pour les managers. En effet, parmi les actions que peuvent adopter les entreprises afin de promouvoir la diversité et veiller l'application de pratiques de management socialement responsable, nous pouvons citer :

- Favoriser des recrutements performants et humanisés loin de tout jugement et qui se basent sur la compétence professionnelle comme critère d'évaluation
- Favoriser une politique humaine et sociale de parité et de diversité (promotion du personnel ...)
- Former et valoriser les compétences de l'ensemble du personnel
- Promouvoir l'égalité des chances en matière de : recrutement, promotion, accès aux différents postes (responsabilité ou autre...)
- Encourager l'insertion des personnes en situation de handicap par la mise en place d'actions facilitant leur intégration
- Mettre en place un système de prévention de risques et maladies professionnels
- Attribuer les aides financières au profit du personnel pendant les occasions (mariages, baptêmes ...)
- Rendre les horaires de travail plus flexibles surtout pour les femmes (mamans et allaitantes) en poste de responsabilité afin de leur permettre une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie familiale
- Prolonger les congés de maternité si nécessaire et demandé par les collaboratrices

²¹BENTALEB, C., & SEKKAT, S. (2013). GENRE ET SUCCES DE CARRIERE DES CADRES DES GRANDES ENTREPRISES AU MAROC: UNE APPROCHE PAR LES REPRESENTATIONS SOCIALES. *Université de Printemps de l'Audit Social*, 64.

²²Bastid, F. (2007). *La réussite de carrière des cadres: une approche selon le genre par la méthode des récits de vie*. Aix-Marseille 3.

²³<http://www.leconomiste.com/article/998901-le-club-marocain-de-la-diversite-pour-septembre>

<http://www.leseco.ma/business/46923-la-charte-de-la-diversite-voit-le-jour.html>

<https://www.medias24.com/MAROC/ECONOMIE/ENTREPRISES/164589-Douze-entreprises-marocaines-signent-la-premiere-charte-de-la-diversite-au-Maroc.html>

- Procéder à des sessions de coaching familial et coaching de vie pour les femmes et pour les hommes afin de réduire le sentiment de frustration.

Conclusion :

Cette contribution apporte aux praticiens de premiers éléments de réponse facilitant la gestion de la diversité par le biais de l'instauration de pratiques de management socialement responsables ce qui permettra à toute entreprise d'enrichir son portefeuille de compétences et de talents et de réussir à les fidéliser pour être plus compétitive sur le marché.

Les actions proposées sont à mettre en œuvre afin de promouvoir l'égalité des chances, permettre aux femmes d'accéder aux postes de responsabilité, favoriser l'intégration des personnes en situation de handicap et donner ainsi à l'entreprise l'occasion d'être et de paraître comme une entreprise socialement responsable, toujours à l'écoute de ses salariés, de leurs attentes et leurs aspirations en matière de carrière et qui respecte les différences dans le cadre d'une politique humaine et sociale de parité et de diversité.

L'évolution de l'obligation d'information médicale

Selami saloua

Doctorante, Faculté des sciences Juridiques
Economiques et sociales-Salé,
Université Mohamed V de RABAT

Le domaine de la médecine est confronté aujourd'hui à une réglementation et régulation accrue par le Droit, le juridique intervient davantage dans l'acte médical, l'aboutissement étant la responsabilité médicale.

La responsabilité médicale a connu une certaine mutation marquée par l'accentuation des obligations du professionnel de santé, ce dernier dans son relationnel avec le patient, est tenu d'un devoir d'information qui est devenu un droit d'être informé par le patient. Le temps de l'impérialisme médical construit et confronté par le monopole de cette information est révolu²⁴.

Tenant, a priori son fondement premier dans les règles professionnelles et déontologiques qui régissent la profession médicale²⁵, en tant qu'un devoir d'éthique, le devoir d'information est réglementée aussi dans des textes relatifs à la santé publique, en l'occurrence l'article 8 de la loi 16-98 relative au don, au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus humains, et le dahir des obligations et contrats, dans son fameux article 231 qui prévoit expressément ce qui suit « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Cet article appelle quelques observations, les parties contractantes ne sont pas tenues seulement des clauses contractuelles mais aussi des engagements issus de la loi, de l'usage et de l'équité. Ainsi l'équité implique l'insertion dans certains contrats des obligations d'information et de sécurité. Ce fondement a notamment profité au contrat médical²⁶.

En revanche, il y a bien des cas où le médecin est tenu de s'abstenir d'informer le malade, c'est ainsi que l'article 31 du code de déontologie marocain dispose qu' : « *un pronostic grave peut légitimement être dissimulé au malade* » tel est le cas, dans une infection à VIH. L'appréciation juridique en amont et en aval de l'obligation d'information médicale s'est également confirmée à la lumière d'une jurisprudence fluctuante, les juges de fond ont tenté par divers montages juridiques, parfois fragiles, de renforcer les droits des patients, corollaires de leur humanité, et les obligations des professionnels de santé, corollaires de la déontologie médicale²⁷. L'obligation d'information en est la parfaite illustration.

²⁴ Anne Laude, « Le droit à l'information du malade », Les Tribunes de la santé 2005/4 (no 9), p. 43-51.

²⁵ Article 24 .al 2 « De fournir les renseignements qu'il juge en conscience utiles à la continuation des soins ».

²⁶ Taha ben mohamed naceur, « l'obligation médicale vers une responsabilité élargie et non complexe », revue de la jurisprudence et de la législation 2011/11(no 9), p.9-93.

²⁷François Vialla, Mathieu Reynier, Éric Martinet, « les grandes décisions du droit médical »,L.G.D.J 2ème édition 2009, p.129.

Dans une relation contractuelle, la combinaison entre droit d'être informé pour le patient et le devoir qui incombe au praticien d'informer son malade, se complique dans l'absence d'un texte juridique qui prévoit avec précision les tenants et les aboutissants de cette obligation, ainsi seule la jurisprudence semble l'issue de secours dans ce vide juridique. L'appréhension large du devoir d'information semble inquiéter le corps médical qui redoute de plus en plus cette obligation qui profite pour le patient d'obtenir réparation du préjudice, sans toutefois qu'une faute médicale technique soit commise.

Ainsi, l'obligation d'information médicale est considérée par beaucoup comme un principe juridique acquis, mais d'aucun ne peut en délivrer les contours qui demeurent incertains. Si la jurisprudence a réussi à préciser la portée de l'obligation d'information. Des doutes persistent quant au régime de la preuve et de la sanction lors d'un manque ou d'absence d'information.

I. L'étendue de l'obligation d'information

Le devoir d'information médicale a connu une évolution au fil des temps, son contenu que l'on évalue aussi quantitativement que qualitativement, est oscillé entre une information à caractère nécessaire et une information à caractère exceptionnel.

1- Une information à caractère nécessaire

Le contenu de l'information que l'on décrit comme essentielle, est indépendante de la relation médecin patient, elle transcende également la nature de l'acte médical, elle est large, tant rationae materiae que rationae personae.

Elle concerne non seulement, le médecin prescripteur, mais aussi celui qui réalise la prescription, et incombe au-delà sous leur responsabilité à l'ensemble du personnel soignant²⁸.

En outre, l'information doit être délivrée préalablement²⁹ et postérieurement à tout acte médical, ainsi le patient saura s'il accepte ou non le contrat médical ou la prise en charge hospitalière. Les renseignements, que les médecins fournis doivent porter non seulement sur l'état de santé du malade, mais aussi sur la nature de l'acte conseillé, et ses alternatives éventuelles³⁰.

L'information devient plus précise, lorsque son objet est un acte de chirurgie esthétique, le patient a le droit d'être informé sur les conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications³¹.

Le droit de l'information s'élargit même sur le plan temporel, le praticien doit également avertir et informer son malade sur les conséquences indésirables qui ont survenus

²⁸ Natalie Albert, « obligation d'information médicale et responsabilité », RFDA 2003, p.353.

²⁹ أحمد أدريوش، العقد الطبي: تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه، الطبعة الأولى 2009، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، ص120-121.

³⁰ Anne Laude, Bertrand Mathieur, Didier Tabuteau, « Droit de la santé », Thémis 1^{ère} édition 2007, P.337.

³¹ Art.L.6322-2 du code de la santé publique du droit français.

postérieurement au traitement, ces risques que le droit français a surnommé les risques nouvellement identifiées.

Au demeurant, le praticien, est incité à donner une information claire, loyale et appropriée³², ces caractéristiques appellent le médecin à adapter le langage du patient et de prendre en considération son niveau socioéconomique³³, cependant si théoriquement cela est possible, sur la pratique c'est tellement délicat, comme l'information est médicale, elle couvre ce qui est scientifique et technique, un domaine que le profane peut comprendre et interpréter à sa guise, si les données communiquées ont été appréhendées d'une manière erronée.

L'extension de l'information est envisagée également concernant à qui on doit l'information. Et qui peut on ne pas informer ou limiter partiellement son contenu.

Le créancier de l'information est avant tout le patient, mais s'il est en difficulté d'exprimer sa volonté c'est ses proches³⁴, en revanche, en cas d'urgence, ou de refus du patient à être informé, le médecin est dispensé de l'obligation d'information³⁵, en l'espèce la cour de cassation a considéré que l'état du patient qui nécessite une intervention rapide d'une opération chirurgicale afin d'éviter tout risque éventuel dispense le médecin du consentement et de l'acceptation de la partie concernée³⁶. En parallèle le médecin est en droit de dissimuler le pronostic grave à son malade³⁷, parce que avant tout et en dehors des textes juridiques, le médecin est seul doté de la capacité de distinguer si une information en cas d'un pronostic grave voire vital, peut avoir des retombées négatives sur le malade tant sur le plan physique que psychique, et à ce titre la limitation de l'information devient légitime.

A l'opposé du bénéficiaire de l'information, se trouve la personne tenue à informer, il s'agit de l'ensemble des professionnels de santé, que ces derniers opèrent dans le secteur privé ou public, à titre individuel ou au sein d'une équipe médicale, à la seule condition, que l'information exigée soit en fonction de leurs compétences. Ce partage d'obligation d'information, on peut l'imaginer en terme des rôles des médecins, partant par la prescription à la réalisation de l'acte médical, ainsi seul nous semble-t-il le médecin qui exécute l'acte est tenu d'une obligation d'information principale³⁸.

2- une information à caractère exceptionnel

L'acte médical ou thérapeutique, réunit certainement des risques éventuels, que le professionnel de santé est en mesure de prévoir, et à cet effet tenu de délivrer à son patient.

³² Art. 35 du Code de déontologie médicale français.

³³ H.Ettahriac/A.Tahirbc/M.Layachiac/S.Aklaac/S.Baldéac/S.Ouguellitac/S.Boutayebac/H.Errihaniac, « Droit à l'information médicale et obligation d'informer. Quelle information et pour qui ? Exemple de l'oncologie au Maroc », Ethique et santé, volume 14, issue 1, Mars 2017, P.30-33.

³⁴ Cour d'appel de Rabat arrêt n°225 du 03/04/2008, dossier nr 14/07/372-316.

³⁵ J.Hureau/D.Poitout, « l'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel », Masson 2005, P.181.

³⁶ Cass.ch.civ, 31 mai 2001, n°pourvoi 2149.

³⁷ Art 31 du code de déontologie marocain.

³⁸ Anne Laude/ Bertrand Mathieur/ Didier Tabuteau, *op.cit*, P.337

La notion de risque a connu une intensité au niveau de la jurisprudence du droit français, ainsi la haute juridiction considérait que l'« information que doit donner le praticien n'est exigée que pour des risques normalement prévisibles », cette position originelle de la jurisprudence n'a pas tenu longtemps, un revirement jurisprudentiel a eu lieu à partir de 1998, les praticiens sont tenus désormais à une obligation qui prend en considération même les risques exceptionnels.

La notion d'une information médicale qui couvre même le risque exceptionnel, a été beaucoup critiquée, d'une part et eu égard à sa finalité, l'information porte plutôt sur les risques, dont la mesure où ils sont de nature à avoir une influence sur la décision du patient d'accepter ou de refuser des actes médicaux, toutefois l'obligation d'information dont le risque est exceptionnel n'était pas considérée de nature à éclairer le consentement du malade, elle pouvait seulement faire peser sur lui une charge psychologique inutile et peut être nuisible au succès du traitement ³⁹, d'autre part, parfois limiter la teneur d'une information médicale peut être efficace, si le médecin réussit à avoir le consentement éclairé du patient sans pour autant l'inquiéter sur les risques exceptionnels de l'acte médical envisagé, lorsque ce dernier s'inscrit dans le cadre du soin curatif, mais il est encore une fois nécessaire d'introduire le risque exceptionnel lorsque l'intervention médicale se situe dans le domaine de chirurgie esthétique. Le patient est en droit d'avoir une information médicale complète qui porte sur tous les risques connus, et cela est justifié par le fait que le patient ici contracte en tant que patient consommateur.

Dans le même sillage, il a été précisé que limiter l'information seulement aux risques graves et prévisibles, anéantit la volonté du patient, qui peut ne pas contracter à la connaissance d'un risque exceptionnel, ensuite la quantification même du risque n'est pas unanime, l'expert médical à l'étude d'un procès avance son rapport d'expertise, que le juge apprécie selon son intime conviction, et de ce fait les appréciations du seuil de risque se trouvent oscillées d'une affaire à l'autre, et même d'une juridiction à l'autre. De surcroît, lorsque l'information intègre le risque à caractère exceptionnel, elle gagne en intensité et précision, et se trouve ainsi en parfaite conformité avec le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, et cela joue indubitablement en faveur du patient.

Quand bien même, que le verdict soit rendu, sur cette distinction entre l'obligation d'information à risque grave et prévisible et l'obligation d'information à risque exceptionnel, par un arrêt du 7 octobre 1998, qui a précisé que l'information concerne « les risques graves afférent aux investigations ou soins proposés »⁴⁰, le débat doctrinal reste ouvert sur cette question, ne désirant à l'heure actuelle trancher définitivement et mettant fin à cette distinction.

À la lecture de quelques arrêts de notre haute juridiction, on réalise qu'elle a adopté la position de son homologue français, ainsi dans sa décision du 25 octobre 2011, la cour de

³⁹ Sanaa Marzoug, « l'obligation d'information médicale », mémoire de l'école nationale de la santé publique Rennes 2000, P.25.

⁴⁰ Cass.1^{ère} civ, 7 oct 1998, n°pourvoi 97-10.267.

cassation a considéré que le médecin est obligé de préparer son patient psychiquement en l'informant de tous les risques et les complications que l'opération chirurgicale peut entraîner⁴¹.

II- Le régime juridique de la responsabilité en cas de défaut d'information

Si le défaut d'information a été constaté, et le praticien n'arrive pas à démontrer qu'il a rempli son devoir d'information, sa responsabilité est engagée(1), cependant sur le champ de la preuve du manquement à cette obligation, la jurisprudence fait peser la preuve sur le médecin, un renversement de la charge de preuve a ainsi été opéré(2).

1- La réparation du défaut d'information :

La notion du défaut d'information doit s'entendre soit d'une absence ou d'une insuffisance d'information sur les risques éventuels de l'acte médical, et sa finalité est d'obtenir un consentement éclairé du patient.

En matière de réparation, le manquement fautif du praticien à son obligation d'information, est certes une condition essentielle pour la réparation, mais encore faut-il qu'il entraîne un dommage réel. La victime a la charge de prouver le préjudice indemnitaire, et le lien de causalité entre le préjudice et le défaut d'information.

Le préjudice indemnitaire, est de deux types, le premier est d'ordre moral, il résulte du fait que le médecin n'a pas recueilli l'assentiment du malade avant d'intervenir. De même, l'autre préjudice que l'on pourra éventuellement alléguer, sera la perte de chance de refuser l'intervention. L'examen de décisions judiciaires montre que faible est le montant des dommages-intérêts accordés, de ce chef, aux patients mal informés par leur médecin⁴².

La sanction du défaut d'information s'inscrit dans le mouvement d'information élargie que la loi et la jurisprudence insistent à son établissement, cette évolution fait en sorte que l'obligation d'information soit un principe que tout professionnel doit respecter. Toutefois la concrétisation de ce principe se positionne dans un processus d'hésitation par la jurisprudence, qui condamne parfois le praticien, en cas de défaut d'information, en faisant en sorte que cette obligation qui n'a de cesse d'évoluer une obligation pressante qui peut prendre allure d'une obligation de résultat⁴³.

C'est autour de l'évolution de la jurisprudence quant à l'obligation d'information, qu'il faut analyser la périlleuse question de réparation dont les contours demeurent incertains.

La réparation afférente à la violation du devoir d'information, a posé de multiples interrogations juridiques, notamment le problème du lien de causalité. La cour de cassation retint par exemple que la responsabilité du médecin pouvait être engagée, pour l'intégralité

⁴¹ Cass.1^{ère} civ,25 oct 2011,n°pourvoi 4605.

⁴²Jean Francois Burgelin, « l'obligation d'informer le patient, expliquée aux médecins »,« https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/jean_fran_5787.html »,Rapport annuel 1999.

⁴³ Nathalie Albert.,*op.cit.*,P.357.

du préjudice subi par un enfant, dès lors que le défaut d'information concernant le risque que l'opération faisait courir n'avait pas permis aux parents de prendre une décision éclairée et de motiver un refus éventuel⁴⁴.

La victime du défaut d'information, souhaitant obtenir réparation du dommage lié à cette faute, a par la suite découvert une autre modalité juridique pour engager la responsabilité indemnitaire du médecin, désormais il est possible de recourir à la théorie de la perte de chance.

La position de la cour de cassation, par rapport à la question de la notion de perte de chance, a suscité quelques critiques, dans un premier lieu, il a été considéré qu'il fallait évaluer si le refus de soins par le patient pourrait lui épargner la probabilité du dommage, si l'information a été totalement délivrée, ainsi il a été précisé que « Attendu, cependant, que dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au patient la chance d'échapper à une atteinte à son intégrité physique, le dommage qui en résulte pour lui est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant »⁴⁵.

Par la suite, la cour de cassation a emprunté un autre chemin de raisonnement, désormais, la présence de perte de chance indemnisable n'est plus exigée. Pour certains « le défaut d'information, qui a privé le patient de la possibilité d'opérer un choix, devrait donner lieu à une réparation intégrale, car elle est bien, par l'impossibilité ou elle a mis le patient de faire un choix raisonné, à l'origine de l'entier dommage », ce revirement jurisprudentiel s'est confirmé et réaffirmé par d'autres décisions, et l'arrêt de 1999 étant devenu un arrêt de principe, cette position pouvant estimer reconforter bon nombre d'auteurs qui ont soutenu le droit du patient à l'indemnisation en cas de manquement à l'obligation d'information, en l'absence même d'une perte de chance indemnisable. Reste à se demander s'agissait-il d'un préjudice moral inhérent à un nouveau droit subjectif, le droit à l'information du patient comme le soutenaient des auteurs ? ou bien était-ce un préjudice dit « d'impréparation », ainsi qu'il a été opportunément nommé, c'est-à-dire qu'un préjudice résultant du fait que la victime d'un dommage médical n'a pu s'y préparer psychologiquement ni s'organiser matériellement et économiquement en prévision de son éventuelle survenance ?⁴⁶

2- vers une preuve à la charge du médecin

Dans le contexte de consécration des droits du patient, la jurisprudence n'a pas cessé d'introduire des règles en faveur de l'indemnisation de la victime, et à ce titre le régime de la preuve que jadis se basait sur l'obligation du demandeur d'apporter la preuve en cas de violation du devoir d'information, a connu un renversement de la charge de preuve,

⁴⁴ François Vialla/ Mathieu Reynier/ Éric Martinet, « les grandes décisions du droit médical », L.G.D.J 2ème édition 2009, P.158.

⁴⁵ Cass.1^{ère} civ, 29 juin 1999, n°pourvoi 97-14.254.

⁴⁶ Patrice Jourdain, « préjudice réparable en cas de défaut d'information médicale : la cour de cassation réoriente sa jurisprudence », RTD Civ.2014,P.379.

désormais c'est autour de médecin d'apporter qu'il a correctement rempli son obligation d'information, et a obtenu le consentement libre et éclairé à l'intervention litigieuse⁴⁷.

L'arrêt de principe qui a secoué cette jurisprudence bien établie, est l'arrêt dit « Hédreul » rendu par la cour de cassation française le 25 février 1999, en l'espèce il a été précisé que *« celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation »*⁴⁸.

En revanche, et contre toute espérance d'emboîter le pas de son homologue français, la jurisprudence du droit marocain semble hésitée sur la position à prendre. ainsi dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Casablanca en 2008, il a été considéré que « l'obligation d'information médicale est parmi les obligations qui pèsent sur le médecin, et qu'il est tenu de l'informer sur tous les risques éventuels qui peuvent apparaître suite à l'intervention chirurgicale »⁴⁹ à la lecture de cet arrêt, il semble que l'arrêt souhaite confirmer que dans les interventions chirurgicales, l'obligation d'information se hisse au niveau de l'obligation de résultat, et par conséquent, il pèse sur le médecin la charge de prouver qu'il a exécuté cette obligation.

A l'opposé de la jurisprudence, la doctrine ne partage pas son orientation, elle analyse la régime de la preuve en transcendant la distinction basique entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, elle se réfère à la seule différenciation entre obligation de moyen et obligation de résultat. Selon la qualification juridique opérée sur l'obligation du médecin dans un acte médical, on désigne s'il s'agit d'une obligation d'information à la charge du professionnel ou du patient. Autrement dit, lorsque le médecin est tenu d'une obligation de résultat, lors par exemple d'une intervention chirurgicale ou transfusion sanguine, il doit fournir au patient une information complète, compréhensible et détaillée, qui porte sur les risques même éventuelles et exceptionnelles, et si manquement d'information a été objet de prétention par la victime, il serait chargé de prouver qu'il a rempli son obligation d'information. Par contre, dans la situation inverse, lorsque le médecin est tenu d'une obligation de moyen, à titre d'illustration le diagnostic ou le pronostic, le médecin demeure toujours obligé d'informer, son patient, mais le contenu de cette information peut se limiter sur des renseignements à même de le faire consentir à l'acte médical, sans pour autant insister sur un consentement libre et éclairé et partant, la charge de la preuve incombe au patient.

Tout bien considéré, il faut convenir que la difficulté ressentie par le patient dans la constitution de la preuve d'un fait négatif, dans le cas de l'absence d'information, n'épargne pas que la victime, même le médecin se trouve dans cette situation embarrassante, quand on lui exige l'administration d'une telle preuve. Avoir recours à

⁴⁷ Vincent Callewaert, Rapport belge : « l'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient », http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/310/310406_Callewaert_V_Obl_Infor_RptBelge.pdf.

⁴⁸ Yves Lequette / François Terré / Henri Capitant, « les grands arrêts de la jurisprudence civile », Dalloz, 12 Edition, octobre 2007, P.123.

Cour d'appel de Casablanca, arrêt n°1/4176 du 08/10/2008, dossier nr 08/1/90.⁴⁹

l'écrit s'avère une solution judicieuse, d'une part, c'est un mode de preuve, d'une autre part, il permet une information complète qui peut réconforter le professionnel de santé de la lourdeur de l'obligation d'information, néanmoins, il peut engendrer le refus du consentement si le malade présente des symptômes d'une maladie grave et que le formulaire du consentement l'explique explicitement, ainsi vouloir le dissuader de se soigner serait une mission difficile à accomplir.

Le transport maritime marocain entre la libéralisation et la crise

Fatiha RAMY
Professeur Assistant
de l'enseignement Supérieur
l'Institut Supérieur d'Etudes Maritimes

Introduction :

Aucune nation au monde ne paraît douter des effets bienfaits du développement du transport international sur son commerce extérieur et sur sa croissance. Même les plus autarciques dépensent des sommes importantes pour leur pavillon maritime, aérien ou terrestre.

La mondialisation de l'économie a renforcé le rôle du transport maritime par l'ampleur de son développement⁵⁰. La libéralisation du transport maritime est une question de grande actualité car avec la globalisation progressive des marchés, on assiste au développement des échanges commerciaux et des services de transport maritime.

Dans le cadre de la politique de libéralisation adoptée au Maroc depuis les années 1980 (adoption du Programme d'Ajustement Structurel P.A.S) et la signature d'un certain nombre d'accords de libre-échange, Le Maroc cherche à renforcer l'ancrage de l'économie nationale dans l'économie internationale.

Parmi les réformes adoptées, il y en a celle du transport maritime. Mais la réforme de toute l'activité maritime s'imposait à savoir la réforme portuaire : L'Office D'Exploitation Portuaire (ODEP) remplacé par deux entités : l'Agence Nationale des Ports (ANP) et la SODEP (Société d'Exploitation des Ports) qui deviendra en Décembre 2006 Marsa- Maroc (qui aura pour tâche l'exploitation des terminaux et quais portuaires dans le cadre d'une concession) comme premier pas vers la privatisation de l'activité maritime ; la création d'un guichet unique informatisé reliant l'ensemble des intervenants dans l'enceinte portuaire en l'occurrence PortNet⁵¹, la création des zones franches afin d'attirer des Investissements Directs Etrangers (I.D.E) et de la création des Duty-Free.

Mais, ces dernières années le pavillon marocain est menacé de la disparition à la suite de la crise des compagnies maritimes. Cette crise du transport maritime qui a rendu les opérateurs marocains, de plus en plus, rares, est le cumul d'un certain nombre de variables. Malgré que le fait que la demande de transport maritime soit croissante et pérenne et que le Maroc soit le premier exportateur mondial des phosphates, un important importateur des céréales et un net importateur du charbon et des hydrocarbures...etc, la flotte marocaine est en forte régression.

⁵⁰ Elisabeth GOUVERNAL, « Politiques maritimes et développement : Cas la Corée du Sud et la Côte d'Ivoire » Ministère de la coopération et du développement, France 1988.

⁵¹ PortNet : est une plateforme portuaire d'échange de données pour faciliter les procédures du commerce extérieur.

Avant d'entamer la crise actuelle du transport maritime marocain, qui d'après des experts maritimes ne date pas d'aujourd'hui mais trouve ses origines dans les milieux des années 2000 ; un aperçu historique s'avère nécessaire avant de traiter la libéralisation de cette activité ainsi que ses conséquences lourdes qui ont abouti à la défaillance des compagnies maritimes.

I – Aperçu historique sur le transport maritime marocain

Une analyse d'ensemble reflétant l'évolution du transport Maritime marocain depuis l'indépendance jusqu'à nos jours, nous permet de dévoiler les forces et les faiblesses de cette activité.

L'histoire du transport maritime marocain est marquée par un certain nombre de dates qui l'ont distinguée par rapport aux autres activités.

1 – Après l'indépendance : 1958-1959

Juste après l'indépendance l'Etat marocain est devenu le principal actionnaire de la Compagnie Marocaine de Navigation (COMANAV), qui prit la relève de la compagnie Franco-Chérifienne de la Navigation créée pendant le protectorat en 1946. A cette époque le transport des échanges extérieurs marocains s'est distingué par :

- ❖ La prédominance des compagnies occidentales,
- ❖ L'interdiction pour la COMANAV de participer aux échanges.

2 – Le transport maritime sous pavillon marocain

En 1962, l'Etat Marocain s'est exprimé en faveur du transport sous pavillon national.

Cette tentative s'est heurtée aux intérêts occidentaux, du fait que la quasi-totalité des transactions internationales marocaines s'effectuaient à l'étranger.

Après cette époque, le Maroc comptait à peine quatre compagnies de navigation nationales, tandis que la participation des compagnies maritimes étrangères restait très forte.

3 – Le code des investissements maritime de 1973

Le transport maritime à l'instar de toutes autres activités économiques nationales, a connu son effervescence avec le plan quinquennal de 1973-1977.

Ce code des investissements maritimes a permis l'évolution de la flotte de commerce marocaine qui est passée de 20 à 60 navires, et de compagnies maritimes qui sont passées de 4 à 16.

La Compagnie Marocaine de Navigation a pratiqué, à son tour, une politique d'investissement par l'acquisition de dix huit(18) navires.

4 – l'adoption du plan de développement 1978-1982

Ce plan a été conçu pour définir les priorités à retenir dans la préparation de plan de développement des transports maritimes marocains de 1978 – 1982.

Le transport maritime national avait pour vocation essentielle le transport de marchandises et de passagers. En 1979, l'âge moyen des navires a baissé à 4 ans contre 13 ans en 1973.

La COMANAV a entrepris des investissements dans le cadre du partenariat notamment avec l'Office Chérifien des Phosphates (OCP) et la Société Anonyme Marocaine de l'Industrie du Raffinage (SAMIR).

A cette époque, la situation de l'activité maritime était un indicateur déterminant du degré de développement des pays.

Sur le plan international, cette période fut marquée par d'importantes modifications aux niveaux des structures du transport maritime et de l'aspect technique de son organisation grâce à l'introduction de la « conteneurisation ».

5 – L'activité maritime durant la période 1982 – 1993

Le début de la décennie 1980 a été marqué par une détérioration prononcée des équilibres internes et externes, trouvant sa justification non seulement dans les faiblesses structurelles de l'économie marocaine, mais également, dans les déséquilibres macroéconomiques très importants. Pour faire face à cette crise aiguë, le Maroc s'est lancé en septembre 1983, avec l'appui du Fonds Monétaire International et de la Banque Mondiale, dans un programme d'ajustement structurel.

Ce processus s'est basé essentiellement sur la maîtrise de la demande interne, la mobilisation de l'épargne locale, l'optimisation de l'allocation des ressources, et sur un réaménagement des taux de change en vue de sauvegarder la compétitivité de l'économie nationale.

La restriction des interventions de l'Etat dans l'économie s'est faite à travers l'amélioration de la gestion des entreprises publiques mais surtout moyennant le lancement **d'un** vaste programme de privatisation, considéré par les observateurs étrangers comme une réussite. Mais en 1987, le bilan du pavillon national en général, et de la COMANAV en particulier était très positif. Durant cette période la flotte marocaine a appris à faire face au commerce mondial en offrant un service de qualité et à des prix compétitifs.

6 – La situation du transport Maritime entre 1993- 1997

Une mauvaise gestion et un climat social inadéquat au niveau de l'exploitation portuaire se sont répercutés négativement sur la qualité des services rendus.

En 1996, la flotte marocaine ne satisfait plus que de 12% des besoins du Commerce extérieur marocain et ceci trouve son explication dans les éléments suivants :

- ❖ L'armement marocain a enregistré une perte de vitesse par une baisse des tonnages transportés et par conséquent une baisse du chiffre d'affaires,
- ❖ Malgré l'acquisition de deux navires, un porte-conteneur (de 1685 tonnes) et d'un navire roulier (de 6580 tonnes) l'armement est resté toujours victime de la concurrence étrangère,
- ❖ La flotte marocaine souffre des difficultés inhérentes à sa propre structure, caractérisée par un sureffectif en personnel sédentaire (cas de la COMANAV⁵²: le personnel navigant est

⁵² « Etude sur la stratégie du secteur du transport maritime marocain et le développement du pavillon marocain » Transportation Infrastructure et Logistics ALG Juin 2013.

- ❖ relativement faible par rapport aux personnels sédentaire).

Durant cette période, l'armement marocain a rencontré des difficultés pour le renouvellement de ses unités obsolètes ou inadaptées à la nature du trafic exigé par la scène internationale des transports maritimes. Ces difficultés se matérialisent par l'absence de sources de financement suffisantes, compte tenu de la grande capitalisation de l'activité, alors que le secteur mondial des transports maritimes se restructure par la naissance de sociétés géantes de transport maritime aboutissant à l'instauration de l'hégémonie de régions traditionnellement maritimes, telles que l'Europe. La capacité de port en lourd global de la flotte nationale s'est réduite à la suite de la cession d'un certain nombre de navires à l'étranger, principalement en raison de leur âge avancé. Par ailleurs, le transport maritime ne bénéficie d'aucun soutien public, contrairement à d'autres pays.

Quant à l'intervention de l'armement marocain dans le transport des passagers et des véhicules, il est appréciable, compte tenu des investissements réalisés pour l'acquisition d'unités adaptées au secteur. L'évolution de celui-ci va de pair avec la politique concernant le transit des RME (résidents marocains à l'étranger). En 1994, la flotte de passagers se compose de six unités (contre deux en 1986) : Marrakech (COMANAV), Boughaz, Bismilah (COMARIT), Ibn Batouta 1, Ibn Batouta 2 (LIMADET), Idriss 2 (Transtour). La capacité globale est de 5.574 passagers et 1.105 voitures. Au cours de 1994, cette flotte a transporté 952.207 passagers et 196.209 véhicules.

Dans le domaine du cabotage, cette activité reste axée essentiellement sur l'approvisionnement des raffineries de pétrole de Dakhla à Nador en vue d'alimenter toutes les provinces du Royaume de produits pétroliers raffinés, soit 955.105 tonnes en 1994⁵³.

Les navires battant pavillon marocain sont en voie de disparition, sur plus de 70 navires dans les années 1980, le Maroc ne compte que six navires encore en mer (fin 2015). Ainsi, le Maroc dépend à 100% des transporteurs étrangers pour assurer l'acheminement des ses approvisionnements stratégiques et transporter sa communauté à l'étranger (Ressortissants Marocains à l'Etranger (R.M.E)).

II – L'entrée en vigueur de la linéarisation et émergence de la crise

Dans le cadre de la libéralisation d'une activité économique, l'Etat ne dirige rien et ne gère rien, mais il doit veiller au bon déroulement de l'activité libéralisée à travers une main invisible par le biais d'une réglementation qui constitue dans notre cas l'architecture de l'activité économique maritime (transport et portuaire).

L'ouverture commerciale de l'économie marocaine, entamée depuis son adhésion au GATT en 1987, puis à l'OMC en 1994 et concrétisée par la signature d'une multitude d'accords de

⁵³ Données Office des Changes

libre-échange et d'accords commerciaux, s'est traduite par un accroissement des échanges commerciaux avec le reste du monde, suscitant, ainsi, un fort besoin en matière d'infrastructures et de services de transport à même d'accompagner et de renforcer cette dynamique. Dans ce contexte, le transport maritime qui assure plus de 95% du commerce extérieur marocain est considéré comme un secteur névralgique pour l'économie marocaine.

1 – la convention signée avec l'Union Européenne

Le point de départ de la libéralisation renvoie, en effet, à la convention signée avec l'Union européenne (U.E) pour la réforme des transports. Il s'agit du PARST (convention de financement du programme d'appui à la réforme du secteur des transports), signé le 28 octobre 2003.⁵⁴

L'UE s'y engage à verser 96 millions d'euros en contrepartie de la mise à niveau du secteur marocain. Le versement devait se faire en trois tranches en fonction de l'état d'avancement de la réforme.

Pour les activités maritime et portuaire, trois objectifs étaient fixés par la convention :

- définir les conditions d'exercice des activités maritimes et auxiliaires des transports maritimes
- mettre en œuvre le contrat-programme Etat-Comanav
- et introduire la concurrence dans les activités de manutention au port de Casablanca.

En bon élève, le Maroc s'attelle à atteindre ces objectifs et il y excelle, en témoigne le rapport d'évaluation du PARST, produit par les experts de l'UE en novembre 2010. Les politiques publiques se sont alignées sur les termes de la convention, bien entendu pour encaisser la contribution financière promise. L'activité de la manutention a été libérée au port de Casablanca après avoir éclaté l'ODEP en deux structures : Marsa Maroc et l'ANP (agence nationale des ports).

Le contrat-programme Etat-Comanav a été mis en exécution avec quelques changements qui portent, initialement, sur le développement du transport de conteneurs, finalement il s'est quasi concentré sur le transport de voyageurs. Dans la foulée, le désengagement de l'Etat s'est fait concrétiser, en 2007, à travers la cession de la COMANAV à CMA/CGM.

Quant à la redéfinition de l'exercice de l'activité maritime, c'est une circulaire qui en a scellé le sort, pas un décret et encore moins une loi. La circulaire précise que :

- à partir du 1^{er} juillet 2006, tous les navires de commerce sous pavillon étranger peuvent opérer librement et sans restriction des services directs en provenance et/ou à destination des ports marocains.
- à partir du 1^{er} juillet 2007, date de la dernière phase de la libéralisation de l'activité maritime, on a permis à créer neuf ligne maritimes régulières de fret conteneurisé et une ligne maritime dédiée au trafic roulier qui ont été initiées par des compagnies maritimes nationales et étrangères.

⁵⁴Source des Statistiques Direction de la marine Marchande

A partir de cette date, tous les navires de commerce sous pavillon étranger peuvent opérer librement et sans restriction, en provenance et/ou à destination des ports marocains, des services de transport maritime de marchandises de quelque type que ce soit (direct, transbordement, feeder ou wayport).

« La libéralisation, oui, mais les autorités marocaines avaient surestimé la capacité des nationaux à faire face à la concurrence dans un secteur fortement concentré », déplore Najib CHERFAOUI⁵⁵ ; et l'histoire lui donne raison.

La flotte marocaine a tenu bon jusqu'à la flambée des prix du pétrole. L'essentiel de la structure des charges se résumait dans la facture du fuel. Les signaux de détresse commençaient à se faire persistants sans que la tutelle ne réagisse.

2- Une politique publique en faveur de la libéralisation du Transport Maritime

Le 20 Décembre 2005, le Ministre des transports à l'époque Mr Karim GHALLAB a présenté la future politique publique du transport maritime lors d'une journée organisée à Casablanca sous le thème « Le transport maritime à l'ère de la libéralisation ». La politique publique s'articule autour de deux axes : la première est la mise en place d'un système efficace, à faible coût et pérenne ; la seconde est la mise à niveau des opérateurs marocains pour leur permettre de prospérer dans un marché compétitif.

A noter que cette politique publique a été construite autour des constats de l'étude commanditée par le département du Transport et réalisée par le cabinet de conseil international anglais sur le transport maritime « Drewry Shipping Consultants Ltd ».

L'étude s'est d'abord attachée à établir un diagnostic de l'activité du transport maritime.

Son premier constat était le déclin sans cesse de la flotte maritime marocaine au moment même que le Maroc œuvre à une plus grande libéralisation de ses échanges. En plus de la réduction de son nombre, la flotte souffrait aussi d'une vétusté engendrant un manque de compétitivité. La moyenne d'âge des navires marocains en 2005 s'établit à 20,6 ans contre 13,7 ans pour la flotte mondiale.

L'étude a révélé aussi que dans la mesure que les importations et les exportations nationales sont entièrement dépendantes du transport maritime, l'existence des lignes logistiques performantes n'est plus un luxe mais elle est devenue un impératif, un élément essentiel pour relever et préserver les défis de la compétitivité globale du commerce extérieur et surtout celui des exportations.

En outre, l'étude a attiré l'attention sur le fait que les investissements se limitent essentiellement sur l'acquisition des navires de seconde main.

Sur la base de ces constats, le bureau d'étude Britannique a préconisé de nombreuses mesures à même d'améliorer la compétitivité de la flotte marocaine qui ne comptait à l'époque que 40 navires (2005).

⁵⁵ Najib Cherfaoui Ingénieur des Ponts et Chaussées et chercheur dans le domaine du transport Maritime et Portuaire « Article publié le 13 Mars 2013 dans le journal quotidien l'Opinion »

La première recommandation était le réajustement des coûts de l'équipage, de maintenance, d'assurance et de la charge fiscale.

La seconde était la suppression des contraintes imposées aux armateurs marocains. L'étude propose, ensuite, la libéralisation des services directs et aussi la réforme de la réglementation du transport maritime.

En 2007, l'État marocain privatise la compagnie ⁵⁶, qui est cédée à un consortium représenté par la CMA-CGM pour un montant de 2,2 milliards de MAD (environ 200 millions d'euros). La compagnie française est surtout intéressée par le secteur portuaire et cède le pôle passager à la compagnie espagnole Balearia, qui revend sa part à la compagnie marocaine COMARIT pour 80 millions d'euros en février 2009. La filiale est renommée Comanav Ferry.

En 2012, Comanav Ferry cesse ses activités à la suite des ennuis financiers de la société-mère [COMARIT](#), qui disparaît à la suite d'une liquidation judiciaire le 17 juillet 2014.

3 – Origine de la crise actuelle

Le secteur des transports maritimes prend plus d'importance avec la libéralisation et le développement du commerce extérieur. Cependant, face à la concurrence étrangère, la flotte se caractérise par son obsolescence.

A – Diagnostic des activités maritimes et portuaires

Les transports maritimes couvrent en volume 98% des échanges extérieurs du Maroc avec le reste du monde. Le commerce extérieur qui constitue la majeure partie de la demande du transport maritime ne cesse de se développer. Le Maroc a enregistré un taux d'ouverture⁵⁷ de 103% en 2011 pour atteindre 106% en 2012 et de 138 % en 2016⁵⁸.

La politique maritime s'est donc penchée sur la constitution d'une flotte performante, surtout depuis 1980 avec l'instauration du trafic conteneur. L'offre de transport maritime comprend des opérateurs nationaux (publics et privés) et internationaux. Les trois sociétés publiques sont la COMANAV (lignes régulières, navires spécialisés et vraquiers sur le marché de l'affrètement), MARPHOCEAN (filiale de l'OCP opérant pour le groupe et sur le marché international, spécialisée dans le transport de l'acide phosphorique et de minerais) et PETROCAB (cabotage de produits pétroliers).

L'armement privé est composé d'une vingtaine de sociétés avec des flottes de taille variable (mais généralement petite), concentrées sur les lignes régulières, le transport spécialisé et les car-ferries pour la traversée du Détroit de Gibraltar.

Le développement des lignes régulières avec l'émergence d'une vive concurrence entre opérateurs sur les destinations traditionnelles, sont les traits saillants des

⁵⁶ La base juridique de la privatisation de la compagnie national COMANAV est la loi n°35-89 autorisant le transfert d'entreprises publiques au secteur privé.

⁵⁷ Le taux d'ouverture est mesuré par le rapport de la somme des exportations et des importations sur le PIB ($X+M/PIB \times 100$)

⁵⁸ Données Office des Changes

développements de la décennie passée. La valeur globale des produits transportés dans le cadre des lignes régulières représente 60% de la valeur globale du commerce extérieur. La chaîne de lignes régulières couvre environ 76 ports étrangers ; quant à l'armement marocain, il couvre 40 ports. Du fait de la structure des échanges du Maroc, les transports spécialisés se sont fortement développés en liaison avec les exportations d'acide phosphorique (MARPHOCEAN) et les exportations d'agrumes (COMANAV, COTRAMA, COMARIT, NAVIMAR, SOFRUMA, UNIMAR). Ainsi, la plupart des armateurs privés sont spécialisés dans le transport frigorifique de la campagne agrumes/primeurs. La loi sur la marocanisation (à présent abrogée), imposant un partenaire marocain pour tout investissement au Maroc, avait empêché l'installation des grandes compagnies de navigation sous forme de filiales. La démarche généralement mise en œuvre avait été de transformer un agent en partenaire pour développer l'activité à partir du Maroc. Ainsi, près de 80 agents maritimes opèrent au Maroc pour le compte de compagnies de navigation étrangères.

Le taux de participation de l'armement national au transport du commerce extérieur marocain se situe, en 1994, à 13,5% contre 16% en 1993, avec un tonnage global de 5.173.253 (3.882.815 en tonnage propre et 1.290.438 en tonnage affrété) contre 5.760.000 tonnes en 1993, engendrant un taux de couverture de la balance des paiements relative aux transports maritimes de 25% contre 30% en 1993. Le chiffre d'affaires de l'armement marocain pour 1994 est de 2.275.906.207 cs dont 1.717.066.364 pour les navires propres et 558.839.843 pour les navires affrétés.⁵⁹

Pour l'activité portuaire, le Maroc a adopté un processus de développement des infrastructures du transport maritime, il dispose de 12 ports de commerce à travers lesquels a transité 100,8 MT au titre de 2013, dont 75% du trafic national (Import-export) et 25% du trafic de transbordement au port de Tanger Med. La plupart de ces ports ont une vocation généraliste, et offrent à leurs principaux opérateurs une capacité annuelle totale de près de 243 MT⁶⁰.

Pendant la période 2008-2013, le trafic portuaire (import-export) a atteint, en cumul, environ 352 MT, avec une prédominance des ports de Casablanca, de Jorf Lasfar, de Mohammedia, et de Safi avec respectivement 32,5%, 22,7%, 15,6% et 7,8%. Ce trafic a connu une forte progression (+57%) entre les périodes 2008-2013 et 1993-1997. Cette période s'est caractérisée par la mise en œuvre en 2008 du port de Tanger-Med (4,2%) dont la capacité s'élève à 108 millions de tonnes soit 54% de la capacité exploitée et 45% de la capacité théorique de l'ensemble des ports de commerce nationaux en raison notamment de sa quasi spécialité en trafic conteneurisé. D'ailleurs, chaque TPL⁶¹ de navires porte-conteneurs assure en moyenne 27 fois plus d'échanges maritimes qu'un TPL de vraquiers.

⁵⁹ Source des statistiques la Direction de la Marine Marchande

⁶⁰ Les données de l'Agence Nationale des ports ANP

⁶¹ TPL : tonnes poids lourd

Pour mettre le Maroc en diapason de ses ambitions, une stratégie portuaire a été mise en œuvre en 2012 afin d'augmenter la capacité des ports marocains pour être en mesure de répondre à une demande croissante et de plus en plus exigeante en termes de qualité des services offerts. Cette stratégie table sur une demande globale (trafic et transbordement) de 290 MT à 370 MT à l'horizon 2030 au lieu 92 MT en 2010, et prévoit, par conséquent, un fort changement dans la structure du trafic portuaire.

La stratégie portuaire du Maroc à l'horizon 2030 vise à assurer un développement harmonieux et intégré aux ports du Royaume qui seront regroupés dans six pôles portuaires : pôle de l'Oriental (port Nador), pôle du Nord-Ouest (port de Tanger et Tanger Med), pôle de l'aire Kenitra-Casablanca (port de Casablanca, port de Mohammedia, et port de Kenitra), pôle Abda-Doukkala (port de JorfLasfar et port de Safi), pôle du Souss-Tensift (port d'Agadir) et pôle des ports du Sud (port de Tan-Tan, port de Laâyoune et port de Dakhla). Ce regroupement portuaire, dont l'enveloppe d'investissement est estimée à plus de 74 milliards de dirhams, permettrait d'aligner la gestion et l'organisation des ports marocains sur les standards internationaux et prend en considération la déclinaison territoriale en tant que moyen de gouvernance à même de créer un système portuaire moderne, cohérent et performant basé sur la gestion des complémentarités et la création des synergies entre les différents ports. Cette diversification territoriale de l'offre portuaire est de nature à soutenir les vocations régionales du littoral (Exp de l'agriculture et pêche pour Souss-Massa-Drâa à travers Agadir)⁶².

B- Quelle politique publique pour résoudre La crise du transport maritime ?

A l'arrivée du gouvernement A.BENKIRANE, le mal était déjà fait et un plan de sauvetage urgent était nécessaire. Toutefois, la notion d'urgence n'était pas appréciée de la même manière par les armateurs et la tutelle. En tout cas, Abdelaziz RABBAH, Ministre de l'Équipement, des Transports et de la Logistique de l'époque⁶³, prend son temps. Preuve en est l'étude commanditée auprès d'un cabinet espagnol pour la définition d'une stratégie de relance du secteur.

ALG (Transportation, Infrastructure & Logistics), bureau d'Études présente sa première copie en août 2013. Sa livraison ne portait que sur le diagnostic. Ce dernier confirme la crise, même s'il avance des chiffres non actualisés sur les sociétés encore actives et les navires toujours opérationnels. La feuille de route stratégique présentée en 2017 reste toujours confidentielle. Les navires de la COMARIT vendus aux enchères dont une grande partie des prix de vente sont versés au port d'Algesiras qui a retenu l'équivalent de ses créances auprès de la COMARIT ainsi que les frais portuaires liés à l'hébergement de ses navires durant quatre années ainsi que les frais de procédure aux enchères, le reste a été reversé au trésor ⁶⁴ espagnol.

⁶² Ministère de l'économie et des finances, la direction des Etudes et des Prévisions Financières DEPF « le transport maritime des marchandises évolution et perspectives » Mars 2016

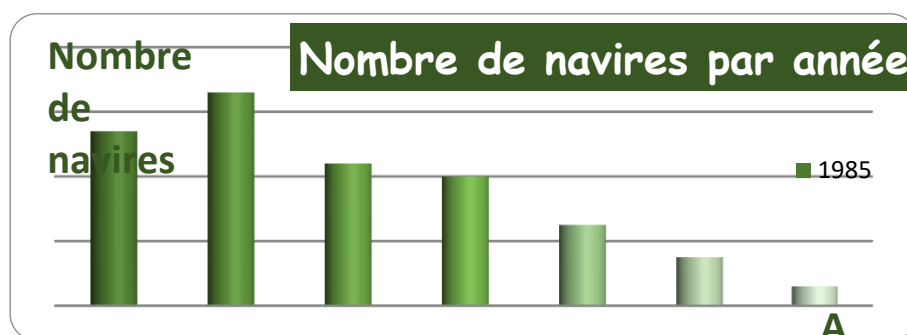
⁶³Gouvernement de A. BENKIRANE 2011-2016

La vente judiciaire de deux bateaux de la COMARIT en Espagne remet la lumière sur le triste naufrage du pavillon marocain.

« L'ignorance et le manque de vision ont fini par tuer le pavillon marocain ». Ces mots de Najib Cherfaoui, expert en transport maritime, résument la situation actuelle de la flotte nationale⁶⁵. Toujours pour Najib Cherfaoui pour sauver la COMRIT et la COMANAV-Fery, il a fallu que l'Etat injecte 20 millions de Dirhams.

Les compagnies maritimes n'ont plus la confiance des banques et des fournisseurs. Un contrat programme avec l'Etat permettrait de rassurer les bailleurs de fonds et mettrait en marche des stratégies pour combler les lacunes de la libéralisation de l'activité ce que réclamaient les armateurs en 2013.

La lame de fond qui l'a fait couler date du milieu des années 2000 comme le montre le graphique suivant.



Graphique construit à partir des Statistiques de la direction de la marine marchande

D'après l'étude de la direction des Etudes et des Prévisions Financières(DEFPP), elle confirme l'évolution contradictoire au sein de l'activité maritime, d'un côté on assiste à un développement continue des infrastructures portuaires et d'autre côté au déclin continue de l'offre du transport maritime.

D'après la même étude, on avance un déficit important de la balance des paiements des services maritimes⁶⁶ qui s'ajoute aux autres déficits commercial et budgétaires du Maroc. Cette étude préconise des recommandations dont les nécessaires sont dans un premier lieu l'encouragement de rapprochement des chargeurs et des armateurs afin d'optimiser l'exploitation du pavillon national. Les pistes à explorer sont pérenniser l'exclusivité du cabotage national aux hydrocarbures et envisager l'opportunité de l'élargir à d'autres segments tels que les matériaux de construction, et ce, dans une logique d'ouverture plus prononcée sur les régions du Maroc, notamment, les provinces du Sud. Cette exclusivité pour le pavillon national pourrait être envisagée sur certains produits importés (charbon, pétrole raffiné, souffre, blé tendre) avec un quota déterminé (deux tiers

⁶⁵ Najib Cherfaoui op -cit

⁶⁶ La balance des paiements des Transports maritimes enregistre un déficit de l'ordre de -11 998,0 millions de MAD d'après les statistiques de l'office des changes pour l'année 2016

du tonnage en tonnes miles) tout en se donnant les moyens pour garantir une offre maritime à même de préserver l'approvisionnement et de garantir la compétitivité des opérateurs tels que les distributeurs pour le cas des produits pétroliers raffinés. Par ailleurs, le pavillon national n'a pas profité de l'expansion de la flotte mondiale qui entre 1990 et 2015 affiche une progression annuelle moyenne de 4,2% contre une baisse annuelle moyenne de 9% pour la flotte marocaine. De fait, la part de la flotte nationale dans la flotte mondiale demeure extrêmement faible (0,01%). Plusieurs raisons expliquent cette situation. Entre autres, l'étude souligne que les navires battant le pavillon marocain sont inscrits au registre international marocain (RIM) alors que les registres nationaux se sont montrés non attractifs pour les navires ce qui a amené plusieurs pays à travers le monde à créer des registres parallèles (registre de libre immatriculation) offrant aux propriétaires/exploitants des avantages de fiscalité, notamment.

Ainsi, faudrait-il penser à la création d'un 2^e 2^{ème} registre incluant d'une manière progressive les segments du transport maritime en commençant, notamment, par le vrac solide avant de l'étendre au vrac liquide.

Ce registre devrait bénéficier d'un guichet unique pour un meilleur traitement administratif et fiscal. À ce titre, la DEPF estime judicieux d'envisager la création d'un régime d'imposition fiscale selon le tonnage pour les navires de commerce (taxe tonnage) au lieu de l'IS, et ce, afin de donner plus de visibilité aux armateurs.

En outre, l'industrie navale est quasi inexistante au Maroc alors qu'elle affiche, au niveau mondial, un dynamisme soutenu. Par conséquent, la DEPF recommande d'encourager, dans un premier lieu, l'émergence de services de réparation, voire de construction navale en plus, de l'ensemble des services connexes (financement, assurances, gestion technique, gestion de ressources humaines...). La direction estime en outre que l'affrètement, et notamment en coque nue, peut s'avérer extrêmement utile pour renforcer l'armement marocain et renforcer les métiers maritimes pour le personnel naviguant et sédentaire.

L'étude souligne également que le secteur bancaire et financier (peut jouer) a un rôle indéniable dans le financement des investissements maritimes, à travers notamment la création de nouveaux produits dédiés. La création d'agences de crédit-export afin de transformer un risque maritime et financier en risque garanti serait de nature à encourager le secteur bancaire à supporter le financement des investissements de cette activité.

Conclusion :

Les objectifs de la libéralisation du transport maritime au Maroc visaient à améliorer les services du transport maritime au profit du commerce extérieur, de permettre aux opérateurs économiques de développer leurs stratégies dans un cadre clair et transparent, d'encourager l'innovation et faire baisser les prix.

Mais les politiques d'accompagnement de cette libéralisation ont fait défaut. D'après Feu Mohammed KARIA ⁶⁷ « la libéralisation a été menée sans la mise à niveau de l'armateur marocain ».

Cette situation est due au manque de compétitivité des compagnies maritimes qui se sont montrées incapables de surmonter la concurrence structurée des grands majors de cette activité (Maersk, CMA-CGM, ...). En effet, les grandes multinationales du transport maritime optimisent leurs exploitations en faisant appel aux immatriculations les plus attractives en termes de financement et d'efficacité administrative. Ces compagnies vont même, jusqu'à, signer des accords techniques (partage et allocation d'espaces) tel le cas des grands transporteurs européens (le danois MAERSK, l'italien MSC et le français CMA-CGM21). Or, la plupart de ces compagnies desservent le Maroc ou les ports concurrents qui se trouvent sur les routes maritimes les plus proches du Maroc. Le déclin du pavillon national a, également, des conséquences négatives sur les gens de mer qui constituent un pilier essentiel du transport maritime, et dont le travail est régi, notamment, par des textes relevant de la réglementation nationale, avec la coexistence des textes relevant de la réglementation internationale (Organisation Internationale du travail et l'Organisation maritime internationale). Les gens de mer à bord des navires marocains de commerce, dont le nombre en 2012 a atteint 2350 avec 1650 marins et 700 officiers, reçoivent une formation adhérent aux prescriptions de la convention internationale sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille (Convention STCW⁶⁸). Nous avons assisté ces derniers jours, au retrait de l'activité maritime de l'Interschipping⁷⁰ qui était pour longtemps considérée comme un exemple dans cette activité hautement concurrentielle.

La mise en œuvre d'une politique publique dans cette activité vitale s'avère indispensable en ce moment, jusqu'à maintenant toutes les recommandations des Etudes Stratégiques effectuées par des cabinets et des bureaux d'études privées restent dans leur phase embryonnaires alors qu'elles sont pesées lourd sur le denier de l'Etat.

⁶⁷ Mohamed KARIA, président du groupe maritime IMTC

⁶⁸ **STCW** est un sigle qui signifie en langue anglaise Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers.

⁶⁹ L'Institut Supérieur d'Etudes Maritimes « ISEM » établissement public de formation des cadres officiers de la marine marchande conformément à la convention de la STCW

⁷⁰ Entreprise marocaine qui exploite un navire battant pavillon maltais ; le ferry rapide Maria Dolores qui assure la liaison Port Tanger ville-Tarifa et qui a été bloqué suite à une décision judiciaire espagnole.

Le contrôle de légalité sur les actes des collectivités territoriales : quel mode de gouvernance ?

LOUHMADE Abdeljlil

Professeur d'enseignement supérieur
à la faculté des sciences juridiques
économiques et sociales de Tanger

AZZOUZI Mohamed

Chercheur en gouvernance et audit
des collectivités territoriales

Introduction

Ayant une valeur constitutionnelle, Le contrôle administratif exercé par les représentants du pouvoir central (walis de régions et gouverneurs de provinces et préfectures) dans les collectivités territoriales au Maroc permet d'assurer la cohérence entre le principe de libre administration et le principe du respect de l'Etat de droit. Il traduit, en réalité, le caractère fortement affiché d'un Etat unitaire, bien que constitutionnellement l'organisation territoriale est décentralisée et fondée sur la régionalisation avancée.

Substituant la tutelle administrative, qualifiée trop tatillonne et lourde, le contrôle de légalité, énoncé par la constitution en 2011, sous le vocable du contrôle administratif, et mis en œuvre en 2015 par les lois organiques n° 111-14, 112-14 et 113-14, est censé alléger en amont le poids de la censure administrative et limiter le contrôle de l'opportunité des délibérations et des décisions des collectivités territoriales, qu'avait, auparavant, le ministère de l'intérieur et ses représentants.

D'une approbation ex ante, on a évolué vers un contrôle ex post intervenant sur les délibérations des conseils des collectivités territoriales. A ce sujet lesdites délibérations, avant d'être exécutoire, doivent faire l'objet de transmission au wali ou au gouverneur. N'ayant plus le pouvoir d'annuler ou de réformer un acte jugé illégal, et encore moins d'en apprécier l'opportunité, le wali ou le gouverneur ne peut que saisir le juge administratif compétent par voie d'un déferé ou procédé par visa des dites délibérations en se référant aux textes législatifs et réglementaires applicables en la matière.

Certains questionnements s'imposent à ce niveau : le wali ou le gouverneur agit-il, ici, dans le cadre d'une compétence liée et donc doit-il déferer tout acte jugé illégal ? Auquel cas, et compte tenu du nombre quasi-indéfini d'actes pris par l'ensemble des collectivités territoriales assujetties au contrôle, cette saisine ne risque-t-elle pas d'inonder les juridictions administratives, à travers une « judiciarisation » à outrance du contrôle de légalité ? Subséquemment lesdites juridictions disposent-elles de moyens humains et matériels suffisants pour affronter cette situation ?

Les interrogations soulevées reflètent, néanmoins dans un contexte marocain, des préoccupations d'applicabilité et de pertinence du mode de gouvernance adopté, des choix et des instruments choisis.

I. Cadre conceptuel et objet du contrôle de légalité

Avant de passer en revue les matières qui font l'objet du contrôle de légalité, il est utile d'explorer au préalable son cadre conceptuel et les traits marquants qui font son originalité.

I.1. Source et caractères du contrôle de légalité

Le contrôle de légalité puise son soubassement juridique dans la Constitution de 2011. On lui attribue plusieurs spécificités qui le distinguent fortement de la tutelle administrative qu'exerçait le ministre de l'intérieur et ses représentants sur les collectivités territoriales avant la nouvelle ère de la régionalisation avancée.

I.1.1. Fondement juridique du contrôle de légalité

Le contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales trouve son fondement juridique dans les dispositions de la constitution de 2011⁷¹, des lois organiques régissant la régionalisation avancée⁷² et la jurisprudence du juge administratif.

A. Mission constitutionnelle...

L'ancrage constitutionnel du contrôle administratif confère au wali ou gouverneur une légitimité incontestable, de garant de la légalité et du respect des lois, dans les collectivités territoriales. L'article 145, alinéa 2 de la Constitution lui confie «Au nom du gouvernement, ils assurent l'application des lois, mettent en œuvre les règlements et les décisions gouvernementaux et exercent le contrôle administratif.»⁷³, juste après avoir affirmé le principe de libre administration des collectivités territoriales, dans son article 136. La norme suprême de la nation scella, ainsi, le lien consubstantiel entre ces deux principes constitutionnels, reflétant la réalité d'une organisation régionale et territoriale qui repose sur les principes de libre administration, de coopération et de solidarité, au sein d'un Etat unitaire et indivisible.

Dans un autre registre, mais la correspondance avec le contrôle est valable, certains auteurs qualifiaient la tutelle et la décentralisation de deux notions intimement liées, dans ce sens L. MASPÉRTIO et P. LARQUE mettent l'accent sur ce point dans leur ouvrage intitulé « la tutelle administrative » : « Dans un Etat unitaire, la décentralisation ne va pas sans tutelle, ni la tutelle sans décentralisation »⁷⁴.

Ce lien de parenté entre l'autonomie de la collectivité territoriale et l'exigence de contrôle, confirmée par le juge constitutionnel français, signifie que la libre administration des collectivités territoriales ne peut se définir et s'exercer que sous l'égide des prérogatives de l'Etat en matière de contrôle administratif. Celles-ci « ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement ; (et) l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72(...) permette

⁷¹ Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution «Bulletin officiel » n° 5964 bis du 28 chaabane 1432 (30 juillet 2011)

⁷² La loi organique n° 111-14 relative aux régions, la loi organique n° 112-14 relative aux préfectures et provinces et la loi organique n° 113-14 relative aux communes

⁷³ Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution op.cit ;

⁷⁴ L. MARTIO et P. LARQUE, la tutelle administrative, paris 1930, cité par TOENGHO LUKONDO (F). Les institutions de la RDC : de Joseph KASAVUBU à Joseph KABILA. Kinshasa. PUC. 2008. P. 166

d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux »⁷⁵. N'étant pas une finalité en soi, le contrôle de légalité s'apparente donc à un moyen mis au service d'objectifs constitutionnels globaux.

B. encadrée par le législateur...

Si le contrôle de légalité trouve son soubassement juridique dans la constitution, les conditions de son exercice sont définies par les lois organiques 111-14, 112-14 et 113-14 relatives aux régions, préfectures et provinces et communes respectivement. L'intervention du pouvoir législatif dans ce domaine est exclusive de tout pouvoir réglementaire, et le pouvoir exécutif se cantonne dans un rôle d'exécution des lois. Cette compétence exclusive reste, toutefois, tributaire de la capacité du pouvoir législatif d'assurer la cohérence entre deux impératifs constitutionnels : le principe de libre administration et l'exigence de contrôle. Si la question du contrôle de l'Etat sur les collectivités est aussi vieille, le contrôle de légalité, tel qu'il s'exerce aujourd'hui, a été institué par les lois organiques précitées. Le régime du contrôle est unifié, s'exerçant, selon les mêmes modalités, pour l'ensemble des collectivités territoriales.

Sous l'effet de cette réforme législative la notion de tutelle a été abandonnée et le système du contrôle considérablement modifié. Les textes adoptés au niveau des deux chambres traduisaient la volonté du législateur de soustraire les collectivités territoriales d'une tutelle jugée limitatrice de leurs droits et libertés. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les lois 78-00 et 79-00, abrogées par les nouvelles lois organiques, formant charte communale et l'organisation des collectivités préfectorales et provinciales respectivement, qui ont réservé auparavant toute un titre à la tutelle.

C. place de la jurisprudence.

Institué par la constitution et les lois organiques, le contrôle de légalité doit être échafaudé, au fil du contentieux, par la jurisprudence du juge administratif. L'apport de ce dernier couvrira tant la procédure contentieuse du déferé de wali ou gouverneur que les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour carence de contrôle. Ces éléments seront scrutés au niveau de deuxième point qui leur réserve un champ spécifique à travers l'expérience française en l'absence d'une jurisprudence marocaine en la matière.

1.1.2. Traits saillants du contrôle de légalité

A. Un contrôle ex post

La succession du contrôle de légalité à la tutelle administrative suite à l'adoption des lois organiques peut être considérée comme une rupture avec la situation antérieure du droit régissant les collectivités territoriales au Maroc dans le sens du renforcement de la liberté d'action des gestionnaires locaux.

⁷⁵Décision du conseil constitutionnel français n° 82-137 DC du 25 février 1982 relative à la constitutionnalité de la Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Ladite décision est consultable sur le lien suivant : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1982/82-137-dc/decision-n-82-137-dc-du-25-fevrier-1982.7990.html>.

Ce changement du dispositif de contrôle s'est traduit dans les faits par la suppression de l'approbation des actes des collectivités territoriales. Il en découle que le ministre de l'intérieur et ses représentants perdent tout pouvoir d'appréciation de l'opportunité qu'il avait au titre de la tutelle. Il maintient, cependant, un contrôle a posteriori qui lui permet de déférer, si nécessaire, l'acte jugé illégal au juge administratif.

Le nouveau dispositif de contrôle n'affecte en rien le pouvoir de substitution du wali ou gouverneur qui lui permet d'agir en lieu et place de l'organe exécutif de la collectivité défaillante.

Les domaines les plus exposés à ce pouvoir s'articulent autour de trois grands axes :

- la police administrative ;
- la compétence budgétaire notamment l'inscription d'office d'une dépense obligatoire ;
- et la gestion de l'urbanisme.

B. portant « exclusivement » sur la légalité

Les nouvelles lois organiques régissant les collectivités territoriales ont abandonné le pouvoir d'approbation préalable du ministre de l'intérieur et ses représentants en l'occurrence le wali ou le gouverneur.

De ce fait, les structures chargées de contrôle devraient donc s'attacher à la vérification de la conformité des délibérations des conseils aux textes juridiques qui leur sont applicables. C'est seulement le motif de la non régularité que le wali ou le gouverneur évoquera au moment de l'éventualité d'une saisine juridictionnelle. On assisterait à la naissance d'un modèle de gouvernance où l'organe de contrôle est censé n'intervenir qu'en tant que garant de respect de la règle du droit. Ledit modèle a mis fin à un système qui mettait le wali ou le gouverneur en situation de pouvoir agir librement, c'est-à-dire d'imposer, dans le cadre de la loi, ses convictions personnelles.

Si en théorie le modèle de gouvernance mis en place nourrit les vœux de mettre en place un contrôle axé sur le respect de la règle du droit, il n'en demeure pas moins que le représentant du pouvoir central dispose encore d'une situation, largement confortable, lui permet d'imposer sa volonté aux acteurs locaux, notamment aux élus locaux. L'exclusivité de la saisine du juge et la phase avant saisine sont des moments où l'influence du wali ou gouverneur reste incontestable.

I.2. Champ d'application du contrôle de légalité

Le champ du contrôle de légalité couvre les régions, les préfectures, les provinces, et les communes, y compris leurs établissements publics, sans distinction entre les types des collectivités territoriales. Les lois organiques n'énumèrent pas limitativement, et pour chaque collectivité, les actes devant être appréciés par les structures de contrôle aux fins de s'assurer qu'ils sont pris en conformité au droit⁷⁶.

⁷⁶ Aubin Emmanuel, « contrôle administratif de légalité, différents types de contrôles », Jurisclasseur collectivités territoriales, fascicule n° 911, 30 avril 2010

D'autres actes demeurent hors champ d'application du contrôle de légalité puisque relevant de mécanismes de contrôle particuliers c'est le cas du budget.

I.2.1. Les actes soumis au contrôle de légalité

De la lecture des dispositions législatives et réglementaires, il ressort que l'éventail des actes soumis au contrôle du wali ou du gouverneur est très large. Il couvre la totalité des délibérations des conseils des collectivités territoriales.

De même, certains actes, compte tenu de leur importance, sont obligatoirement transmis, pour être visés, aux services relevant du ministère de l'intérieur.

Toutefois, les actes, pris par les présidents des collectivités territoriales sans délibération des conseils, restent en dehors du champ d'application du contrôle de légalité.

A. Les actes soumis à l'obligation de notification au wali ou gouverneur

Des copies des procès-verbaux des sessions et des délibérations des conseil des collectivités territoriales ainsi que des copies des arrêtés à caractère général pris par leurs présidents, dans le cadre du pouvoir réglementaire, doivent être notifiées au wali de la région, contre récépissé, dans un délai maximum , de dix jours ouvrables pour les régions et quinze pour les autres collectivités, qui suivent la date de clôture de la session ou la date de prise desdits arrêtés.

Une analyse quantitative s'impose. Mais à défaut des statistiques en la matière, pour le cas marocain, je vais me contenter au cas français.

A ce sujet, les statistiques disponibles à ce jour, pour le cas français, données par le vingt-deuxième rapport sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'Etat sur les actes des collectivités territoriales couvrant la période de 2010 à 2011⁷⁷, on peut dégager trois grandes catégories d'actes transmis à l'autorité préfectorale et, par conséquent, trois sources importantes de risque de non-conformité à la réglementation juridique.

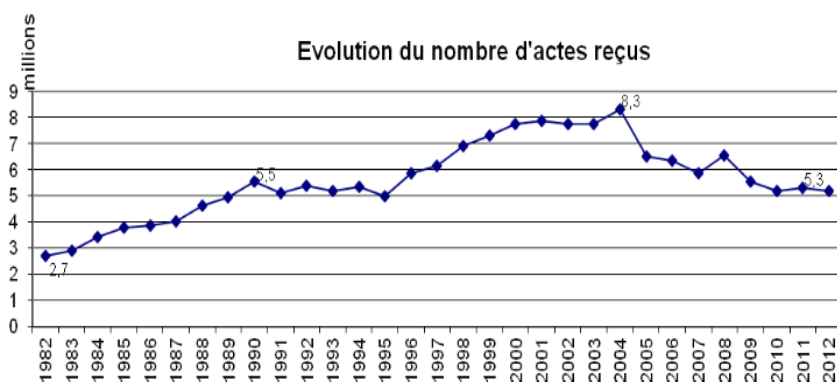
Pour un volume global de 5 330 733 d'actes transmis en 20011, l'urbanisme vient en tête avec un pourcentage de 25%, suivie des décisions relatives à la fonction publique territoriale et à la commande publique avec des proportions respectives de 18% et de 12%. Dans une moindre mesure on remarque que les décisions liées à la police administrative avec 151 335 actes transmis, soit 3% du nombre total. La part restante est constituée d'autres actes dont notamment les différentes délibérations des conseils élus. Le tableau ci-après en décline la ventilation.

⁷⁷ Ce rapport est établi en application de l'article L.2131-7 du code générale des collectivités territoriale français, tous les trois ans avant le 1^{er} juin.

ACTES REÇUS	Nombre 2010	Evolution 2010/2011	Nombre 2011	Evolution 2011/2012	Nombre 2012	Evolution 2010/2012	Part 2010	Part 2011	Part 2012
Commande publique	628 319	2,3%	642 599	0,3%	644 830	2,6%	12%	12%	12%
Urbanisme	1 246 006	7,8%	1 343 456	-4,6%	1 281 061	2,8%	24%	25%	25%
Fonction publique territoriale	1 011 165	-2,8%	982 474	-3,1%	951 834	-5,9%	19%	18%	18%
Actes de police	178 876	-15,4%	151 335	-4,3%	144 785	-19,1%	3%	3%	3%
Autres	2 143 786	3,1%	2 210 869	-1,4%	2 179 655	1,7%	41%	41%	42%
TOTAL	5 208 152	2,4%	5 330 733	-2,4%	5 202 165	-0,1%	100%	100%	100%

Source : Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'Etat sur les actes des collectivités territoriales, direction générale des collectivités locales, ministère de l'intérieur, années 2010, 2011 et 2012, p24.

Dans une perspective plus historique, la tendance confirme la baisse régulière, du volume d'actes transmis aux préfectures depuis 2004, l'année du pic, avec 8,3 millions d'actes. Il est en 2012 dans la même grandeur que celle enregistrée au début des années 1990 (5,1 millions en 1991, 5,3 en 1992, près de 5,2 en 1993). Le graphe ci-après retrace l'évolution depuis 1982 jusqu'à 2012.



Source : Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'Etat sur les actes des collectivités territoriales, direction générale des collectivités locales, ministère de l'intérieur, années 2010, 2011 et 2012, p24.

Afin de dresser le bilan statistique et souligner les faits et les évolutions les plus notables, qui apparaît comme l'une des plus marquantes suite à la mise en place de contrôle de légalité, au niveau des collectivités territoriales marocaines, il me paraît utile de procéder à une publication triennale à l'instar du rapport publié par la DGCL française.

Dans le même registre, au niveau des provinces et des préfectures, les structures dédiés au contrôle font face, sous l'effet conjugué de l'évolution continue de compétences et d'attributions des collectivités territoriales d'une part et de complexification du cadre juridique d'autre part, à un flux massif d'actes à examiner, en déséquilibre manifeste par rapport aux ressources affectées aux dites structures et ce, en termes qualitatif et quantitatif.

I.2.2. Les actes exclus du contrôle de légalité

Le régime de l'entrée en vigueur est formellement posé par les articles 114 et 115 de la loi organique 111-14 relative aux régions, les articles 108 et 109 de la loi organique 112-14 relative aux préfetures et provinces et les articles 117 et 118 de la loi organique relative aux communes. Les actes des régions, des préfetures, des provinces et des communes ne sont exécutoires qu'après visa de l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur ou ses représentants pour les premiers et le wali ou le gouverneur pour les deux derniers, dans un délai de vingt (20) jours à compter de la date de leur réception de la part du président du conseil de la collectivité concernée.

De même, Pour être exécutoire, les délibérations des collectivités territoriales doivent, donc, remplir deux formalités : la première relative à la notification ou la publicité et la deuxième relative à la transmission à l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur ou ses représentants pour les régions et au wali ou gouverneur pour les préfetures, les provinces et les communes⁷⁸. Ces deux conditions sont, toujours, cumulatives pour tous les délibérations. Une distinction doit être opérée entre les actes soumis à l'obligation de transmission à l'autorité de contrôle et ceux qui en sont soustraits ou oubliés par le législateur.

Dans ce registre, les lois organiques n'ont pas abordé, d'une part, les modalités du contrôle à exercer sur les actes pris par les présidents des collectivités territoriales, d'autre part, le régime de leurs entrées en vigueur. Cette situation ne peut être, à mon sens, qu'une omission de la part de législateur.

Auparavant, la loi 78-00 portant charte communale⁷⁹ réservait tout le chapitre II aux modalités de la tutelle La tutelle sur les actes du président du conseil communal.

L'obligation de publicité à travers les formalités de publication, d'affichage ou de notification s'impose à toutes les délibérations des conseils des collectivités territoriales, avec l'obligation de transmission aux entités chargées du contrôle de légalité.

I.2.3. Caractère exécutoire des délibérations des conseils des collectivités territoriales

Pour être exécutoire, les délibérations des collectivités territoriales doivent, donc, obéir à une double formalité : celle de la publicité ou de la notification et celle de la transmission à l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur ou ses représentants. Ces deux conditions sont, toujours, cumulatives pour tous les délibérations.

Bien que la procédure de transmission au représentant du pouvoir central soit respectée, les délibérations n'acquiescent pas, pour autant, leur caractère exécutoire immédiatement. Il s'agit là d'un régime prévu par les dispositions législatives relatives aux régions, préfetures, provinces et communes. Elles permettent au wali ou gouverneur d'exercer un contrôle ex ante sur des actes susceptibles, en cas d'irrégularité, d'avoir des conséquences irréparables.

⁷⁸ Bricault, Jean-Michel, « l'impact de la RGPP sur le contrôle de légalité », Revue française d'administration publique, n° 136, 2010, p. 943-954.

⁷⁹ Dahir n° 1-02-297 du 25 rejab 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 78-00 portant charte communale, Bulletin officiel n° 5058 du 16 ramadan 1423 (21 novembre 2002).

En vertu des dispositions des lois organiques régissant la régionalisation avancée, le destinataire des délibérations est le représentant du pouvoir central dans la préfecture ou la province ou son délégué. Il s'en suit que tout acte transmis à d'autres destinataires, comme les services déconcentrés de l'Etat, même s'ils sont sous l'autorité du wali ou gouverneur, n'est réputé exécutoire que si ce dernier en a reçu physiquement le dossier contre accusé de réception. De même, la transmission n'est considérée accomplie que si l'intégralité de l'acte lui a été notifiée.

Quant aux modes de transmission, il faut évoluer de la notification physique (version papier) vers une transmission dématérialisée (format électronique).

II. Mécanismes d'amélioration et de modernisation du contrôle de légalité

Préservant le schéma général du système de contrôle de légalité, les différents réaménagements à effectuer doit porter au début sur son champ d'application, à travers des actions répétées de limitation des actes soumis à l'obligation de transmission au wali ou gouverneur. A côté d'un effort de « resserrement » de l'objet de contrôle, d'autres mesures concrètes, et poursuivant un objectif qualitatif, doit être mise en place⁸⁰. Celles-ci devrait tenter de moderniser les outils de gestion mises à la disposition des structures de contrôle, en mettant en avant d'abord, la dématérialisation et ensuite, le recentrage du contrôle de légalité par le biais du regroupement des moyens dédiés à cette activité au sein de la province ou la préfecture y compris les autres services extérieurs en particulier celles relevant du ministère des finances. C'est donc dans ce sens qu'intervient ce deuxième point.

La mise en œuvre du contrôle de légalité réserve au wali ou gouverneur, une grande marge de manœuvre dans la détermination du sort des décisions des collectivités territoriales. N'ayant pas remis en cause ce schéma, les tentatives de modernisation et de rénovation, même si il est tôt, poursuivent leur recherche de performance, qui reste toujours inachevée, d'un dispositif de contrôle vivement critiqué par les différents acteurs⁸¹.

II.1. Les modalités de mise en œuvre du contrôle de légalité: l'autonomie du contrôleur

Le contrôle de légalité, tel qu'instaurer par les lois organiques de 2015, substituait le juge au wali ou gouverneur pour les actes non soumis au visa, dans la sanction des délibérations des conseils. Bien que le juge soit maître de la procédure contentieuse, force est de constater que le déclenchement de celle-ci demeure subordonnée à l'appréciation du wali ou gouverneur, qui semble l'acteur principal de la phase préalable de régulation administrative.

II.1.1. La phase précontentieuse : un moment de dialogue et de régulation administrative

⁸⁰ Bricault, Jean-Michel, « l'impact de la RGPP sur le contrôle de légalité », Revue française d'administration publique, n° 136, 2010, p. 943-954, op cit.

⁸¹ Aubin Emmanuel, « contrôle administratif de légalité, différents types de contrôles », Jurisclasseur collectivités territoriales, fascicule n° 911, 30 avril 2010

Conformément aux dispositions des lois organiques 111-14, 112-14 et 113-14, le représentant du pouvoir central dispose d'un délai maximum de trois jours ouvrables à compter de la date de la réception de la délibération. Pour s'opposer au règlement intérieur du conseil ainsi qu'aux délibérations ne faisant pas parti des attributions du conseil de la collectivité territoriale ou pris en violation des dispositions des lois organiques précitées et des textes législatifs et réglementaires en vigueur.

Suite à la notification de l'opposition au président du conseil, un véritable dialogue est engagé entre le wali ou gouverneur et la collectivité territoriale concernée pour dénoué à l'amiable le conflit et éviter au maximum le recours juridictionnel. Cet échange est matérialisé, dans la pratique, par les notes d'observations et le recours gracieux.

A. La note d'observations

La lecture des lois organiques régissant les collectivités territoriales laisse à présager que le contrôle de légalité ne se réduit pas à un recours automatique au juge compétent. Dans la pratique, lorsque les délibérations ou l'acte examinés suscitent des interrogations d'ordre légal, la structure chargée du contrôle adresse à la collectivité territoriale une note d'observations dans laquelle il lui est demandé de s'expliquer, notamment quand il s'agit d'une différence d'interprétations quant au soubassement juridique de l'acte pris.

Il arrive aussi que l'organe du contrôle demande des documents supplémentaires susceptibles de l'éclairer sur le caractère régulier de la décision prise. Dans ce cas, cette demande entraîne des effets juridiques avant de demander à l'organe délibérant d'examiner à nouveau le point objet de l'opposition.

B. Le recours gracieux

L'examen par l'organe du contrôle d'une délibération prise par le conseil d'une collectivité territoriale peut révéler un vice manifeste d'illégalité interne. Dans cette phase « inquisitoriale » du contrôle administratif, le wali ou le gouverneur adresse à la collectivité concernée son opposition. Cette opposition implique l'envoi d'une lettre d'observation et par conséquent demander un nouvel examen par le conseil de la délibération adoptée.

La lettre d'observations met l'accent, de manière explicite, sur les irrégularités de l'acte pris et met en demeure son auteur de le revoir, de le retirer, ou de l'abroger d'une façon définitive. Le recours gracieux marque ainsi un moment important dans le dialogue entre les services chargés du contrôle et les collectivités territoriales. La réaction, positive ou non, de ces dernières aux observations des premiers, déterminera l'issue du contrôle de légalité.

Recevant ce type de lettres, les entités décentralisées se trouvent devant deux scénarios: se conformer à la demande du wali ou le gouverneur ou la réfuter. L'acceptation dans le premier cas marque la fin du contrôle de légalité.

À l'inverse, le refus, express ou implicite, déduit du silence de l'auteur, ouvre à l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur ou son représentant la voie judiciaire pour statuer sur le sort l'acte objet du litige. Ce recours vise l'annulation des délibérations estimées

irrégulières. Cette éventualité devient alors l'objectif optimal du contrôle administratif, sans pour autant que le wali ou le gouverneur soit tenu de l'intenter en cas d'échec de la phase précontentieuse⁸².

II.1.2. la phase de contrôle juridictionnel

Le recours juridictionnel est rarement emprunté par le représentant du pouvoir central, lui préférant le mode d'intervention administrative qui, dans la majorité des cas, permet de corriger les irrégularités soulevées, compte tenu de pouvoir d'influence dont il dispose dans cette phase de dialogue. Le recours limité au juge administratif dans le contrôle de légalité tient, principalement, à la nature du déféré de wali ou gouverneur et aux pouvoirs conférés à ces derniers en cours d'instance, qui agissent au même pied d'égalité que le président de la collectivité territoriale.

Le recours du wali ou gouverneur, est connu dans la pratique sous le vocable de déféré préfectoral, qui désigne l'opération consistant à saisir le juge administratif de l'acte d'une collectivité territoriale en vue de l'examen juridictionnel de sa conformité aux dispositifs législatif et réglementaire.

Les lois organiques régissant la régionalisation avancée permettent à l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur de saisir de l'affaire la juridiction des référés près le tribunal administratif, si le conseil maintient la délibération objet d'opposition. Le juge administratif est appelé à statuer sur la demande de suspension d'exécution dans un délai de 48 heures à compter de la date d'introduction de cette demande auprès du greffe de ce tribunal. Cette saisine emporte suspension de l'exécution de la délibération jusqu'à ce que le tribunal statue sur ladite demande.

Le tribunal administratif examine la demande de nullité dans un délai maximum de trente jours à compter de la date de sa saisine. Ainsi le tribunal doit notifier obligatoirement une copie du jugement à l'autorité gouvernementale chargée de l'intérieur ou son représentant et au président du conseil concerné dans un délai de dix jours de son verdict. Toutefois, s'il n'y a pas d'opposition, par le wali ou le gouverneur, les délibérations du conseil deviennent exécutoires à l'expiration du délai d'opposition.

II.1.3. Responsabilité des représentants de l'État en matière du contrôle de légalité

En matière de contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, le wali ou le gouverneur dispose d'une compétence discrétionnaire pour saisir la juridiction administrative contre un acte supposé illégal. La saisine du juge administratif est tributaire de son entière appréciation. Les défaillances de représentant du pouvoir central dans l'exercice dudit contrôle peuvent cependant engager la responsabilité de l'État. Ladite responsabilité n'est, toutefois, mise en jeu que dans des conditions spécifiques. L'État demeure responsable en cas d'insuffisance ou de carence dans l'exercice de ce contrôle de légalité. Cette responsabilité n'est établie que dans le cas où cette carence constituerait une faute lourde.

⁸² Aubin Emmanuel, « contrôle administratif de légalité, différents types de contrôles », Jurisclasseur collectivités territoriales, fascicule n° 911, 30 avril 2010

En effet, la notion de faute lourde demeure la cause principale qui engage la responsabilité de la puissance publique. Toutefois, les difficultés de la mission de contrôle et l'insuffisance des moyens impactent négativement la qualité de ladite mission. Elle serait, aussi, justifiée par la crainte de substituer la responsabilité de l'État « contrôleur » à celle des collectivités « contrôlées », si on venait à mettre en place un régime basé sur la faute simple⁸³.

En France, le Conseil d'État a admis le principe d'une responsabilité de l'État pour faute lourde en cas de carence dans l'exercice du contrôle de légalité. L'arrêt commun de Saint-Florent constitue ainsi l'un des rares domaines de la responsabilité administrative dans lesquels l'exigence d'une faute lourde est maintenue (V. également, CE Ass. 30 novembre 2001, requête numéro 219562, Ministre de l'économie c/ Kechichian : Rec. p.74, concl. Seban; CJEG 2002, p. 380, concl. Seban ; Dr. adm. 2002, comm. n°58, obs. Fairgrieve ; LPA 8 novembre 2002, p.11, note Bourrel ; AJDA 2002, p. 133, chron. Guyomar et Collin ; JCP G 2002, II, 10042, note Menuret ; CE Sect. 18 novembre 2005, requête numéro 271898, Société fermière de Campoloro : AJDA 2006, p.137, chron. Landais et Lenica ; Droit adm. 2006, comm. n°33, note Guettier ; JCP 2006, II, 10044, note Moustier et Beatrix ; RFDA 2006, p.341)⁸⁴.

Il est sûr, de ce point de vue, que le Conseil d'État français a largement participé à l'élaboration d'une jurisprudence particulièrement favorable au représentant de l'État, en ce qu'elle lui reconnaît, entre autres, une compétence discrétionnaire en matière de déferé : il est seul en mesure de juger de l'opportunité de la saisine de la juridiction administrative, quelles que soient les circonstances. L'arrêt Brasseur susvisé considère, à cette fin, que le refus du représentant de l'État de déférer un acte manifestement illégal, en dépit d'une demande ainsi formulée par un administré, constituait une décision insusceptible de recours. On peut y voir une trace de la volonté de protéger la liberté d'action du préfet au regard des circonstances locales et du souci d'éviter l'encombrement de la juridiction administrative⁸⁵. S'agissant du cas marocain, la jurisprudence en cette matière est absente, du fait que l'expérience du contrôle de légalité des actes des CT est encore embryonnaire.

⁸³ Cadieu Pascal, « le contrôle de légalité « en pointillé » ou l'avenir d'une illusion », Revue Lamy collectivités territoriales, (version électronique) n° 54, février 2010

⁸⁴ Etienne Boudesseul, ' Déferé préfectoral et responsabilité de l'État, Commentaire sous l'arrêt Conseil d'État, Section, 6 octobre 2000, requête numéro 205959, Commune de Saint-Florent et autres : rec. p. 395. ' : Revue générale du droit on line, 2008, numéro 2200 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=2200)

⁸⁵ Etienne Boudesseul, ' Déferé préfectoral et responsabilité de l'État, Commentaire sous l'arrêt Conseil d'État, Section, 6 octobre 2000, requête numéro 205959, Commune de Saint-Florent et autres : rec. p. 395. ' : Revue générale du droit on line, 2008, numéro 2200 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=2200), op cit

Conclusion

Les avantages de la mise en place du contrôle de légalité des actes au sein des collectivités territoriales sont supérieurs aux résultats qu'on pouvait attendre de la tutelle. L'expression d'une satisfaction de son fonctionnement actuel s'impose, mais sans pour autant être tenté par l'hypothèse de le perfectionner d'avantage, on pourrait aspirer à une solution intermédiaire conjuguant le conseil renforcé et contrôle de ces entités décentralisées. Ce choix d'amélioration doit aller de pair avec l'effort consenti dans le cadre de la stratégie prioritaire de renforcer les contrôles axés sur les risques, notamment le contrôle interne et l'audit.

Etendue et limites de La normativité réglementaire dans le domaine de la sécurisation maritime:

HIMMICH MED CHAKIB

Département droit privé,

Université Mohammed-V Souissi. Rabat – Maroc

Introduction:

Depuis longtemps, la sûreté et la sécurité étaient les principales préoccupations pour tous les acteurs du monde en général et maritimo-portuaire en particulier. La normalisation de leur réglementation a pris plusieurs étapes selon les contextes.

Dès le début du 21 siècle, la sécurité portuaire et maritime est devenue un sujet de préoccupation majeure pour les nations maritimes et pour tous les intervenants dans le domaine du transport maritime⁸⁶, Etat, autorités portuaires, organisation internationale, assureurs, affréteurs...etc. Malgré une baisse du nombre de ces accidents comparativement à la hausse du trafic maritime international, les catastrophes entraînant des pertes de vies humaines ou de larges pollutions sont toujours redoutées.

En effet, tous les acteurs cherchaient à développer des mécanismes et procédures juridiques et administratifs pour garantir un maximum de sécurité dans les ports, les navires, et pour les personnes et les cargaisons. Mais aussi pour la sécurité et sûreté interne des Etats.

Au-delà du coût social et économique, la sécurisation portuaire apparaît, aujourd'hui, comme un enjeu tout à la fois géopolitique, stratégique, mais aussi écologique et environnemental.

Dans ce contexte, la communauté internationale a réagi en adoptant un arsenal de règles et de lois sous la forme de traités en réaction aux accidents maritimes dans le but d'éradiquer ou de minimiser ces accidents.

En plus, suite aux attentats du 11 Septembre 2001, on a assisté à l'apparition d'une forte volonté pour établir une procédure internationale sur la sûreté des installations portuaires et des navires⁸⁷. En effet un navire quelle que soit sa taille ou sa fonction, peut être considéré comme une cible potentielle, que ce navire soit le but final de l'attentat (Pétrolier, gazier etc.) ou simplement un vecteur dirigé vers une infrastructure terrestre ou portuaire, mène les Etats Unis d'Amérique à proposer la création du code ISPS⁸⁸ à l'OMI qui n'a pas tardé à l'adopter, il est donc considéré comme une réponse

⁸⁶ Herbert-Burns, R., Bateman, S. & Lehr, P. (2009) "Lloyd's MIU Handbook of Maritime Security". Taylor & Francis Group, LLC. p.15.

⁸⁷ François ODIER, « La Sécurité Maritime : une notion complexe, le rôle des organisations dans son élaboration », ADM 1998, p.235.

⁸⁸ International Ship and Port Facility Security (ISPS), qui en français signifie « Code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires », est un code en deux parties (A et B), qui a été adopté le 12 décembre 2002 par la résolution 2 de la Conférence des gouvernements contractants à la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (Solas), de 1974.

stratégique et politique à la menace du 'terrorisme'⁸⁹ mondiale. Toutefois cette rapidité dans son adoption a causé parfois des difficultés par la majorité des pays lors de son application, à la fois à bord des navires et dans les ports.

On comprend donc que la sécurité et la sûreté portuaire passe avant tout par la sécurisation des navires et de leurs contrôle permanents.

L'internationalisation des règles sécuritaires est motivée ainsi par plusieurs raisons et passe par plusieurs étapes. D'abord d'un point de vu juridique, Les conflits des lois se multiplient du fait de l'opposition entre lois nationales et lois internationales. Cela crée de nombreux obstacles au bon déroulement du commerce international car les armateurs et les chargeurs, qui ont l'habitude de se couvrir de l'assurance, demandent à connaître de façon précise l'étendue de leur responsabilité.⁹⁰ Ensuite, les règles de contrôle des navires dans les ports étaient différentes d'un pays à l'autre, car au début du siècle, chaque pays avait ses propres normes et exigences pour le contrôle des navires en escales au port⁹¹, sous la couverture du principe de la souveraineté de l'Etat. Enfin, la composante économique du transport maritime et la réglementation de la concurrence sont des soucis majeurs qui ont conduit à l'harmonisation des règles de transport maritime au XXème siècle.

Cette internationalisation était le résultat de plusieurs étapes commençant par une uniformisation des règles locales qui fut réalisée par les **traités**, ententes ou accords bilatéraux entre les grandes nations maritimes, les conférences diplomatiques et conventions multilatérales

On se demande alors dans quelles mesures les organismes internationaux arrivent à trouver des consensus conventionnel malgré les intérêts croisés des Etats ?

L'aboutissement de d'une telle unification ne peut s'effectuer que grâce à des organisations internationales fortes et reconnues (1) mais souvent elle se heurte à plusieurs obstacles (2).

⁸⁹ La définition du terrorisme maritime est d'autant plus délicate tant celui-ci rassemble des motivations diverses. Il peut s'agir de terrorisme politique « classique » regroupant des motivations révolutionnaires ou de sédition par exemple, voire également le terrorisme d'Etat.

⁹⁰ Lycette Corbion, *LE DÉNI DE JUSTICE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p 305. (Et consulté sur <http://www.openedition.org> 14-01-2017.)

⁹¹ A ce propos P. Boisson affirme « qu'en Grande-Bretagne, le Merchant Shipping Act de 1906 appliquait formellement aux navires étrangers les prescriptions relatives au chargement et aux lignes de charge minima. En France, les dispositions de la loi de 1907 relatives aux équipages concernaient uniquement les navires français et étrangers. Aux Etats-Unis, le Seaman Act du 11 mars 1915 s'appliquait aux navires étrangers quittant les ports américains »

1 : LA CONTRIBUTION DES DIFFERENTS ORGANISMES AU PROCESSUS NORMATIF :

L'adoption de règles internationales avait été tout d'abord préconisée dans les congrès maritimes et apparaît comme une solution peu satisfaisante, et l'on songe donc à une mesure plus radicale: l'unification internationale de ce droit. Plusieurs organisations internationales ou régionales et plusieurs étapes permettent de la réaliser.

1-1 : LA NORMALISATION INTERNATIONALE DE L'ARSENAL JURIDIQUE DE LA SECURITE ET SURETE MARITIME:

L'unification de la réglementation en matière de la sécurité et la sûreté portuaire ne peut être effective que par l'intervention de plusieurs instances internationales fortes et reconnues, parmi ces instances on distingue des instances à caractère général, et d'autres à action plus spécifique:

1-1-1 : Rôle primordial et renforcé de l'OMI dans la mise en place des règles sécuritaires :

L'OMI^{92a} incontestablement contribué à la transformation du droit de la navigation maritime en général et de la sécurité et sûreté portuaire en particulier. En effet, depuis la catastrophe du Torrey Canyon, ses travaux l'ont menés progressivement à en devenir un acteur majeur. Toutefois, l'action normative de l'OMI présente certaines caractéristiques, c'est la seule organisation à réunir l'ensemble des acteurs de la sécurité en mer, et elle a adopté depuis soixante ans une démarche consensuelle par nécessité.

Même si l'OMI agit spécialement dans un domaine technique, elle n'en est pas moins devenue une organisation politique qui doit concilier des horizons d'attente parfois opposés des Etats, ses organes participent ainsi à une mission de médiation. Le développement progressif de l'Organisation et l'enrichissement continu de ses normes parviennent à combler une partie du retard accusé sur les autres institutions spécialisées et déploient dans certains domaines une action innovante comme en matière de coopération technique ou de mise à jour des conventions techniques.

Malgré des moyens financiers et humains limités, l'OMI parvient à élaborer de nouvelles normes sécuritaires, à procéder à la révision des conventions anciennes et à adopter une multitude de résolutions qui servent de références à ses membres.

A- L'action de codification de l'organisation maritime internationale :

L'OMI tend, depuis sa création, à standardiser les normes et les règles universelles, par l'adoption de plusieurs Conventions, facilitant le transport maritime international. Sans ces dernières le commerce international serait limité. Son objectif

^{92a}L'Organisation Maritime internationale (OMI) est une structure spécialisée des Nations Unies (ONU) consacrée au transport maritime, située à Londres, en Angleterre. Cette Organisation a été créée en vertu d'une Convention de 1948 des Nations Unies, sous le nom d'Organisation maritime consultative intergouvernementale (OMCI) qui est entrée en vigueur le 17 Mars 1958.

principal est de faciliter la coopération entre les gouvernements sur des questions techniques et juridiques qui touchent le transport maritime international.

Tout cela, pour atteindre le plus haut niveau de normes internationales pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, et la sécurité des navires marchands, dont le nombre dépasse les cent mille (100000) et aussi la protection environnementale du milieu maritime et portuaire par les rejets des navires. Ceci est accompli grâce à l'élaboration de conventions internationales, codes et recommandations. En chiffre l'OMI a adopté plus de 55 conventions et protocoles et plus de 25 codes (source : OMI, 2014).

Cependant, Il n'est pas toujours facile de concilier les intérêts des 170 Etats membres de l'OMI par des conventions, l'OMI a mis en place une série de mécanismes d'assistance aux différents acteurs de la chaîne sécuritaire.

Pour veiller sur la bonne application du contenu des conventions établie, l'OMI a apporté un ensemble de mécanisme d'assistance , de suivi et d'audit pour les différents acteurs.

B : la mission d'assistance technique en matière de sécurité et sûreté portuaire:

Les fondements juridiques de la coopération technique au sein de l'OMI sont multiples. L'engagement en 1964 de l'OMCI dans le domaine de l'assistance technique entraine, dans le champ des compétences partagées avec l'ONU. Au-delà des différentes résolutions adoptées par l'Assemblée de l'OMI depuis 1964, des dispositions concernant la mise en place d'une coopération avec les États en développement ont été intégrées aux engagements internationaux contraignants.

L'adoption des conventions MARPOL⁹³, STCW⁹⁴ ou OPRC¹⁹⁵_{SEP} mettant définitivement l'accent sur l'importance d'un programme de coopération technique pour assurer le respect des normes internationales et attribuant à l'Organisation une mission opérationnelle. Les rédacteurs de la Convention STCW reprirent la même formulation dans l'article 11 de la Convention, avec toutefois les précisions suivantes:

1- Mettre au point des programmes de formation appropriés comprenant une formation pratique à bord des navires de mer ;

2- Faciliter l'adoption d'autres mesures et dispositions susceptibles d'améliorer les qualifications des gens de mer : de préférence à l'échelon national, sous-régional ou régional, de façon à favoriser la réalisation des objectifs de la Convention compte tenu des besoins particuliers des pays en développement à cet égard. ».

⁹³ MARPOL (acronyme de l'anglais Marine pollution : pollution marine) désigne la Convention internationale pour la prévention de la pollution marine par les navires, élaborée par l'OMI (Organisation maritime internationale) et qui porte sur tout type de pollution marine causée par les navires (le pétrole, les liquides et solides toxiques, les déchets, les gaz d'échappement, etc.) qu'elle soit accidentelle ou fonctionnelle, volontaire ou involontaire.

⁹⁴ Rappelons que la Convention internationale de 1978 sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille (STCW) est entrée en vigueur en 1984. Cet Accord renforce la prise en compte de l'élément humain dans le mandat de l'OMI.

⁹⁵ Convention sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures adoptée en 1990, Oil preparedness and response co-operation Convention.

le même article stipule dans un second alinéa : « Pour sa part, l'Organisation poursuit ses efforts dans le sens indiqué ci-dessus, de façon appropriée, en consultation ou en association avec d'autres organisations internationales, notamment l'Organisation internationale du travail. ».

Lors de son adoption, la Convention OPRC signée en 1990 comprenait un système plus complet d'assistance technique puisque son objectif premier était de fournir un cadre pour la coopération internationale dans la lutte contre les menaces d'importance grave en matière de pollution maritime.

Dans ce sens, l'article 12 de la Convention OPRC attribue à l'OMI un rôle important de coordination entre les Parties en ce qui ^[1]~~SEP~~ concerne l'assistance technique : « Les Parties chargent l'Organisation, sous réserve de son accord et de la disponibilité de ressources suffisantes pour maintenir ces activités, d'assurer les fonctions et les activités ci-après :

faciliter la prestation d'une assistance technique aux États mettant en place une capacité nationale ou régionale de lutte contre les événements de pollution par les hydrocarbures ;

Faciliter la prestation d'une assistance technique et de conseils, sur demande, aux États confrontés à un événement grave de pollution par les hydrocarbures »⁹⁶.

L'ensemble des principes de fonctionnement des programmes d'assistance technique de l'Organisation sont en outre repris dans le texte de la Convention. L'article 12 alinéa 2 expose clairement les objectifs de ce dispositif : « en exécutant les activités mentionnées dans le présent article, l'Organisation s'efforce de renforcer la capacités des États, séparément ou au moyen d'arrangements régionaux, en matière de préparation et de lutte contre les événements de pollution par les hydrocarbures, en tirant parti de l'expérience des États, des accords régionaux et des arrangements du secteur industriel et en accordant une attention particulière aux besoins des pays en développement. »

Enfin l'article 43 de la Convention OMI dispose : « Le Comité de la coopération technique examine, selon qu'il convient toutes les questions qui relèvent de la compétence de l'Organisation en ce qui concerne l'exécution des projets de coopération technique financés par le programme pertinent des Nations Unies dont l'Organisation est l'agent d'exécution ou de coopération ou par des fonds d'affectation spéciale volontairement mis à la disposition de l'Organisation et toutes autres questions liées aux activités de l'Organisation dans le domaine de la coopération technique. ».

Ce dispositif juridique ne sera efficace que si les autorités habilitées à l'appliquer dans les différents États membres suivent une formation de mise à niveau de ses agents techniques et de contrôle, grâce à la création de plusieurs centres de formation.

⁹⁶ Voir <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19981751/index.html>. (consulté le 10/10/2017 à 10h00.)

B1: la création des centres de formation pour assure une bonne application des règles sécuritaires^[1]_{SEP} :

Le système de formation auquel est associée l'OMI s'appuie sur l'organisation de cours ponctuels, sur la participation à la mise en place d'instituts de formation et sur un ensemble de trois établissements internationaux. La création des trois antennes mondiales de formation qui accueillent des ressortissants internationaux est unique. Les enseignements et les recherches menés au sein de ces établissements doivent permettre de doter les États des compétences nécessaires pour remplir leurs obligations au titre des conventions internationales qu'ils ont ratifiées. Le réseau est constitué de l'Université maritime mondiale, de l'Institut de droit maritime international et de l'Académie maritime internationale .

B2: l'audit des états membres :

Un pouvoir de contrôle est entendu comme «un pouvoir de vérification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement »⁹⁷. Le mécanisme de contrôle d'une organisation internationale consiste donc à vérifier l'exécution par les États de leurs engagements internationaux.

Cette vérification s'établit sur la base des conventions en vigueur et contribue donc à leur mise en œuvre. L'adoption en 2005 d'un programme d'audit des États membres ouvrit de nouvelles perspectives à l'OMI alors qu'elle était dépourvue de moyen de sanction. Cette évolution suit le même modèle des autres organisations internationales comme l'OACI⁹⁸ en matière d'aviation civile ou l'OIT 99 dans le domaine des manutentions portuaires.

Pour bien assurer le respect des conventions, l'Assemblée de l'OMI à lancer un vaste programme facultatif d'audit des États membres (PFAEM)¹⁰⁰. Ce mécanisme de vérification permet de contrôler dans quelle mesure un État du port, un État du pavillon ou un État côtier se conforme aux conventions de l'OMI auxquelles il fait partie. Il repose par conséquent sur le Code de l'application des instruments obligatoires de l'OMI. En outre, sa mise en place est fondée sur plusieurs principes parmi lesquels : l'uniformité, l'impartialité, l'objectivité et la ^[1]_{SEP} rapidité.

Ce dispositif fonctionne comme l'autoévaluation sur la base du volontariat. en effet l'Assemblée invite les États à manifester leur volonté de se soumettre à un audit de vérification. La demande de l'État est réceptionnée par le Secrétaire général de l'OMI qui

⁹⁷ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2007, p. 236 .

⁹⁸ Ces rapports sont accessibles à tous sur le site internet de l'OIT. <http://www.ilo.org> (consulté en juin 2016).

⁹⁹ La mise en œuvre des conventions de l'OIT repose d'abord sur un mécanisme de contrôle régulier exercé par l'OIT. L'objectif de ce contrôle est de déceler les manquements des différents États soumis au respect des conventions internationales afin de remédier aux faiblesses du système.

¹⁰⁰ Adopté par la Résolution de l'Assemblée A 974/24 Document-cadre et procédures pour le Programme facultatif d'audit des États membres de l'OMI adopté le 1er décembre 2005.

est chargé de nommer un responsable de l'équipe de vérification dont la nationalité doit être étrangère au pays audité.

Cet expert définit ensuite avec l'État concerné les contours de l'audit et établit un mémorandum d'entente qui officialise le partenariat entre l'OMI et l'État audité. Ce document fixe notamment la portée de la vérification, la période et la procédure mise en œuvre. Pour l'OMI, le recours à un expert extérieur présente l'avantage de pallier le manque de moyens pour les États réticents, ce système n'est pas exclusivement confié au secrétariat général et n'implique pas l'intervention exclusive d'une équipe internationale composée par l'OMI.

Toutefois, Il persiste un décalage entre l'adoption de nouvelles normes internationales et l'application territorialisée des standards. Si l'engagement de moyens humains et techniques relève de l'investissement des États, la nature internationale de l'activité de transport devrait nécessairement correspondre à l'internationalisation des contrôles pour l'harmonisation du droit. Devant la difficulté d'agir sur le levier institutionnel des États souverains, les efforts pour le respect du droit international dépendent donc exclusivement des compétences attribuées aux organisations internationales. Sur ce point, l'OMI évolue nettement et les nouveaux dispositifs reconnaissent la nécessité de lui attribuer de nouvelles compétences dans un intérêt commun. Les États membres sous la pression des ONG, des professionnels ou de la société civile développent progressivement une administration internationalisée qui, sans contraindre les États à respecter les normes internationales, peut les inciter à le faire.

1-1-2- Apports des autres organisations internationales au processus normatif

:

De ce qui a précédé on peut comprendre que le rôle de l'OMI est capitale, cependant, vu la complexité du sujet de la sécurisation portuaire d'autres organisations peuvent aussi y contribuer, c'est le cas de L'OIT et L'OMD.

L'Organisation internationale du travail joue un rôle important dans plusieurs démarches sécuritaires dans le domaine maritimes en général et portuaires en particulier.

En effet les gens de mer participent au transport des marchandises, des passagers, et ont facilement accès à toutes les zones d'un port, ce qui peut être déterminant pour la sécurité et sûreté portuaire.

Parmi les principaux apports de l'OIT dans la réglementation sécuritaire et la révision de la convention n°108 sur les pièces d'identité des gens de mer¹⁰¹. En effet Les gens de la mer devraient être en possession d'un document qui permet d'opérer une identification positive en déterminant que la personne qui détient le document est bien celle

¹⁰¹ Lors de la Conférence qui s'est tenue le 19 juin 2003. Cette question était la numéro 7 à l'ordre du jour. Un questionnaire a été élaboré pour obtenir les avis des différents états. Rapport VII(1),VII(2A) et VII(2B) ref : ISBN 92-2-212885-0, ISBN 92-2-212886-9,ISBN 92-2_012882_9.

à qui il a été délivré, et vérifiable grâce au contrôle de l'authenticité du document par rapport à la source¹⁰².

L'OIT a aussi élaboré un code pour les pratiques sécuritaires dans les ports « Code of practice on security inports » qui traite de la sûreté portuaire. Ce texte vise à promouvoir une démarche commune des États membres de l'OIT pour appliquer le code ISPS. Toutefois ce texte n'est pas contraignant, ce ne sont que des recommandations (guidance framework).

On comprend donc que L'OMI n'est compétente que pour la partie navires et l'interface navire/quai, mais l'OIT va au-delà de ce champ d'application physiquement limité et étend la question de la sûreté portuaire à l'ensemble du port. L'OIT fournit une méthode d'identification des risques et des mesures à prendre, en formulant des recommandations pour :

- élaborer les évaluations, puis les plans de sûreté portuaire ;

- créer un comité consultatif sur la sûreté portuaire ;

- appliquer à tous les secteurs du port, à toutes les activités qui s'y exercent et à tout le personnel qui y travaille en permanence, aux personnes qui font des affaires avec le port ou qui ne font qu'y transiter, des mesures de sûreté ;

- sensibiliser et former le personnel en matière de sûreté ;

- faire des exercices et des vérifications systématiques des procédures de sûreté.

Pour l'organisation Mondiale des Douanes depuis Juin 2002 , a adopté une résolution relative à la sûreté portuaire visant la facilitation des échanges internationaux et la protection du commerce international, les infrastructure portuaires, et la chaîne logistique internationale contre son utilisation pour le transport frauduleux d'armes de destruction massive pour des visées terroristes.

Le travail de l'OMD s'articule essentiellement autour de trois points principaux :

L'assistance des autorités douanières des différents pays dans l'établissement de régimes de sûreté de la chaîne logistique.

L'accès pour les autorités douanières à une base de données de l'OMD permettant des échanges plus fluides des informations entre les intervenants.

La révision de la convention de l'OMD de 1972 sur les conteneurs¹⁰³.

L' OMD a aussi une action importante en vue de protéger l'environnement : en effet elle a créé un outil de communication international utilisant l'internet, Environet qui est dédié à la protection de l'environnement. Il offre une plateforme sécurisée, accessible aux fonctionnaires des douanes, aux autorités chargées de l'application de la loi,

¹⁰² pour http://www.memoireonline.com/06/10/3563/m_Securite-et-surete-maritime--de-l-elaboration-des-textes--la-difficulte-de-mise-en-oeuvre-14.html (consulté pour vérification le 10/10/2017 à 10 h 00).

¹⁰³ La Convention douanière relative aux conteneurs permet l'importation temporaire des conteneurs, en exonération des droits et taxes, sous réserve de leur réexportation dans les trois mois et ce, sans production de documents douaniers ou de constitution d'une garantie. La Convention prévoit également l'approbation des conteneurs sous scellement douanier (ces dispositions concernant l'approbation des conteneurs sont identiques à celles de la Convention relative au transport international de marchandises sous le couvert de Carnets TIR - Convention TIR de 1975).

ainsi qu'aux organisations internationales et à leurs réseaux régionaux, pour faciliter leur coopération et l'échange d'informations en temps réel dans le cours de leurs activités quotidiennes. Il est possible de discuter via Environet sur toutes les marchandises susceptibles de nuire à l'environnement et qui sont couvertes par des accords multilatéraux sur l'environnement (AME) liés au commerce, y compris les déchets dangereux et d'autres déchets.

Environet, qui fait partie des applications du CEN- COMM (système de communication du Réseau douanier de lutte contre la fraude), est un outil utilisant l'Internet accessible à un groupe fermé d'utilisateurs. Les informations transmises via Environet sont cryptées et sécurisées rentables et faciles à utiliser. Cet outil est entretenu par l'OMD qui le met gratuitement à la disposition de tous les membres du groupe fermé d'utilisateurs.

Environet a pour objectif :

faciliter l'échange des bonnes pratiques ;

fournir, sous une forme téléchargeable, du matériel de formation, des guides d'identification, des manuels et d'autres informations générales précieuses pour l'application des législations environnementales ;

faciliter les échanges d'information sur les saisies et le trafic possible ;

créer des forums de discussion sur des thèmes spécifiques ;

faciliter l'octroi d'une assistance par des experts d'organisations internationales et d'autorités compétentes (par exemple) ;

faciliter la coopération entre les administrations douanières et d'autres organismes et organisations internationales.

Les correspondants nationaux de chaque pays devraient servir de points de contact pour les questions administratives liées à Environet. Les utilisateurs sont avertis par courriel des messages entrants et des nouveaux ajouts à la bibliothèque.

La bibliothèque d'Environet fournit des informations sur le matériel de formation, les guides d'identification, les alertes et tout autre renseignement utile à l'application des lois environnementales. Au Secrétariat de l'OMD, un administrateur est chargé de gérer la bibliothèque et de récupérer les informations qui lui sont transmises par les utilisateurs souhaitant les partager.

1-2 : L'ACTION COMPLEMENTAIRES DES AUTRES ORGANISMES SPECIFIQUES OU REGIONALES :

1-2-1 – l'action des organisations spécifiques :

La sécurité et sûreté portuaire dépend aussi d'autres organisations internationales plus spécifiques au domaine maritime :

L'OCIMF :un outil pour l'amélioration de la sécurité à l'interface bateau–port :

Le Oil Companies International Marine Forum (OCIMF) est une association des compagnies intervenant dans le secteur du transport et de la manutention de pétrole brut et de produits pétroliers¹⁰⁴.

Elle est organisée pour représenter ses membres et assurer la concertation auprès de l'Organisation Maritime Internationale et d'autres organismes gouvernementaux sur les questions relatives au transport et à la manutention de pétrole brut et produits pétroliers, y compris la pollution marine et portuaire et la sécurité de l'environnement .

La mission de l'OCIMF est de représenter les compagnies pétrolières qui en sont membres au niveau international et de constituer l'autorité principale en matière de sécurité et de protection de l'environnement. Grâce à cette association, les membres peuvent défendre leurs points de vue face aux différentes législations et propositions élaborées par l'OMI et travailler activement avec elle et avec les FIPOL (Les fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures) sur des règlements.

Le forum a développé plus de 50 directives reconnues par l'industrie pétrolière et conseille également des organismes tel que l'ISO (International Organization for Standardization).

La majorité des directives élaborées par l'OCIMF sont devenues **des normes internationales** suivies par l'ensemble de l'industrie pétrolière. La référence principale est le programme SIRE qui a été lancé afin de promouvoir de la sécurité dans les ports pétroliers

L'OCIMF certifie également les inspecteurs qui vont procéder au vetting¹⁰⁵. Actuellement, il existe environ 320 inspecteurs accrédités par l'organisme qui sont répartis à travers le monde.¹⁰⁶

Le vetting a énormément évolué depuis son introduction il y a plus de 25 ans Les contrôles n'étaient effectués que par quelques compagnies pétrolières et il n'y avait aucune

¹⁰⁴ *Guide international de sécurité pour les bateaux-citernes de la navigation intérieure et les terminaux* Edition 1 - 2010 © CCNR/OCIMF 2010 iii , Publié en 2010 Commission Centrale pour la Navigation du Rhin, Strasbourg et Oil Companies International Marine Forum ISBN 978-2-9538256-8-8 .

¹⁰⁵ Le verbe anglais «to vet» signifie examiner, au sens clinique du terme ou bien revoir, corriger une production littéraire.

¹⁰⁶ *Guide international de sécurité pour les bateaux-citernes de la navigation intérieure et les terminaux* Edition 1 - 2010 © CCNR/OCIMF 2010.

procédure rigoureuse. Ce besoin d'inspection s'est pourtant fait ressentir au vue des contrôles peu fiables des autres organismes et du nombre d'accidents croissant.

Aujourd'hui, le vetting est devenu un outil indispensable pour l'amélioration de la sécurité et la sûreté portuaire et maritime, mais également un contrôle dans le but d'affréter un navire. Il est basé sur des règles solides et homogènes, respectées par tous les acteurs du secteur pétrolier. Enfin, le vetting a évolué en une profession à part entière. Les armateurs eux-mêmes ont dû se plier à cette nouvelle règle contraignante certes, mais bénéfique.

l'étendue du PROGRAMME SIRE :

Pour chaque affrètement, les compagnies pétrolières, faisaient inspecter leur navire, ce qui engendrait un problème logistique et économique puisqu'un navire sur les 12000 que comportait la flotte mondiale, pouvait être inspecté plusieurs fois par an. Pour chacune des inspections, il fallait dépêcher un inspecteur et le payer puis mettre à jour le rapport d'inspection.

L'OCIMF établit donc un programme de rapport d'inspection de navires, le programme SIRE. Celui-ci devait permettre aux membres d'exposer leur rapports d'inspection aux autres membres de l'OCIMF et également à des organismes qualifiés non membre, tels que les affréteurs des navires citernes ou des négociants en pétrole en échange d'une contribution pécuniaire. Les ports et les états pavillons ont accès gratuitement à la base de données SIRE.

Ce programme est révisé car les compagnies pétrolières utilisaient chacune leurs propres procédures et leurs propres modèles de rapport. Cela entraînait encore des inégalités dans les inspections des navires et des problèmes dans l'évaluation des rapports. C'est pourquoi l'OCIMF développa des procédures et des rapports uniformisés à remplir par l'inspecteur et par l'opérateur du navire, le Vessel inspection questionnaire (VIQ) et le Vessel particular Questionnaire (VPQ).

Les entités à qui profite le programme sont :

- les compagnies pétrolières ;
- les affréteurs ;
- les opérateurs ;
- les équipages des navires ;
- l'environnement marin.

Ces entités y gagnent, car elles sont pratiquement certaines que les navires arriveront à destination sans encombre et que les risques qu'un accident se produise sont minimisés de manière importante.

Les entités perdantes sont les pétroliers sous classés par :

- les opérateurs sous-normes du standard prédéfini ;
- les états pavillons sous-normes du standard prédéfini ;
- les sociétés de classifications sous-normes du standard prédéfini.

Ces entités perdent leur crédibilité car elles ne se soumettent pas au standard imposé par l'OCIMF qui est devenu par la même occasion un standard pour le marché pétrolier entier. La majorité des acteurs dans l'industrie pétrolière ne souhaite ni qu'un accident de type marée noire ne survienne, ni que la marchandise transportée soit perdue. C'est pourquoi, si un navire sous-normes est évalué comme affrètable par un état du pavillon ou une société de classification, il ne sera quand même pas évalué comme affrètable par les autres acteurs et donc ne sera pas affrété.

L'OCIMF recourt au VPQ ET AU VIQ comme outils incontournable afin de réaliser ses objectifs. Ces documents sont rédigés par l'OCIMF et utilisés pour le contrôle vetting. Il est séparé en 15 chapitres. Chacun traitant d'un aspect spécifique du navire aussi bien de sa structure que de son équipement, son équipage mais également de ses procédures et de sa sécurité.

Le VIQ ou Vessel Inspection Questionnaire est un questionnaire qui doit être utilisé par l'inspecteur lorsqu'il contrôle un navire. Comme le VPQ, il est séparé en chapitres concernant différentes parties du bateau.

A travers des deux questionnaires l'inspecteur est tenu de répondre à toutes les questions par oui, non, pas vu ou pas applicable, s'il ne le fait pas, le rapport d'inspection ne pourra pas être transmis au site Internet du SIRE afin d'être analysé par l'entité ayant commissionné l'inspection.

ROLE DE L'ISO : LA NORME NF EN ISO 28460 FEVRIER 2013 :

Les concertations entre l'Organisation internationale de normalisation (ISO) l'organisations internationale pour les installations portuaires, le transport maritime et les douanes ont pu aboutir à une coopération qui a eu pour résultat la publication de lignes directrices ISO pour évaluer les risques sur la sécurité des installations portuaires maritimes et la planification des mesures préventives¹⁰⁷ **appelée LA NORME NF EN ISO 28460 FEVRIER 2013**. Cette norme est relative à l'Industries du pétrole et du gaz naturel, des Installations et équipements relatifs au gaz naturel liquéfié ainsi qu'à l'Interface navire-terre et les opérations portuaires.

Elle spécifie les exigences relatives aux navires, terminaux et fournisseurs de services portuaires pour garantir le transit en toute sécurité d'un méthanier dans la zone portuaire ainsi que le transfert sûr et efficace de sa cargaison. Plusieurs entités sont concernées par son application

- Les centres de pilotage et de régulation du trafic maritime (VTS) ;
- Les exploitants de remorqueurs et de mouilleurs ;
- Les exploitants de terminaux ;
- Les exploitants de navires ;
- Les fournisseurs de soutes, lubrifiants et pièces de rechange et aux autres fournisseurs de services pendant que le méthanier est amarré le long du terminal ;

¹⁰⁷<http://www.iso.org/fr/news/2004/07/Ref927.html> (consulté le 28 juin 2017).

Le contenu de cette norme Internationale comprend plusieurs dispositions concernant :

- le transit, l'accostage, l'amarrage et l'appareillage d'un navire à l'appontement en toute sécurité ;
- le transfert de la cargaison ;
- l'accès depuis l'appontement au navire ;
- les communications opérationnelles entre le navire et la terre ;
- tous les instruments et connexions électriques utilisés de part et d'autre de l'interface, y compris l'alimentation électrique à quai des navires ;
- la connexion d'azote liquide pour l'inertage des cuves ;
- les considérations relatives aux eaux de ballast.

Enfin il faut noter que cette norme internationale s'applique uniquement aux terminaux terrestres classiques de gaz naturel liquéfié (GNL) et qui traitent des méthaniers lors d'activités commerciales internationales. Elle peut, toutefois, fournir des lignes directrices pour des opérations côtières et au large.¹⁰⁸

1-2-2 : le rôle parfois limité des organisations internationales compensé par l'unilatéralisme des USA et UE :

Les instances internationales sont bien sûr les plus représentatives pour élaborer des mesures à mettre en œuvre afin d'améliorer le secteur de la sûreté maritime et portuaire, cependant et de manière similaire au domaine de la sécurité maritime, mais sur un plan plus restreint les USA et l'Union Européenne sont aussi actifs.

En effet, et juste après la pollution causée par l'exxon VALDEZ¹⁰⁹, les Etats-Unis imposaient des mesures de manière unilatérale, en adoptant un code ratifié par le Congrès des États-Unis le 18 août 1990 : appelé : OIL Pollution Act, (OPA),...

Sur le plan de la sécurité et de sûreté, les Etats Unis, de par sa position incontournable en matière de pétrole et vue l'importance de ses échanges économiques, ont exigé pour tout pétrolier neuf (s'entend avant 1995) à destination d'un port américain d'être de conception double coque, cette mesure étant assortie d'un échéancier s'étalonnant jusqu'en **2015**. Cette mesure s'est rapidement imposée dans le milieu maritime et portuaire international.

Cependant, cette mesure unilatérale était reprise par l'OMI avec une simple modification de l'Annexe-I Marpol¹¹⁰ mais avec un retrait prévu jusqu'en 2026¹¹¹.

¹⁰⁸<https://www.boutique.afnor.org/norme/nf-en-iso-28460/industries-du-petrole-et-du-gaz-naturel-installations-et-equipements-relatifs-au-gaz-naturel-liquefie-interface-navire-terre/article/664213/fa158234>: (consulté le 13/10/2017).

¹⁰⁹ Déversement de 38 500 tonnes de pétrole brut sur les côtes d'Alaska après l'accident de l'Exxon Valdez, le 24 mars 1989.

¹¹⁰ La Convention OILPOL de 1954 (International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil) ne suffisait visiblement pas, des naufrages successifs ont poussé la communauté internationale à réagir. De là est née la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973 complétée par le protocole de 1978, dite MARPOL, ou MARPOL 73/78, et ses deux amendements.

Au niveau Européen, l'UE, a pris plusieurs mesures¹¹² pour accélérer et mettre en oeuvre le retrait des pétroliers simples coques allant au-delà du calendrier élaboré par l'OMI¹¹³ est à dire un retrait des pétroliers simples coques pour 2015 au lieu de 2026¹¹⁴, ce qui a créé des tensions entre L'OMI et l'UE. Surtout après le naufrage de l'Erika.

On remarque donc que cette mesure a contribué à réduire significativement les pollutions maritime, côtière et portuaire¹¹⁵ car l'espace créé par la double coque sert de ballast permanent¹¹⁶.

Cette mesure est aussi bénéfique sur le plan économique pour les Etats Unis puis qu'elle a permis un rajeunissement de la flotte mondiale.

1) sur l'envoi de rapports sur les événements entraînant ou pouvant entraîner le rejet de substances nuisibles (voté le 05/12/85 en vigueur à partir du 06/04/87),

2) relatif à l'envoi de rapports sur les événements entraînant ou pouvant entraîner le rejet de substances nuisibles. elle porte plusieurs annexes :

- Annexe I Règles pour la prévention de la pollution par hydrocarbures (entrée en application le 2 octobre 1983).
- Annexe II Règles pour le contrôle de la pollution par des substances liquides nocives.
- Annexe III Prévention de la pollution par des substances toxiques transportées par mer sous forme de colis.
- Annexe IV Prévention de la pollution par les eaux usées des navires.
- Annexe V Prévention de la pollution par les ordures des navires.
- Annexe VI Prévention de la pollution de l'air par les navires.(votée le 26/09/97, en vigueur au 15/10/05 au plus tard)

¹¹¹ Mohamed Saàd HAFFAF, *Sécurité et sureté maritime : de l'élaboration des textes à la difficulté de mise en oeuvre*, Université d'Angers - Diplôme d'Etudes Supérieures Spécialisées en droit maritime et des transports 2002

¹¹² : Règlement (CE) n°417/2002.

¹¹³ Il est bon de noter que si dans le cadre de l'opa seule l'option double coque a été retenue, la convention MARPOL a retenue la double coque ou tout autre système équivalent en matière de rétention de pollution

¹¹⁴ : Directive 2001/106/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2001 modifiant la directive 95/21/CE du Conseil.

¹¹⁵ Ce qui est remis en question aujourd'hui est l'efficacité de la double coque en cas d'échouement et sa qualité structurelle dans le temps ; en effet il est certain que la double coque ne puisse résister à une collision ou un échouement à une vitesse d'environ 4-5 noeuds, pouvant même rendre explosif l'atmosphère du ballast qui devient dans ce cas un mélange gaz d'hydrocarbure / air. De plus l'atmosphère de l'espace qui sert donc de ballast est, une fois le navire chargé et donc déballasté, composé d'air sur un environnement salin ce qui la rend très corrosive pour les matériaux, la question ainsi posée aujourd'hui par les professionnels est l'efficacité de ce système dans le temps si les mêmes armateurs douteux, qui exploitent même encore aujourd'hui des simples coques, n'effectuent pas la maintenance adéquate permettant de maintenir la coque en bon état.

¹¹⁶ Les eaux de ballast sont utilisées à bord des navires pour stabiliser ces derniers. Elles peuvent contenir des milliers de microbes marins ou aquatiques, de plantes et d'animaux, lesquels sont ensuite transportés dans le monde entier. Le rejet d'eaux de ballast non traitées dans le lieu de destination du navire pourrait potentiellement introduire de nouvelles espèces marines envahissantes. Des centaines d'invasions de ce type ont d'ores et déjà eu lieu, avec parfois des conséquences désastreuses pour les écosystèmes locaux. La Convention internationale pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et sédiments des navires ([Convention BWM](#)) a été adoptée en 2004 afin d'établir des règles mondiales pour contrôler le transfert d'espèces potentiellement envahissantes. En vertu de la Convention, les navires sont tenus de traiter leurs eaux de ballast avant de les rejeter dans un nouvel emplacement, afin d'éliminer les micro-organismes ou les petites espèces marines.

2 : OBSTACLES DE LA MISE EN OUVRE DU CETTE NORMALISATION¹¹⁷:

Les conventions internationales sont des instruments juridiques qui nécessitent plusieurs **phases** avant que leur mise en œuvre par les États contractants soit accomplie ce qui provoque l'apparition de plusieurs obstacles.

Tout d'abord, il y a l'étape de la **rédaction** du « brouillon » sur la base duquel les représentants des pays feront leurs discussions.

Cette étape, dans le domaine de l'unification du droit maritime, a été premièrement jouée par le **CMI**. Ce rôle a été acquis, après le désastre environnemental de 1967 provoqué par le navire Torrey Canion, qui a conduit à l'adoption de la CLC 1969, par l'agence spécialisée en droit maritime des Nations Unies, c'est-à-dire par l'OMCI, devenu OMI.

Une deuxième étape s'ouvre avec la conférence internationale diplomatique, à laquelle participent les représentants des États. La conférence peut être convoquée soit par un État, comme le faisait le Gouvernement belge pour les premières conventions internationales sur l'unification du droit maritime rédigées par le CMI, soit par un organisme international interétatique comme l'OMI.¹¹⁸

Mais pour que le traité puisse entrer en vigueur au niveau international, il y a d'autres conditions qui doivent être accomplies. Ce qui pose des obstacles dans la production des normes (sous section 1) soit l'adoption des normes (sous section 2).

2-1 : LES OBSTACLES LIES A LA PRODUCTION DES NORMES:

2-1-1-L'inertie bureaucratique ralentie l'unification:

Depuis longtemps, la lourdeur administrative des organisations internationales et l'importante mobilisation de ressources qu'elles exigent pour fonctionner sont des phénomènes admis¹¹⁹. Plusieurs organisations, notamment celles attachées à l'ONU, sont devenues de grandes institutions **bureaucratiques** soumises à divers traités multilatéraux. Leur fonctionnement est en proie à des dédoublements administratifs et décisionnel qui envoient des messages contradictoires et paralysent les initiatives.

En l'espèce, l'OMI est une organisation qui élabore et met de l'avant des normes techniques et juridiques prônant un niveau de sécurisation maritime élevé¹²⁰. Toutefois, elle a rapidement acquis les caractéristiques d'une lourde organisation bureaucratique : « Certains ont par ailleurs déploré que l'OMI soit devenu une énorme machine administrative où les politiques et les **bureaucrates** ont progressivement pris le pas sur les **techniciens**.¹²¹

¹¹⁷ P. BOISSON, *Politiques et Droits de la Sécurité Maritime*, EDITIONS BUREAU VERITAS PARIS, 1998,

¹¹⁸ *Contribution à la construction d'un ordre juridique maritime*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

¹¹⁹ Déjà en 1978, à une époque où l'approche multilatérale du droit international était encore en vogue, Raymond Hopkins mettait en doute la pertinence de conclure des traités compte tenu de l'évolution contextuelle.

¹²⁰ Rapport LE DRIANT, p. 23. Sur la mission et la structure organisationnelle de l'OMI ..

¹²¹ À titre d'exemple, on a évalué que chaque Etat devait produire plus de 32000 pages de papier pour modifier une norme internationale.

À titre d'exemple, on a évalué que chaque Etat devait produire plus de **32000** pages de papier pour modifier une norme internationale.¹²²

L'OMI a de son côté avoué qu'elle produisait environ **15 millions de pages** de document par an. Un tel mode de fonctionnement ne facilite pas l'adoption de règles de sécurité applicables rapidement à l'ensemble de la flotte mondiale. »¹²³

Même en admettant que la lourdeur bureaucratique d'une organisation puisse être invoquée comme un moyen de « ventiler » des interventions intempestives, il n'en reste pas moins que cette caractéristique contredit ses prétentions d'organisation régulatrice. Autrement dit, elle est incapable d'évoluer selon la fluctuation des marchés et des techniques du transport maritime. Cela est d'autant plus évident si son orientation politique traditionnelle l'incite de toute façon à ne pas investir le champ de la régulation¹²⁴.

2-1-2- Un ralentissement du processus normatif par une réactivité limitée. :

Les conventions internationales adoptées par l'OMI, en particulier celles qui concernent la gestion sécuritaire **ne sont pas automatiquement contraignantes** elles, elles ne peuvent entrer en vigueur qu'à partir de leur **ratification** par un certain nombre d'Etats, représentant une certaine quantité de tonnage du commerce mondial. Cela a pour conséquence de considérablement ralentir le processus normatif. L'OMI doit donc subir la lenteur résultant de son universalité.

Cependant, le problème de la ratification n'est pas le seul handicap de l'OMI dans sa mission normative, elle souffre aussi de l'absence d'un pouvoir de police lui permettant de contrôler la bonne application des normes qu'elle édicte.

2-2 : LES OBSTACLES LIES A L'ADOPTION DES CONVENTIONS :

2-2-1 : La ratification : un faux indice d'application :

La ratification des traités n'est pas une garantie de mise en application efficace, l'efficacité de ces conventions dépendra de la possibilité de son application par les États membres. Si les États respectent et appliquent bien leurs obligations, alors il s'agit d'assurer l'efficacité des conventions et d'atteindre leurs principaux objectifs.

En effet, Le traité détermine dans ces lignes, en général, **les conditions** de sa ratification. On trouve Parmi celles-ci, celle relative au nombre minimum de ratifications, ce nombre est parfois la seule condition pour l'entrée en vigueur de la Convention¹²⁵.

¹²² Sur ce point, William O'Neil, ancien secrétaire de l'OMI, y trouve l'avantage d'entreprendre une réflexion complète sur les sujets mis de l'avant : « Les processus de l'OMI sont sans doute plus lents [que ceux de l'Union européenne], ce qui n'est pas nécessairement **négatif**. Si la Communauté européenne estime qu'une décision s'impose alors que certaines parties du monde dans lesquelles les progrès technologiques ne sont pas aussi avancés ont une vision différente, si une donnée commerciale s'immisce dans ce raisonnement, les répercussions pourraient être catastrophiques pour l'ensemble des transports maritimes de marchandises. ».

¹²³ P. BOISSON, op cité, p. 62.

¹²⁴ L'unification du droit maritime, Contribution à la construction d'un ordre juridique maritime, **Massimiliano Rimaboschi**, 2010, version numérique sur <http://books.openedition.org/puam/934>.

¹²⁵ Massimiliano Rimaboschi, L'unification du droit maritime, Contribution à la construction d'un ordre juridique maritime, , édition Droit maritime et des transports p 449.

Cependant il faut ici distinguer entre l'état des ratifications des Conventions pour l'unification du droit maritime et l'état de l'unification acquise.

Selon Massimiliano Rimaboschi¹²⁶ l'unification acquise par les conventions internationales sur l'unification du droit maritime ne peut pas être appréciée seulement par le nombre des ratifications. Il se peut, en fait, que quelques États aient introduit dans leur ordre juridique des règles nationales correspondantes au même contenu d'une convention sans pour autant l'avoir ratifiée.

Il se peut aussi que les règles d'une convention puissent être adoptées dans la pratique et mises en œuvre par d'autres méthodes, comme celle contractuelle, découlant de la volonté des parties. C'est ainsi que les Règles de La Haye-Visby¹²⁷ ont été adoptées par la plupart des connaissances maritimes par le biais de la clause Paramount¹²⁸.

On comprend donc que l'état réel de l'unification acquise ne peut pas être apprécié sans tenir compte de quelques éléments complémentaires, en effet, pour mesurer l'état effectif de l'unification acquise des conventions il faut prendre en considération un autre élément : Il s'agit de la « **superproduction** » des textes législatifs au niveau international, ce qui bloque l'unification.

Ce phénomène peut être observé soit lors de la production d'autres conventions internationales concurrentes avec celles déjà en vigueur soit lors de la production des protocoles d'amendement qui modifient les conventions d'origines.

2-2-2 : Des moyens limités face à un superproduction de normes :

le problème de la surproduction des normes s'accroît dans la pratique par la « non-dénonciation » des instruments par les États qui ratifient une nouvelle convention ou un protocole d'amendement. Les États sont libres de dénoncer ou adhérer à une convention ou à tout instrument de droit uniforme.

Cette superproduction, manifestée par l'énorme masse actuelle des textes, fait perdre le sens des obligations prescrites auxquelles s'attache le contenu des normes¹²⁹. C'est pourquoi « trop de droit tue le droit »¹³⁰, et qu'une pollution « réglementaire » s'installe en parallèle avec une pollution marine¹³¹. Or, l'efficacité d'une norme ne dépend pas seulement du caractère impératif de celle-ci, elle dépend aussi de son contrôle¹³², car le

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Convention de Bruxelles du 25 août 1924 Pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, modifiée par les Protocoles du 23 février 1968 et du 21 décembre 1979.

¹²⁸ La Paramount clause (trad. clause suprême ou souveraine) désigne la clause du contrat de transport maritime par laquelle les parties soumettent leur contrat à une autre loi ou Convention internationale que celle qui a normalement vocation à le régir.

¹²⁹ SEILLAN (H). *Le droit comme outil de gestion de la sécurité des systèmes, la photographie, De nouveaux angles de vision*, Préventique, 1989, n° 29 et 30 pp. 8-13 et 29-36

¹³⁰ CARBONNIER (J.), *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1998, 4^e éd

¹³¹ CHARBONNEAU (S.), *L'État et le droit de l'environnement*, Esprit, oct. 1976, p. 399.

¹³² V. en ce sens l'analyse très perspicace de KHODJET EL KIHIL (L.), *La valeur juridique du Code maritime international des marchandises dangereuses (Code IMDG) Evolution du point de vue de son application*, RJE 1/ 2002, pp 25-41.

sens de la règle juridique est ne peut être atteint que s'il est liés a une sanction en cas de violation¹³³.

En plus la plupart des conventions sur l'unification du droit maritime et portuaire comportent des protocoles d'amendement. Ces derniers doivent être approuvés par les Etats signataires à l'instar de toute autre convention internationale, cette étape constitue un processus très compliqué, c'est pourquoi il est souvent difficile de l'adopter par tous les États qui étaient parties au traité original, vu qu'ils posent des objections particulières a leurs situations.

Enfin l'O.M.I. à adopter une pratique intéressante pour l'actualisation et la mise en place de certaines conventions sur la sécurité maritime : c'est la méthode de « l'amendement tacite ». en effet, lorsque des amendements à une convention sont adoptés par une nouvelle conférence à la majorité des deux tiers, ces amendements sont notifiés par l'O.M.I. à tous les Etats contractants, qui sont censés les avoir acceptés faute de communication de leur désaccord au Secrétariat de l' O.M.I. à l'expiration d'un délai fixé¹³⁴.

Ces amendements sont ainsi réputés avoir été acceptés, sauf si plus d'un tiers des Parties ou certaines Parties seulement mais représentant ensemble plus de 50% du tonnage de la flotte mondiale s'y opposent.

Cette méthode a permis de réduire de façon significative les délais de mise à jour de la réglementation par rapport aux évolutions de la technique. Néanmoins, l'effet constaté pourrait être inverse à celui qui était escompté au départ. Il est difficile, tant pour les administrations nationales, que pour les acteurs non-étatiques comme les sociétés de classification, de « digérer » l'évolution de la réglementation tant cette dernière est devenue rapide¹³⁵.

133 BERGEL (J.-L), *Méthodologie juridique*, P.U.F., collection *Thémis*, 2001 p. 309. cité par KHODJET EL KIH(L.), *La valeur juridique du Code maritime international des marchandises dangereuses (Code IMDG) Evolution du point de vue de son application*.

¹³⁴ 30 M. RIMABOSCHI op. Cité, p. 458.

¹³⁵ R. CUISIGNIEZ, *La réglementation de sécurité à bord des navires marchands*, INFOMER, 2004, p. 17.

Conclusion :

Le processus normatif des règles sécuritaires est un processus continue qui évolue avec l'évolution techniques et logistiques du domaines maritimes et qui prend en considération les risques et les menaces portuaires et maritime

Au niveau national, le Maroc a un niveau élevé de ratification de Conventions et de réglementation de l'OMI par rapport à la moyenne, néanmoins, le Maroc n'a toujours pas ratifié certaines Conventions importantes de l'OMI¹³⁶.

En plus des législations internationales la légitimité d'une politique en matière de sécurité et sûreté nationale aux niveau de nos ports est indiscutable: l'état est souverain et peut donc émettre des réglementations propres dans ses eaux territoriales, et au sein de ces installation portuaires. Cette compétence est édictée par la Convention sur le droit de la mer de 1982 dans son article 2: « La souveraineté de l'Etat côtier s'étend au-delà de son territoire et des ses eaux intérieures, à une zone de mer adjacente désignée sous le nom de mer territoriale».

¹³⁶http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102993
(consulté le 15/10/2017).

L'efficacité limitée de la revendication en nature des biens vendus sous clause de réserve de propriété dans le traitement des entreprises en difficulté

Mohammed Rabiê SIKEL ,
doctorant à la faculté des sciences juridiques,
économiques et sociales - souissi, Rabat

Introduction

La vente est « un contrat par lequel l'une des parties transmet la propriété d'une chose ou d'un droit à l'autre contractant contre un prix que ce dernier s'oblige à lui payer¹³⁷. » La suite logique de cette règle se trouve dans l'article 488 du DOC, qui précise que « la vente est parfaite dès qu'il y a consentement des parties l'une pour vendre, l'autre pour acheter et qu'elles sont d'accord sur la chose, sur le prix et sur les autres clauses du contrat¹³⁸. » Ces deux dispositions jumelées impliquent qu'il n'y a pas d'obligation d'avoir un écrit¹³⁹.

Le transfert de propriété peut, quant à lui, aux termes de l'article 491, être immédiat, et ce, dès l'échange du consentement¹⁴⁰. L'acheteur acquiert alors « de plein droit la propriété de la chose vendue dès que le contrat est parfait par le consentement des parties. » Il ne s'agit là que d'une règle supplétive que les parties peuvent se mettre d'accord pour l'adapter à leur volonté commune par une stipulation contractuelle. C'est dans ce sillage que s'inscrit l'insertion d'une clause de réserve de propriété¹⁴¹ reportant le transfert de propriété au jour du paiement complet du prix¹⁴² alors même que la chose fut délivrée. C'est ce qui permet au propriétaire initial de récupérer les biens dont il a gardé la propriété au cas où l'acheteur n'honorerait pas ses engagements ou qu'il se trouve soumis à une procédure collective¹⁴³. Cela dit, la clause de réserve de propriété¹⁴⁴ ne pourrait être valable que si elle est contenue

¹³⁷ Art. 478 DOC.

¹³⁸ La vente est parfaite alors même que le prix n'a pas été payé et la chose n'a pas été délivrée.

¹³⁹ Mis à part pour certaines ventes spécifiques, comme le contrat de cession de fonds de commerce.

¹⁴⁰ On dit alors que le transfert est « solo consensu. » C'est-à-dire que la propriété est transférée par le seul échange des consentements : dès lors que les parties expriment la volonté de transférer la propriété, la loi attache cet effet à leur contrat sans qu'un formalisme quelconque doive être respecté. Pour plus de détails, V. Sophie DRUFFIN-BRICCA, Laurence-Caroline HENRY. « Droit des biens : Propriété individuelle - Propriété collective - Propriété démembrée. » Gualino. Ed. 7. 2017. P. 101.

¹⁴¹ La Cour de cassation française a décidé que le vendeur pouvait, en plus du privilège dûment publié, insérer une clause de réserve de propriété dans le contrat. V. Arr. C. Cass. Fr. Chm. Com. 28 sept. 2004, D. 2005. 2081, obs. P. CROCQ ; D. 2004. 2651, obs. A. LIENHARD ; JCP 2004. I. 107, no 12, obs. M. CABRILLAC ; JCP 2005. I. 135, no 15, obs. Ph. DELEBECQUE ; DEFRENOIS 2005. 517, obs. S. PIEDELIEVRE.

¹⁴² Gaël PIETTE. « Droit des sûretés : Sûretés personnelles - Sûretés réelles. » Gualino. Ed. 11. 2017. P. 203.

¹⁴³ Michel CABRILLAC et Christian MOULY « Droit des sûretés. » Paris, LITEC. 1990. P. 414. N°532.

¹⁴⁴ La réserve de propriété est l'une des principales utilisations de la propriété-sûreté à côté de la fiducie et le crédit-bail. V. Bernard BEIGNIER et Marc MIGNOT. « Droit des sûretés. » Ed. Montchrétien. 2007. N° 1480. P. 481.

dans un écrit et acceptée par l'acheteur au plus tard au moment de la livraison¹⁴⁵.

La clause de réserve de propriété s'analyse alors comme une vente à crédit qui utilise la propriété comme moyen de sûreté¹⁴⁶. C'est au moins une garantie réelle, si ce n'est une véritable sûreté¹⁴⁷. Il s'agit alors d'un mécanisme conventionnel de transfert différé de la propriété qui a pour but de protéger l'aliénateur contre la défaillance de son cocontractant particulièrement redoutable en cas d'insolvabilité¹⁴⁸. »

Ces définitions conduisent à un problème de qualification pour ce genre de contrats, de la détermination de leur nature juridique et, plus particulièrement, la nature juridique de la clause de réserve de propriété en tant que telle.

Ainsi, la clause de réserve de propriété pourrait s'analyser comme une clause suspendant le transfert de propriété au paiement intégral du prix¹⁴⁹ ; comme elle pourrait être considérée comme une vente sous condition résolutoire¹⁵⁰, ce qui impliquerait un véritable transfert de propriété de la chose à l'acheteur¹⁵¹ ; ou encore comme une vente à terme¹⁵², ce qui soulèverait un autre problème de distinction entre la « condition » et le « terme. »

En France, un débat a eu lieu relativement à la nature du mécanisme utilisé¹⁵³. Guidée par la doctrine, la jurisprudence française a analysé la réserve de propriété soit comme un terme¹⁵⁴, soit comme une condition¹⁵⁵.

Dans cet ordre d'idées, une partie de la doctrine française¹⁵⁶ soutient que la distinction entre la « condition » et le « terme » se baserait sur l'élément de la « réalisation », dans la mesure où le « terme » est d'une réalisation certaine, alors que la « condition » admet la possibilité de réalisation ou non.

¹⁴⁵ Art. 672 C. Com.

¹⁴⁶ Pour plus de détails, V. Badia FIESOLANA. « Etude comparée sur la propriété utilisée comme sûreté. » European University Institute. 2001.

¹⁴⁷ C. O. ROSSETTO. « Clause de réserve de propriété et protection pénal des bien. » RTD Com. 48(1). Jan-Mars, 1995. P. 87.

¹⁴⁸ F. PEROCHON. « La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels. » LITEC. 1988. P. 13.

¹⁴⁹ Art. 65. Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

¹⁵⁰ En prenant en considération que l'action en revendication ne peut en aucun cas s'analyser comme une action en résolution du contrat de vente. Pour plus de détails, V. C. Cass. Fr. Cham. Com. 23 janv. 2001. Pourvoi N° 97-21-660. Bull. Civ. N° 23, D 2001. AJ. P. 702. Obs. A. LEINHARD. RTD. Civ. 2001. P. 398. Obs. P. CROCQ.

¹⁵¹ Ce qui implique la possibilité de récupération de la chose par le vendeur et le transfert des risques de détérioration de la chose à l'acheteur.

¹⁵² J. GHESTIN et B. DESCHE. « Traité des contrats – La vente. » LGDJ. 1990. P. 662. N° 599.

¹⁵³ Bernard BEIGNIER et Marc MIGNOT. « Droit des sûretés. » Ed. Montchrétien. 2007. P. 482. N° 1483.

¹⁵⁴ C. Cass. com., 9 janv. 1996, no 93-12667, inédit, JCP 1996, I, 3935, no 19, obs. M. Cabrillac ; Dr. et Patr. mai 1996, no 1345, p. 85, obs. M.-H. Monsérié ; JCP 1996, I, 3942, no 4, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1996, no 4, p. 436, obs. P. Crocq ; D. 1996, p. 184, obs. F. Derrida ; RTD com. 1997, p. 331, obs. A. Martin-Serf.

¹⁵⁵ C. Cass. com., 1er oct. 1985 et CA Nancy, 19 déc. 1985, D. 1986, p. 246, note M. Cabrillac. Contra : Cass. com., 24 sept. 2002, JCP G 2003, I, 134, no 5, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

¹⁵⁶ *Idem*. P. 12. N° 13.

Dans le même sillage, le fait de payer la totalité du prix est un événement incertain dans l'hypothèse où l'acheteur connaîtrait des difficultés, ce qui fait de la clause de réserve de propriété plus une « condition » qu'un « terme. »

Sur le plan procédural, l'action en revendication peut commencer de manière amiable devant le syndic, qui dispose d'un pouvoir de décision pour accepter ou rejeter la demande ; et se terminer contentieuse et judiciaire devant le juge-commissaire sous forme de demande en justice. A ce niveau, elle est soumise aux formalités procédurales de motivation des ordonnances rendues et aux voies de recours judiciaires en vigueur.

Ainsi, en l'absence d'un arsenal juridique exhaustif, le recours à la revendication des biens sous clause de réserve de propriété risquerait d'avoir une portée limitée, à la fois contre l'acheteur initial et face à la masse des créanciers, pour fonctionner comme une véritable garantie dont pourrait jouir le vendeur initial.

Dans quelle perspective alors, la clause de réserve de propriété apporterait-elle une protection efficiente au vendeur dans le cas où son acheteur tomberait en difficulté et se trouve protégé par les dispositions du Livre V du code de commerce.

C'est ce que nous allons traiter en relatant, dans la première partie, les conditions de la revendication en nature des biens sous réserve de propriété, analysant ainsi l'aspect contractuel de cette clause et les impératifs qui s'y attachent, ainsi que les risques liés à d'altération du bien vendu ; pour passer, dans une deuxième partie, à l'exposé des formalités procédurales de l'action en revendication, dégageant ainsi ses effets dans le traitement des entreprises en difficulté.

Partie I : Les conditions de la revendication en nature des biens sous réserve de propriété

Le droit civil et le droit des entreprises en difficulté traitent le concept de revendication d'une manière complètement différente. Ainsi, la règle en matière civile est qu'« en fait de meubles, la possession vaut titre¹⁵⁷. » Cela signifie que le possesseur d'un bien meuble en acquiert la propriété du fait de sa possession¹⁵⁸. Cela doit permettre d'assurer la sécurité des transactions. Mais, à partir du moment que le débiteur est soumis à une procédure collective, les règles du Livre V du code de commerce entrent en jeu pour changer la donne.

Dans cette perspective, le législateur donne au vendeur le droit de revendiquer et récupérer ses biens vendus sous clause de réserve de propriété à deux conditions : la première consiste à prévoir expressément cette possibilité avant la délivrance (paragraphe 1) ; la seconde exigerait que les biens en question soient restés en l'état et sans aucune altération (paragraphe 2).

A/ L'aspect contractuel formel de la clause de réserve de propriété

Le principe en droit des contrats est que la clause de réserve de propriété peut être soulevée à n'importe quel moment et n'est soumise à aucune formalité particulière. Même le mode de preuve à son égard est libre. Il n'en est pas de même en matière de traitement des entreprises en difficulté où le formalisme est de rigueur. Le fait de prévoir par écrit la clause de réserve de propriété est une condition sine qua none pour faire prévaloir son droit sur la chose vendue. Il s'agit là d'un particularisme qui dénote d'une spécificité propre aux procédures collectives¹⁵⁹.

L'article 672 du code de commerce prévoit que cette clause « peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties. » Cette règle implique la possibilité de prévoir ladite clause dans un accord-cadre, dans un groupe de contrats, dans un contrat-type, dans un devis, dans un bon de commande, dans une facture ou dans tout autre document contractuel qui peut revêtir la force obligatoire entre les parties.

La rigueur de ce formalisme est d'autant plus ressentie lorsque le lien contractuel se traduit

¹⁵⁷ Art. 456 DOC, dont l'équivalent en France est l'art. 2276 du C. civ.

¹⁵⁸ L'art. 456 bis du DOC fait de la perte et du vol de la chose des exceptions à cette règle.

¹⁵⁹ A l'instar du législateur français (Art. l624-16 C. Com. Fr), le législateur marocain a prévu à l'article 672 C. Com. que la clause de réserve de propriété « doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. »

par une effectivité de l'offre et de l'acceptation. Celle-ci peut être soit explicite¹⁶⁰, ou tacite¹⁶¹. Autrement, la clause n'aurait aucune valeur réelle, puisqu'inopposable.

Dans le même ordre d'idées, cette clause risque de se retrouver inopposable au débiteur lorsqu'elle est établie pendant la période suspecte¹⁶². C'est que, le juge, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, peut être amené à conclure qu'une telle clause aurait été insérée pour avantager le créancier en question ou désavantager un autre créancier¹⁶³. Elle sera alors frappée de nullité aussitôt qu'un tel doute s'installe¹⁶⁴.

Cela dit, une problématique surgit lorsque la clause de réserve de propriété est établie avant la cessation des paiements et en dehors de la période suspecte pour savoir si le contrat initial doit être maintenu. La cour de cassation française a tranché cette question en décidant que dans la mesure où cette garantie puisse constituer un préjudice aux autres créanciers, elle pourrait être susceptible d'annulation avec maintien du contrat initial¹⁶⁵.

Par ailleurs, il se pourrait que la clause de réserve de propriété soit établie après l'adoption de la procédure de règlement judiciaire. La question qui se poserait à ce niveau est de déterminer l'étendue de sa validité. Aucune disposition n'est prévue par le Livre V du code de commerce pour régir une telle situation. Mais la logique voudrait que la clause de réserve de propriété¹⁶⁶ ne saurait échapper à la règle de l'interdiction des inscriptions¹⁶⁷ et être ainsi opérante que lorsque la délivrance de la chose vendue n'ait été opérée qu'après l'ouverture de ladite procédure¹⁶⁸.

¹⁶⁰ Certains auteurs français ont soutenu que la clause de réserve de propriété doit être prévue de manière claire et suffisamment apparente de manière à ne laisser aucun doute ou amalgame. V. analyse de F. SAGE et D. CHABI, « sûretés réelles, garanties assimilables et redressement judiciaire. » 1996. LGDJ. P. 171.

¹⁶¹ L'acceptation est tacite lorsqu'elle puise la sève dans les usages commerciaux. V. à ce sujet : A. LIENHARD, « sauvegarde des entreprises en difficulté, le nouveau droit des procédures collectives », Delmas, 1^{ère} éd. 2006. P. 231.

¹⁶² C'est la période qui s'étend de la date de cessation des paiements jusqu'au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. Art. 679 C. Com.

¹⁶³ Cette règle est fondée sur le principe de l'égalité des créanciers, défendu par l'art. 682 C. Com.

¹⁶⁴ Cette situation légale risque parfois de s'analyser comme une protection excessive de l'acheteur, mais elle s'accommode bien avec l'esprit du traitement de l'entreprise en difficulté.

¹⁶⁵ En règle générale, le dommage causé constitue un élément essentiel dans l'annulation des garanties établies. V. Arr. C. Cass. Fr. du 09/03/1995. R.T.D. Civ. 1996. P. 441, Obs. J. PATARIN. Rev. Proc. Coll. 1995, Obs. B. SOINNE.

¹⁶⁶ C'est une clause qui n'est soumise à aucune obligation de publication. Par contre, la formalité de publication inverse la charge de la preuve, ce qui épargne au propriétaire l'effort de prouver que la chose lui appartient (c'est l'objet même de la procédure de revendication). Pour plus de détails, V. J. VALLANSAN, « difficulté des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du code de commerce ». Litec. 4^{ème} éd. 2006. P. 154.

¹⁶⁷ L'art. 666 C. Com. ne concerne que « les hypothèques, nantissements et privilèges. »

¹⁶⁸ J. EDDAHBI, « La clause de réserve de propriété dans les procédures de traitement des difficultés de l'entreprise, étude comparative. » Dar Al Afaq Al Maghribia. 1^{ère} éd. 2014. P.24.

B/ Le risque d'altération du bien vendu sous clause de réserve de propriété

Pour pouvoir récupérer les marchandises vendues sous clause de réserve de propriété, il est indispensable que celles-ci soient restées intactes¹⁶⁹. Sauf qu'il ne s'agit pas de la seule condition pour que l'action en revendication soit recevable. Encore faut-il que la chose soit encore entre les mains de l'acheteur initial.

Par ailleurs, il arrive que le bien vendu ait subi certaines transformations ayant conduit au changement de sa nature, par incorporation¹⁷⁰, par mélangeage¹⁷¹ ou encore par transformation. Cet état de fait complique la possibilité de récupération de la chose vendue à son état d'origine, puisqu'elle aurait alors perdu son individualisation.

Le législateur a, cependant, permis l'exercice de la revendication en nature sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier¹⁷² ou sur des biens fongibles¹⁷³, dans la perspective du renforcement de la position du propriétaire dans le traitement des entreprises en difficulté et opérer ainsi un certain équilibre afin d'éviter de cristalliser les conflits d'intérêts. De cette manière, le propriétaire serait épargné de prouver que les biens qui se trouvent dans les stocks de l'entreprise débitrice sont exactement ceux faisant l'objet du contrat de vente en question. Il lui suffirait alors de démontrer que lesdits biens se trouvant entre les mains de l'acheteur sont « de même espèce et de même qualité¹⁷⁴. » Ceci implique que la « fongibilité » d'un bien ne constitue aucunement un obstacle juridique pour la récupération des biens mobiliers sous clause de réserve de propriété¹⁷⁵.

Nonobstant, cette « fongibilité » peut être de nature à créer des situations juridiques confuses qui compliquent considérablement la prise de décision et les choix du syndic ou du juge-commissaire, en cas de pluralité de demandeurs. Trois situations se présenteraient alors afin d'opter pour une préférence à l'égard du premier vendeur ou plutôt du dernier pour décider que les biens qui se trouvent dans les stocks de l'acheteur appartiennent à l'un ou à l'autre. La troisième solution serait de répartir les marchandises sur l'ensemble des demandeurs au prorata de leurs créances.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où les biens en question se seraient complètement détériorés alors qu'ils sont assurés, la question se pose de savoir qui aurait ainsi droit à la prime

¹⁶⁹ C'est ce qui découle des dispositions de l'article 672 du code de commerce, qui prévoit : « Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. » Par contre, les choses ayant définitivement perdu leur individualité, comme les liquides, ont cessé d'appartenir au revendiquant.

¹⁷⁰ P. PETEL. « Procédures collectives. » Dalloz. Ed. 8. 2014. P. 192. N° 355.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² « Lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage matériel pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés, et sans que cette récupération entraîne une dépréciation excessive des autres actifs de l'entreprise. » Art. 673, al. 1 C. Com.

¹⁷³ « Lorsqu'ils se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité. » Art. 673, al. 2 C. Com.

¹⁷⁴ Il s'agit d'une présomption simple que l'acheteur peut infirmer en apportant la preuve du contraire.

¹⁷⁵ A. LANDE, « La fongibilité », RTD com, 48 (2), avr-juin 1995. P. 333.

d'assurance. Le cas s'est déjà produit en France où la cour de cassation a décidé « qu'en cas de perte des biens livrés sous le bénéfice d'une clause de réserve de propriété, l'indemnité d'assurance, subrogée aux biens dont le vendeur était demeuré propriétaire, n'entre pas dans le patrimoine de l'acheteur¹⁷⁶. »

Partie II : Les formalités procédurales de l'action en revendication des biens mobiliers

Les formalités et les règles procédurales qui régissent l'action en revendication des biens vendus sous clause de réserve de propriété sont les mêmes qui régissent les différentes autres actions en revendication prévues par le Livre V du code de commerce. Elles sont relatives aux marchandises dont la vente a été résolue antérieurement au jugement¹⁷⁷ ; aux marchandises expédiées à l'entreprise tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte de l'entreprise¹⁷⁸ ; et aux marchandises consignées à l'entreprise, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire¹⁷⁹

Ainsi, le fondement juridique de l'action en revendication pour justifier la récupération du prix n'est pas sans soulever de véritables difficultés d'appréhension du concept d'insertion d'une clause de réserve de propriété dans un contrat de vente.

Théoriquement, la revendication se fonderait alors soit sur une action directe¹⁸⁰, soit sur une subrogation réelle¹⁸¹. Sauf que, dans le premier cas, elle se heurterait au principe de l'arrêt des poursuites individuelles¹⁸² et à la règle de l'interdiction de payer les dettes antérieures¹⁸³ ; dans le deuxième cas, elle serait inopérante dans l'éventualité d'une altération des biens en question¹⁸⁴.

En comparaison avec le législateur français, il apparaît évident que le législateur marocain n'ait pas donné autant d'importance à l'action en revendication dont l'exercice (paragraphe 1) génère des effets importants qu'il convient de soulever (paragraphe 2).

¹⁷⁶ C. Cass. Fr. Ch. Com. 6/7/1993, JCP 1993, éd. G, II, 22 153, 1994, éd. E II, 549, Obs C. LARROUMET, grands arrêts du droit des affaires. Dalloz 1995. P 552.

¹⁷⁷ Art. 669 C. Com.

¹⁷⁸ Art. 670 C. Com.

¹⁷⁹ Art. 671 C. Com.

¹⁸⁰ L'action directe est définie comme étant un « droit exercé par un créancier, en son nom, personnellement et directement contre le tiers cocontractant de son propre débiteur, afin d'obtenir le paiement d'une somme d'argent par l'exercice privatif d'une créance de ce débiteur. » <http://www.droit.fr/lexique/index.php/term/Juridico,148-action-directe.xhtml>

¹⁸¹ La subrogation réelle est une action qui a pour effet de transporter dans le patrimoine du vendeur initial, le prix ou la partie du prix impayé par le sous-acquéreur. Il en résulte que la revendication du prix s'exerce sur le solde du prix de revente du bien affecté de la clause de réserve de propriété restant dû au jour précité, à concurrence du prix tel que fixé lors de la convention conclue avec le vendeur initial. (Chambre commerciale, 16 juin 2009, pourvoi n°08-10241, Legifrance). <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/subrogation.php>

¹⁸² Art. 653 C. Com.

¹⁸³ Art. 657 C. Com.

¹⁸⁴ Pour plus de détails, V. Véronique RANOUIL. « La subrogation réelle en droit civil français. » LGDJ. 1985.

A : L'exercice de l'action en revendication

La revendication d'un bien suit la logique générale du traitement des entreprises en difficulté et passe alors par deux étapes : amiable, gérée par le syndic ; et judiciaire, chapeautée par le juge-commissaire¹⁸⁵.

La procédure amiable¹⁸⁶ fut initiée par le législateur français¹⁸⁷ pour donner plus d'importance au traitement extrajudiciaire des difficultés mineures et décongestionner l'appareil juridictionnel. Ainsi, si la réglementation marocaine s'est inscrite dans ce sillage, elle n'en a pas eu la même teneur, puisqu'elle ne dépasse pas le simple fait de signaler que « le syndic peut acquiescer à la demande en revendication avec l'accord du débiteur. »

Cela dit, au Maroc, comme en France, la procédure amiable est un passage obligatoire qui précède l'étape judiciaire, sous peine d'irrecevabilité de l'action en revendication. Ce qui implique également que l'émission de deux demandes concomitantes, à la fois au syndic et au juge-commissaire, subit le même sort.

Concernant la formalité d'émission de la demande, une partie de la doctrine marocaine a soutenu le moyen de lettre recommandée avec accusé de réception ou sur ordonnance du président du tribunal¹⁸⁸, en respectant des délais raisonnables¹⁸⁹. Mais comme il s'agit d'une demande en justice, celle-ci doit respecter les formalités exigées dans l'article 32 du code de procédure civile.

A défaut d'accord donné par le débiteur, la demande est portée devant le juge-commissaire qui statue sur le bien-fondé de la revendication¹⁹⁰. Sauf que cette compétence du juge-commissaire n'est pas exclusive puisque le tribunal de commerce reste également compétent pour traiter de cette revendication¹⁹¹. Ce conflit de compétence entre le juge-commissaire et le tribunal de commerce a été tranché en France en faveur du premier¹⁹². Au Maroc, le flou persiste en l'absence de dispositions juridiques claires, quoique l'article 566,

¹⁸⁵ C'est un constat tiré de l'art. 675 C. Com. qui prévoit que « le syndic peut acquiescer à la demande en revendication avec l'accord du débiteur. A défaut d'accord, la demande est portée devant le juge-commissaire qui statue sur le bien-fondé de la revendication. » La situation en France n'est pas différente. V. C. SAINT-ALARY-HOUIN. « Droit des entreprises en difficulté ». Précis DOMAT. Ed. Montchrestien. 2006. N°970. P.471.

¹⁸⁶ V. Arr. C. Cass. Fr. Chm. Com., 10 juillet 1990, Bull. n° 205. Publié sur le site de la cour de cassation française sous le lien web :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/troisieme_partie_jurisprudence_cour_124/activites_economiques_commerciales_financieres_129/procedures_collectives_6010.html. Consulté le 20 nov.-17 vers 21h00.

¹⁸⁷ La loi du 10 juin 1994 traite de manière exhaustive la procédure de revendication et lui consacre 31 articles, soient les articles l522-37, l622-6, l624-9 à l624-18, r621-21, r622-4, r622-21, r624-13 à r624-16, r631-31, r641-31, r641-32 et r663-25.

¹⁸⁸ Art. 148 C.P.C.

¹⁸⁹ L'Art. 638 du C. Com. prévoit que « le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure », mais ne donne aucune indication claire par rapport aux délais de traitement.

¹⁹⁰ Art. 675 C. Com.

¹⁹¹ V. Arr. C. Cass. Fr. Chm. Com. 3 mars 1987, D1987, 61 D 1988, Obs DERRIDA. Et Arr. C. Cass. Fr. Chm. Com 14 juin 1988, bull. civ. IV n° 204. P. 141. Rev. Proc. Coll. 1989, 210, n° 3, Obs B. SOINNE.

¹⁹² Réforme du 10 juin 1994.

al. 2 du code de commerce donne compétence au tribunal qui a ouvert la procédure pour connaître de « toutes les actions qui s’y rattachent. »

En tout état de cause, les ordonnances rendues par le juge-commissaire en matière de revendication sont immédiatement déposées greffe¹⁹³ ce qui les rend exécutoires, même si elles sont attaquées.

Les voies de recours contre ces décisions ont fait couler beaucoup d’encre. Une partie de la doctrine marocaine soutient qu’elles sont susceptibles d’opposition¹⁹⁴, même si les articles 639 et 675 du code de commerce ne le prévoient pas expressément, en application de l’article 566 du même code. Une autre partie de la doctrine estime que les décisions du juge-commissaires sont attaquables dans les mêmes conditions que pour la déclaration de créance au moment de leur vérification¹⁹⁵. Un troisième avis renforce cette dernière thèse en soutenant que l’appel serait la voie de recours normale contre les décisions du juge-commissaire après l’abrogation du Dahir du 12 août 1913 formant code de commerce¹⁹⁶.

Par ailleurs, l’article 667 du code de commerce fixe à trois mois le délai d’exercice de l’action en revendication des meubles, comme règle générale. Ce délai commence à compter du jour de la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il ne commence cependant à courir, pour les contrats en cours, qu’à partir de la date de leur résiliation ou à l’arrivée de leur terme¹⁹⁷. Il est important, à ce niveau, de prendre en considération que le jugement d’ouverture de la liquidation judiciaire génère des effets spécifiques puisqu’il entraîne directement la résolution des contrats en cours, et déclenche ainsi le délai de l’action en revendication¹⁹⁸.

B : Les effets de la revendication

La revendication a des effets à la fois sur le contrat lui-même et sur la créance générée par ce contrat. Mais, ces effets sont différents suivant si l’action en revendication est acceptée ou bien rejetée.

Ainsi, l’ordonnance du juge-commissaire rendu en acceptation de la demande en revendication implique la restitution en nature du bien meuble vendu sous clause de réserve de propriété. Ce qui revient à dire que ledit bien sort du patrimoine de l’entreprise débitrice

¹⁹³ Art. 639 C. Com.

¹⁹⁴ A. C. SBAI, « Traité des procédures de prévention et de traitement des difficultés de l’entreprise », Tome 2, 1ère Éd. Dar nahr al maârif. 2000. P. 260.

¹⁹⁵ M’hammed LAFROUJI, « difficultés de l’entreprise et procédures judiciaires de leur traitement ». Série des études juridiques. N° 4. 1^{ère} éd, 2000. P. 402.

¹⁹⁶ El Mehdi CHEBOU, « l’institution du juge-commissaire dans les procédures de traitement des entreprises en difficulté. Etude comparative. » Série des études juridiques contemporaines. N° 9. 1^{ère} éd. 2006. P. 487.

¹⁹⁷ Art. 667, al. 2. C. Com.

V. Arr. C.A. Com. N° 391/2001 du 16/02/2001. Doss. Com. 11/2000/2886. Publié à la Rev. Tri. Com. N° 1. Mai 2004. Publications de « l’Association de publication de l’information juridique et judiciaire. » Ministère de la Justice. P. 163.

¹⁹⁸ Arr. C. Cass. Fr. Chm. Com. 20/09/2004. Juris-data N°2004-02 5026. RJDA 2005. N° 179. Rev. Proc. Coll. 2005. Obs. Ph. ROUSSEL GALLE.

pour réintégrer le patrimoine du créancier. Cette logique est justifiée par la nécessaire possession effective et non-fractionnée¹⁹⁹ du bien meuble qui fait partie du patrimoine du créancier²⁰⁰.

Pour parer à toute éventualité et renforcer sa position, il appartiendrait également au créancier de demander l'exercice d'une saisie-conservatoire²⁰¹ sur les biens revendiqués jusqu'à leur restitution effective²⁰².

En France, la saisie-conservatoire pratiquée par un créancier est régulièrement convertie en une saisie-attribution²⁰³ avant l'ouverture de la procédure collective du débiteur. Dès lors, elle ne peut plus être contestée²⁰⁴.

Au Maroc, la saisie-conservatoire ne s'analyse pas comme une formalité d'exécution²⁰⁵ et encore moins comme mode de paiement d'une créance²⁰⁶. Même si elle est traitée au niveau du Titre intitulé « Des Voies d'Exécution²⁰⁷ » du code de la procédure civile, elle a pour effet exclusif de permettre, en vertu de l'article 453 du même code, de mettre sous-main de justice les biens meubles et immeubles sur lesquels elle porte et d'empêcher le débiteur d'en disposer au préjudice de son créancier. En conséquence, toute aliénation consentie à titre onéreux ou à titre gracieux, alors qu'il existe une saisie conservatoire, est nulle et non avenue.

De cette manière, la saisie-conservatoire ne peut être assimilée à une mesure d'exécution comme l'est la saisie-exécutoire, seule de nature à interdire au propriétaire de disposer de

¹⁹⁹ Mohammed Houssein MANSOUR, « la clause de réserve de propriété. » éd. Dar Al Jamia Al Jadida. 2007. P. 214.

²⁰⁰ La même logique se trouve à l'art. r624-13 C. Com. Fr. qui prévoit que « la demande en revendication emporte de plein droit demande en restitution. »

²⁰¹ La compétence à cet effet revient au président du tribunal de commerce en application de l'art. 21 du Dahir n° 1-97-65 (4 chaoual 1417) portant promulgation de la loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce (B.O. 15 mai 1997).

²⁰² Bernard SOINNE, « traité des procédures collectives. » Ed. LexisNexis/LITEC. 2ème éd. 1996. N°1959. P. 1599.

²⁰³ V. Art. 454 CPC. Conversion de la saisie-conservatoire en une autre saisie. V. aussi les saisies-exécution. Art. 459 et s. CPC.

Le législateur marocain parle de la conversion de la saisie-conservatoire en un autre type de saisie, sans autres précisions. Mais, le législateur français nomme clairement les saisies converties. La saisie-attribution est une expression juridique utilisée en matière de voies d'exécution. C'est la procédure régie par les articles L.211-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécutions français, en vertu de laquelle un créancier se substitue à son débiteur pour récupérer une créance que ce dernier détient sur un autre débiteur. Elle implique nécessairement l'intervention d'un huissier de justice. Par ailleurs, le créancier doit détenir un titre exécutoire et la créance doit être évaluée en argent. La saisie-attribution a remplacé (avec la saisie-appréhension et la saisie-vente) la saisie-arrière suite à la loi du 9 juillet 1991.

²⁰⁴ V. C. Cass. Com. 2 mars 2010 n° 08-19.898.

²⁰⁵ Allal FALI. « Les procédures de traitement des difficultés de l'entreprise ». Dar Essalam. 2ème éd. Novembre 2015. P. 186.

²⁰⁶ V. Arr. C. Cass. N°1309 du 21 mai 2005. Doss. Com. N°1279/3/1/2004. Publié sur le site <http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass210520051309>. Consulté le 24 oct. 2017 vers 10h00.

²⁰⁷ Titre IX du CPC.

ses biens. Elle échappe donc à l'article 653 du code de commerce et au principe de l'arrêt des poursuites individuelles.

Inversement, lorsque l'action en revendication est rejetée, le droit de propriété devient inopposable dans les procédures collectives. Ce qui ne signifie nullement que la propriété de la chose objet du litige soit passée au débiteur²⁰⁸. Mais, que le propriétaire initial perd momentanément son droit à la restitution de la chose et devient un simple créancier dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure et donc soumis à la formalité de déclaration de créance dans les délais exigés.

²⁰⁸ C. Cass. Fr. Chm. Com. 26/11/2002. D 2003. AJ, P. 64, act. Proc. Coll. 2003/1. N°7.

Conclusion

La clause de réserve de propriété, en tant que technique juridique utilisant la propriété comme moyen de garantie, constitue un régime spécial dans le traitement des entreprises en difficulté, qui met le propriétaire initial d'une chose à l'abri des dispositions protectrices du débiteur défaillant. Ce créancier de type spécial se démarque clairement des autres créanciers dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Il n'en demeure pas moins que cet état de fait crée un réel conflit d'intérêts pour la conciliation entre les différents impératifs de la procédure collective : sauvetage de l'activité, maintien des salaires et paiement des dettes.

La philosophie du législateur marocain s'inscrit dans le sillage de l'adage « la propriété est mère des sûretés²⁰⁹ », renforçant ainsi le statut et la position du vendeur en lui permettant de récupérer son bien en cas de défaut de paiement, dérogeant ainsi à toutes les règles rigoureuses de protection du débiteur déclaré en cessation des paiements : Arrêt des poursuites individuelles, interdiction de paiement des créances antérieures, déclaration des créances, etc.

Nonobstant, les règles procédurales régissant l'action en revendication des biens sous clause de réserve de propriété connaissent des insuffisances certaines qu'il convient de combler²¹⁰, notamment en puisant dans la réglementation et la jurisprudence françaises, manifestement en avance.

Ainsi, pour parer à ces insuffisances, les règles procédurales régissant l'action en revendication devraient être renforcées et précisées ; la dualité de compétence entre le juge-commissaire et le syndic devrait être évitée au profit du premier ; et lorsqu'un plan de cession est adopté comme solution, une disposition juridique claire devrait prévoir l'intégration des biens gardés en propriété dans le patrimoine de l'entreprise cédée. Autrement, la clause de réserve de propriété risque, à n'importe quel moment de la procédure, de passer d'une véritable garantie à un droit fictif sans aucun effet juridique réel.

²⁰⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN. « Droit des entreprises en difficulté », op cit, P. 490. N° 822.

²¹⁰ La procédure de revencication est régie sommairement par un seul article du code de commerce, soit l'article 675.

Le populisme dans le discours politique français Lors du débat à la présidentielle française- le cas d'Emmanuel Macron et Marine Le Pen.

Rabie Ferram

Doctorant chercheur à la faculté des sciences
juridiques, économiques et sociales –Salé-

La communication politique est un élément indispensable à la réussite d'un candidat politique lors des élections .Ainsi , la maîtrise de ses procédés facilitent le gain d'un acteur politique ,quelque soit les couleurs de son parti , au préjudice d'un autre incapable d'ajuster le pouvoir symbolique aux conjonctures sociopolitiques qui sont en perpétuelle mutation.

En effet, le discours politique représente l'un de ses procédés qui valorise les chances de réussite d'un candidat vu qu'il représente le premier moyen permettant la clarification de la feuille de route du politicien auprès de son électorat ce qui peut refléter la bonne volonté ou au contraire dresser une image négative du locuteur.

Cette montée en crescendo de la valeur accordée au discours politique est due à l'évolution de deux éléments fondamentaux à savoir :

1-la grande importance accordée à la démocratie représentative octroyant une grande valeur à l'instance citoyenne et surtout l'opinion publique qui revêt un impact inextricablement lié à la vie politique .

2-la propagation des médias qui garantissent une couverture à une grande échelle des débats politiques .

Cet état des lieux dévoile le comportement politique de quelques acteurs qui recourent au discours populiste comme étant le seul moyen de persuader l'électorat.

Par ailleurs, ce même discours peut nuire à la réputation des politiciens et ainsi leur élection.

Ainsi, la problématique majeure de cet article pivote autour de l'impact du discours populiste sur la victoire d'un candidat autrement dit « A quel point le discours populiste diminue les chances de réussite d'un candidat à la présidentielle ? »

En guise d'hypothèse, le discours populiste dégrade l'image des politiciens et contribue à leur échec.

Pour vérifier la véracité de cette hypothèse, le choix du débat à la présidentielle française qui a opposé le libéral Emmanuel Macron à la droite Marine Le Pen n'est pas aléatoire dans la mesure où la France est l'une des démocraties reconnues à l'échelle internationale outre la métamorphose du débat traditionnel en une polémique assez virulente ouvrant la voie au populisme.

En plus. Il s'avère indispensable de mettre un verre grossissant sur la politique en France vu les relations qui lie le Maroc à son allié historique.

Ainsi, il est question d'étudier le discours politique de la candidate sortante pour vérifier la trace du populisme dans son discours tout en le comparant au discours du futur président élu.

Pour le faire, nous allons procéder à la détermination de la théorie de la communication politique chapeautant le discours politique. Ensuite, il est important de définir l'évolution et les caractéristiques du populisme. Après, nous clarifierons les composantes du discours populiste.

Le cadrage théorique du discours populiste

les théories de la communication politique.

Le discours politique s'inscrit dans le cadre de la communication politique. En effet, son analyse dépend essentiellement de l'évolution des théories de la communication politique.

En effet, le discours politique fait généralement partie d'une situation de communication qui lui est inhérente. Cela montre la relation étroite entre les trois instances qui le déterminent « *l'instance politique, instance déléguée qui a en charge la réalisation de l'action politique, l'instance citoyenne, instance qui est à l'origine du choix des représentants du pouvoir* »²¹¹. Ainsi que l'instance médiatique qui assure « *la circulation des énoncés* »²¹²

Ainsi, ces trois instances représentent les éléments colossaux de la communication politique à savoir émetteur, canal et récepteur.

Autrement dit, le politicien s'adresse au citoyen via des canaux médiatiques dans un contexte politique encadré par un temps et lieu précis.

la théorie de l'agenda building

L'évolution en crescendo des médias et son impact sur le citoyen pousse les politiciens à s'en servir pour mieux légitimer leur projet dans le cadre de la gestion des affaires publiques.

Cette interaction tridimensionnelle entre hommes politiques, médias et citoyens trouve ses soubassements théoriques dans « *la théorie de l'agenda building* »²¹³ élaborée par Kurt et Gladys Lang.

Ainsi, l'agenda building « *constitue un modèle triangulaire et dynamique ; il y a influence mutuelle entre les médias, les décideurs et la population.* »²¹⁴ pourvu que les médias accordent une couverture assez importante à un acteur de la sphère politique afin qu'il

²¹¹ Patrick Charaudeau, *Le discours politique les Masques du pouvoir*, Vuibert, avril 2005, Paris, p. 17-18.

²¹² Dominique Wolton, *La communication politique*, éditions CNRS, Paris, 2008, p. 58.

²¹³ Marc-François Bernier, François Demers, Alain Lavigne, Charles Moumouni, Thierry Watine, *Pratiques novatrices en communication publique: journalisme, relations publiques et publicité*, Presses Université Laval, 2005, p. 92.

²¹⁴ *La communication politique Etat des savoirs, enjeux et perspectives*, Anna Marie Gingras la presse de l'université du Québec, 2010, p. 20,

puisse s'imposer sur le récepteur qu'il lui accorde inconsciemment un intérêt voire un dévouement.

Cette théorie a permis de se focaliser sur « *l'image médiatique* »²¹⁵ en tant qu'une variable assez considérable dans la formation de l'opinion publique.

Par le biais des médias, le politicien bénéficie d'une opportunité lui permettant de présenter directement ses compétences professionnelles et ses volontés infaillibles grâce à son image « *ethos* »²¹⁶ qui se démarque par un consensus entre le langage verbal et non verbal tel est le cas de la première campagne électorale aux États-Unis où « *un jeune leader charismatique et médiatique s'impose par son style, impressionne lors du débat télévisé et remporte l'élection de 1960. Comme l'écart entre les voix exprimées pour Kennedy et pour Nixon est fort restreint, l'impact de l'image médiatique apparaît désormais déterminant dans certaines circonstances, ce qui contraste fortement avec les résultats de recherches démontrant la faible influence des médias.* »²¹⁷

Par conséquent, le politicien s'efforce à projeter une image capable d'être en conformité avec la représentation commune qu'ont les citoyens et qui détermine le degré de sa réussite.

Par ailleurs, l'importance accordée au support visuel a poussé David Taras à recourir à la *démocratie théâtre* qui explique l'intrusion des procédés dramatique au sein de la politique.

Dans cette veine, la politique se focalise davantage sur la mise en scène encouragée par la démocratie représentative et les nouvelles prérogatives accordées aux élus politiques.

Ainsi, les débats conflictuels prennent l'assaut sur les débats projetant les réformes politiques et sociales vu l'augmentation du taux de couverture médiatique qui se propage sur les réseaux sociaux.

A cet égard, les politiciens empruntent les procédés d'une représentation scénique par le truchement des répliques préparés dans les coulisses afin de susciter l'adhésion du spectateur en l'occurrence les électeurs.

L'analyse du discours

Le discours politique a pour fonction de persuader l'électorat de la crédibilité de l'acteur politique.

A cet effet, il puise dans la rhétorique les procédés argumentatifs qui servent à convaincre le citoyen. De ce fait, l'analyse du discours politique prend en considération trois éléments indispensables: *ethos*, *logos* et *pathos*.

215 Françoise Clary, *Médias, pouvoirs et culture de l'image aux États-Unis*
Publication de l' Université de Rouen Havre, 2004 , p.112.

216 Frédérique Woerther, *L'éthos aristotélicien: genèse d'une notion rhétorique*, Vrin, Paris, 2007, p.231

217 La communication politique Etat des savoirs, enjeux et perspectives, Anna Marie Gingras la presse de l'université du Québec, p.19, 2010

En ce qui concerne le logos, il « *s'apparente à la logique* »²¹⁸ afin de donner plus de rationalité aux énoncés produits. Bel et bien, chaque discours doit se baser sur la logique en adoptant un type de raisonnement adéquat à la situation d'énonciation et à la nature des objectifs visés pour éviter toutes sortes de déviations qui peuvent tourner à l'envers son sens premier. Donc, le logos est considéré comme un discours rationnel apte à convaincre l'auditoire, si l'orateur recourt aux procédés linguistiques propices à une conjoncture politique particulière.

A l'encontre du logos, le pathos s'intéresse à la passion vu que le destinataire ne pourrait agir que s'il était motivé. Dans cette perspective, ce procédé discursif *consiste « à faire ressentir des émotions à l'auditoire »*²¹⁹ tout en animant son affectivité par le biais de la tonalité pathétique, le recours au « *story telling* » ou à travers les discours humanitaires comme celui de L'amnistie internationale. Ainsi, cet élément de la rhétorique revêt une importance majeure puisqu'il facilite l'adhésion totale de l'auditoire grâce à l'éveil affectif.

Pour ce qui est de l'ethos, il correspond à l'image que donne l'orateur à travers son discours. En effet, il est lié au destinataire en tant qu'un être physique qui peut adopter des attitudes personnelles et un style particulier qui le différencie des autres. Par ailleurs, il se définit comme « *la représentation par l'orateur de personnes différentes de lui* »²²⁰ afin de mieux s'identifier à la pluralité de l'auditoire. Autrement dit, il renvoie à un prototype stable qui résume les différentes réactions et attitudes que pourraient manifester un orateur pour persuader son récepteur.

b- le discours populiste en France. **-le populisme en France.**

En France, L'émergence et l'évolution du populisme avait pris plusieurs formes. Primo, Le poujadisme, dans les années cinquante, « *Mouvement politique constitué en France dans les années 1950 autour de l'Union de défense des commerçants et artisans, animée par Pierre Poujade* »²²¹. diffuse un discours xénophobe et anti- intellectualiste à l'adresse des artisans et des petits commerçants.

Deuxio, le populisme émerge avec le « national-populaire ; pour ce qui concerne les discours

²¹⁸ M. Charland, « le langage politique », in *la communication politique Etat des savoirs, enjeux et perspectives*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010, p.73.

²¹⁹ M. Charland, « le langage politique », dans *la communication politique Etat des savoirs, enjeux et perspectives*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010, p.73.

²²⁰ F. Woerther, *L'éthos aristotélien: genèse d'une notion rhétorique*, Paris, J.Vrin, 2007, p.9.

²²¹ www. Larousse.fr, consulté le 01/11/2017

de Jean-Marie Le Pen réclamant la « préférence nationale »²²².

Trio, il est qualifié de « libéral-populaire » s'agissant des discours de Bernard Tapie qui vante l'entreprise et l'emploi des jeunes »²²³.

A cet effet, le discours populiste est polymorphe vu qu'il n'est pas inhérent à une idéologie précise d'où l'importance de déterminer ces propres caractéristiques.

-les caractéristiques du discours populiste.

Le discours politique a d'autant plus une visée persuasive qu'une aspiration à dire la vérité.

Par déduction, le discours populiste est une forme du discours politique qui « *se réclame du peuple, de ses aspirations profondes, de sa défense contre les divers torts qui lui sont faits* »²²⁴.

Par conséquent, il valorise davantage le pathos au dépend du logos afin de manipuler son auditoire. De facto, la critique de l'adversaire prévaut sur le raisonnement politique.

A cet effet, le discours populiste adopte la disqualification de l'adversaire en se focalisant sur « *le désordre social dont est victime le citoyen, sur la source du mal qui s'incarne dans un adversaire ou un ennemi, et sur la solution salvatrice qui s'incarne dans l'homme politique qui tient le discours* »²²⁵

En effet, par le biais du désordre social, le locuteur cherche à souligner la gravité d'une situation en recourant à l'hyperbole pour en exagérer les retombées sur le citoyen. Ainsi, il décrit une situation de crise réelle ou même éventuelle afin de se victimiser.

En outre, il est important d'attribuer cette situation de crise à une source qui l'a déclenchée d'une façon directe ou floue.

De surcroît, il s'ensuit que l'acteur politique adopte la tonalité épique pour se dresser en tant que sauveur des citoyens à l'encontre des autres ou de ses prédécesseurs.

l'analyse du discours politique Les discours politiques des deux candidats Le corpus d'analyse

A priori, le corpus est « *une collection de données langagières qui sont sélectionnées et organisées selon des critères linguistiques explicites pour servir d'échantillon de langage* »²²⁶

Ainsi, en analyse du discours, le corpus « définit l'objet de la recherche qui ne lui préexiste pas »²²⁷. A cet égard, le corpus doit impérativement répondre à la problématique de la recherche.

²²² Patrick Charaudeau, "Réflexions pour l'analyse du discours populiste", revue Mots, n°97, Les collectivités territoriales en quête d'identité, pp.101-116, ENS Éditions, Lyon, 2011, consulté le 24 août 2017 sur le site de Patrick Charaudeau - Livres, articles, publications.

²²³ Patrick Charaudeau, "Réflexions pour l'analyse du discours populiste", revue Mots, n°97, Les collectivités territoriales en quête d'identité, pp.101-116, ENS Éditions, Lyon, 2011, consulté le 24 août 2017 sur le site de Patrick Charaudeau - Livres, articles, publications.

²²⁴ www.editions-larousse.fr consulté le 01/11/2017.

²²⁵ Patrick Charaudeau, le discours politique les Masques du pouvoir, Vuibert, avril 2005, Paris, p.70.

²²⁶ Patrick Charaudeau et Dominique Mainguénau, Dictionnaire d'analyse du discours, Seuil, 2002, p.148.

Pour mettre en exergue la présence d'une tendance populiste chez les deux candidats à la présidentielle française de 2017, il est important de se focaliser sur les deux premières questions qui leur sont posées à savoir : l'état d'esprit et le chômage.

Pour ce qui est de la première question, elle vient d'être posée pour la première fois aux candidats à la présidentielle française outre son importance à projeter les enjeux majeurs tracés par le candidat et qui peuvent refléter une image valorisante ou dévalorisante. Concernant la deuxième question, elle s'impose comme étant un thème qui intéresse une majorité écrasante de la société et surtout les jeunes.

- Les procédés linguistiques adoptés.

Marine Le Pen, candidate de l'extrême droite et Emmanuel Macron le centriste pro-européen ont entamé mercredi soir des attaques virulentes lors du débat d'entre les deux tours, à quatre jours du second tour de la présidentielle française.

Les deux finalistes se sont livrés mercredi soir à une virulente passe d'armes sur la régression qu'ont connue la gestion des affaires publiques et l'augmentation du taux de chômage

En effet, la première question qui a été posée aux deux candidats portent sur leurs états d'esprit. Ainsi, leurs réactions étaient différentes.

Dès sa première intervention, Marine le Pen s'est montrée agressive et elle n'a pas hésité à critiquer son adversaire.

Elle a débuté par la considération de son adversaire comme étant la source du mal
« *Monsieur Macron est le candidat de la mondialisation sauvage, de l'ubérisation, de la précarité, de la brutalité sociale, du saccage économique de nos grands groupes, du communautarisme...* »

Avant de se montrer comme le sauveur du peuple français « *Face à cela, je suis la candidate du peuple, de la France telle que nous l'aimons, de sa culture, de la nation qui protège nos emplois, qui protège la sécurité de nos compatriotes, nos frontières, qui nous protège* »

En plus, elle se réclame du peuple pour appuyer sa critique « *les Français ont également pu voir "le vrai Macron" dans cette période* ». A cet égard, elle recourait à l'antithèse pour mettre en lumière le contraste du candidat qui se déguise pour plaire aux français « *La bienveillance a fait place à la médisance, la stratégie marketing a été reprise en main par le PS, et le sourire étudié se transforme en rictus au fur et à mesure des meetings* ». Elle enchaîne

« *L'enfant chéri du système et des élites a tombé le masque, c'est bien! On a vu les choix cyniques que vous avez fait lors de ce second tour qui révèlent la froideur du banquier d'affaire que vous n'avez probablement jamais cessé d'être. Cette période de clarification a été profondément utile aux Français* ».

De sa part, Macron débute son intervention par une antiphrase critiquant les invectives de le Pen « *Merci pour cette belle démonstration que vous venez de faire, Madame Le Pen. Je*

²²⁷ Patrick Charaudeau et Dominique Mainguenu, Dictionnaire d'analyse du discours, Seuil, 2002, p. 149.

ne m'attendais pas à autre chose ». En plus, il a accusé Le Pen en utilisant la prétérition « Moi je ne vais pas vous dire que vous êtes la véritable héritière, non seulement d'un nom, d'un parti politique, du parti politique de l'extrême droite française, de tout un système qui prospère sur la colère des Français depuis tant et tant d'années. Je ne vais pas vous dire que vous revendiquez même cet héritage, puisque vous l'avez porté depuis que vous avez repris ce parti, et que depuis 40 ans, dans ce pays, nous avons des Le Pen qui sont candidats à l'élection »

En outre, il lui a dénoncé de « porter l'esprit de défaite » ; expression qu'il a répétée trois fois pour insister sur le Mal auquel elle expose la patrie et donc tous les français et surtout quand cet esprit de défaite est inextricablement lié au terrorisme et à la mondialisation qui doivent selon lui être pris en considération.

Face à cet esprit de défaite, Macron dresse un esprit de conquête « moi je porte l'esprit de conquête français » qui s'adosse à un argument de fait « la France a toujours réussi. [...] Sa langue, elle se parle sur tous les continents, son histoire, sa civilisation, ce qui fait sa force [...] ». Ce qui fait que nous sommes aujourd'hui la cinquième puissance économique mondiale. »

Cet esprit de conquête est appuyé sur la volonté d'agir du candidat du centre « Il y a énormément de changements à faire, énormément. Ce sont ceux-là que je veux conduire, [...] je vais faire le maximum pour remédier à cela. Mais, ces changements profonds que je souhaite, qui m'ont conduit quand j'étais ministre à quitter le gouvernement, c'est bien cela que je compte mener à leurs termes pour que cet esprit de conquête triomphe ».

Pour parler de son feuille de route relative au chômage, Macron recourt d'emblée aux argument de fait qui dévoilent l'enlisement du statu quo relatif au chômage « Le problème de la France depuis 30 ans, c'est le taux de chômage. Nous sommes dans le chômage de masse depuis 30 ans, nous sommes le seul pays d'Europe qui n'a pas réussi à endiguer cela. 10% de chômage, un taux de chômage des jeunes qui est extrêmement important. » Pour y remédier, Macron propose « la simplicité » comme un moyen qui va permettre aux petites et moyennes entreprises de travailler dans des conditions de flexibilité favorisant leurs productivités et offrant davantage d'emplois aux chômeurs.

En outre, il a proposé plusieurs mesures afin d'adapter les PME au cycle économique à savoir :

- ✓ L'administration ne doit pas tout de suite sanctionner, elle doit accompagner, expliquer pour corriger.
- ✓ La création d'un droit à l'erreur pour tous les acteurs économiques
- ✓ supprimer le RSI pour les commerçants et les artisans, fondamental là aussi pour pouvoir croître et embaucher.
- ✓ L'acquisition d'un droit du travail qui n'est pas, comme aujourd'hui, déterminé partout, pour tout, toutes les catégories.
- ✓ La réforme de l'assurance chômage, de la formation professionnelle pour que l'on protège vraiment les gens au milieu de tous ces changements.

Par ailleurs, Marine Le Pen a continué dans sa voie dévalorisante .En fait,il a pointé du doigt la politique de Macron ,en tant que ministre de l'économie, qui n'a pas abouti aux résultats escomptés .

A cet égard, elle adopte une question rhétorique « pourquoi est-ce que vous n'avez pas fait profiter M. Hollande de vos recettes ? » outre l'utilisation d'un lexique péjoratif « mauvais, catastrophique ».

De surcroît, il a éclaboussé la réputation de son adversaire «Monsieur Macron, ce sont les entreprises que vous avez vendues : SFR, par exemple à votre ami, M. Drahi, le patron de BFM, 6 000 emplois perdus. »

Ainsi, une panoplie de critiques lui a été adressée :

- vous avez refusé de supprimer la directive détachement des travailleurs
- Vous n'avez pas baissé les charges des TPE, PME.
- Vous n'avez pas mis en œuvre des délais de paiement pour les TPE, PME ;
- pas de guichet unique ; pas de simplification administrative ; pas de patriotisme économique,
- vous avez aidé les grands groupes, comme d'habitude, le CICE, vous l'avez accordé en priorité aux grands groupes. Les TPE et PME qui réclamaient qu'on aille leur alléger leurs difficultés, leur donner de l'oxygène, vous avez fait comme s'ils n'existaient pas.

En outre, elle se réclame des français pour appuyer sa critique « Donc, vous voyez, vous n'avez pas d'esprit national. Vous ne pensez pas à l'intérêt supérieur de la nation. Vous défendez, je le reprocherai toujours, des intérêts privés. Je pense que les Français en ont pris conscience. »

Interprétation des données

L'analyse des deux premières questions a permis de clarifier la vision de chaque candidat en concomitance avec le repérage des procédés linguistiques qui les reflètent. Ce qui permet de déduire leur apport à la détermination de l'usage du discours populiste.

Le discours de Marine Le Pen

De facto, Marine Le Pen a mis en vigueur les procédés de disqualification de l'adversaire par le biais des critiques acerbantes qui touchent la crédibilité de Macron. En outre, elle s'est réclamée du peuple Français pour appuyer ses arguments qui ne sont pas fondés sur des calculs minutieux.

En fait, sa prestation a mis dans le collimateur La critique de Macron loin de tout projet politique qui dévoile une perspective qui lui est propre.

Ainsi, son discours présente tous les composants du discours populiste qui favorise le pathos sur le logos.

A vrai dire, elle n'avait pas un itinéraire bien tracé étant donné sa propension à l'éclaboussure de la réputation de son adversaire.

Le discours d'Emmanuel Macron

Néanmoins, Le candidat du centre, qui a fait le jeu de miroir pour contrer son adversaire, a pris en considération les attentes des français.

Il a présenté la feuille de route de son programme politique d'une façon logique et ficelée tout en se basant sur des arguments de faits qui ne laisse pas sceptique le récepteur.

De facto, il a fait fi de toute intention de critiquer son adversaire sinon celle qui consiste à répondre aux critiques qui lui ont été adressées afin de clarifier son projet politique qui s'avère davantage crédible en l'absence d'un autre qui peut l'égaliser ou le surpasser.

Conclusion

Pour conclure, il s'avère indispensable de rappeler que les deux premières prestations des deux candidats à la présidentielle française ont donné une vision synoptique des procédés discursifs adoptés par les deux candidats.

Ainsi, le discours de Marine Le Pen est un discours populiste vu qu'il est orienté sur la critique de son adversaire par le biais des procédés rhétoriques qui lui sont inhérents à savoir la question oratoire, le lexique dévalorisant tout en essayant d'interpeller le citoyen pour toucher son pathos.

De surcroît, elle n'avait pas une feuille de route claire pour gérer et résoudre les problèmes qu'elle vient de soulever tout en se cantonnant à attribuer la responsabilité à son adversaire.

Cependant, Emmanuel Macron a pu saisir cette opportunité pour ternir le blason de Marine Le Pen par le dévoilement de son intention dévalorisante ainsi que l'absence d'une vision claire pour la bonne gestion des affaires publiques.

En plus, il a mis en exergue son projet politique par le biais des mesures faisables et concrètes.

Cet état des lieux a démontré que le recours au discours populiste influe négativement sur la réussite d'un candidat lors des élections à la présidentielle.

A l'issue du débat, Ce statu quo est illustré par un sondage Elaboré par BFMTV, et qui ont montré que c'est « Emmanuel Macron qui a été jugé le plus convaincant pour 63% des téléspectateurs, contre 34% pour Marine Le Pen. »²²⁸

²²⁸ <http://www.bfmtv.com/politique/debat-presidentiel-emmanuel-macron-juge-le-plus-convaincant-face-a-marine-le-pen-1156571.html>.

Les garanties infra-constitutionnelles des droits et des libertés au Maroc

Khalid EL ANTRI
Docteur chercheur

Introduction

Il va sans dire que le dispositif de protection des libertés au Maroc, comporte une seconde variété de garantie, se situant à un niveau inférieur des règles constitutionnelles.

En premier lieu, nous pouvons citer les des garanties résultant des engagements internationaux dûment ratifiés (I). Grâce à la poussée remarquable du droit international des Droits de l'Homme, le bloc constitutionnel des garanties des libertés et des droits individuels au Maroc se trouve enrichi.

Deuxièmement, il s'agit des garanties légales, contenues dans des textes législatifs (II). Celles-ci ont trait soit aux règles procédurales tendant à protéger l'individu, prévenu ou inculpé, soit aux sanctions pénales destinées à préserver les libertés contre d'éventuelles violations par les agents publics.

I- L'adhésion du Maroc aux conventions internationales

De l'étendue des garanties résultant des engagements internationaux dépend dans une large mesure l'efficacité du système de protection des droits et des libertés.

Après avoir longtemps fait preuve de réticence envers la protection internationale des Droits de l'Homme, le Maroc a fini par ratifier le 3 Mai 1979, sans émettre de réserves, les deux pactes internationaux, dont l'un est relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'autre concernant les droits civils et politiques.

A- Contenu succinct des engagements internationaux

Les instruments internationaux englobent un nombre important de garanties dont la plupart sont déjà prévues par le droit interne marocain. Ces garanties se rapportent essentiellement aux principes d'égalité, de non-discrimination et à l'existence de recours juridictionnels.

Selon l'article 26 du pacte civil "Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi". Mettant l'accent sur l'importance des recours juridictionnels et des droits procéduraux du justiciable, le pacte

civil énumère les garanties y afférentes. Dans son article 2 il affirme le droit au recours. De même, l'article 14 pose les principes fondamentaux en matière de droits de la défense dans le procès pénal. L'article 9 du pacte, prévoit quant à lui, les conditions dans lesquelles une personne peut être arrêtée.

Cet instrument international prévoit aussi une garantie d'ordre générale plus importante. Elle concerne l'obligation pour les pays signataires et le Maroc en est un, de mettre en conformité leur droit aux normes internationales.

Les Etats parties, selon l'article 2 al.2 du pacte civil, s'engagent à prendre, en avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur". Complétant ces dispositions, l'article 4u du pacte civil prévoit "le moyen" de contrôle de mise en conformité du droit interne aux droits et libertés contenues dans le dit document. Pour se faire les Etats parties au pacte sont tenus obligatoirement, de présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées pour donner effet aux droits reconnus par cette convention, ainsi que sur les progrès réalisés dans leur jouissance.

B- L'importance des conventions internationales

Doté d'un caractère obligatoire, les conventions internationales sur les Droits de l'Homme créent des obligations à la charge des Etats. Si le droit interne est conforme aux obligations internationales, l'Etat s'engage à veiller au respect de son droit ; il peut aussi s'engager à créer des institutions à cet effet. En cas de non-conformité du droit interne, l'Etat est tenu de le modifier conformément aux dispositions des conventions adoptées²²⁹.

Les efforts marocains, concernant la modification de certaines dispositions de la législation pénale dans un sens plus libéral; la création des tribunaux administratifs, de la cour constitutionnelle, et d'un conseil national des Droits de l'Homme, s'inscrivent dans le cadre d'une volonté de mise en conformité²³⁰.

²²⁹ Jean François FLAUSS et Michel de SALVIA. » La convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis » actes de la journée d'étude du 30 novembre 1996 à la mémoire du Maroc André Eisen a STRASPOURG 1997.

²³⁰ Ibid.

Il demeure à ce stade, opportun de s'interroger sur la portée de l'adhésion du Maroc aux deux pactes internationaux. Cette adhésion signifie-t-elle, la possibilité pour les individus d'invoquer devant les juridictions marocaines les droits et garanties contenus dans ces deux conventions ?

Le droit constitutionnel marocain est à cet égard très ambiguë. Les différentes constitutions marocaines, sont en effet muettes sur ce point. Les articles 31 des textes de 1962, 1970, 1972 et 1992, et 42 du texte de 2011 rédigés en termes identiques, se contentent d'affirmer la compétence royale en matière de signature et de ratification des traités, et passent par contre sous silence la question des rapports entre le traité et le droit interne.

Ainsi, la supériorité des traités est clairement retenue par la législation interne. Les conventions internationales peuvent donc être invoquées sans difficulté devant les juridictions. C'est la solution que la jurisprudence marocaine paraît adopter malgré certaines hésitations.²³¹

Les applications concernant les citoyens marocains restent, malgré l'existence d'une jurisprudence positive, en deçà de ce qui devait être. Cependant, l'application juridictionnelle des traités n'est pas le seul effet concevable des normes internationales. L'administration et le parlement sont également chargés d'en tirer les conséquences par des modifications du droit interne. Les réformes adoptées en matière pénale, concernant certains droits procéduraux, répondent à cet objectif.

Malgré l'importance des garanties des libertés publiques contenues dans les instruments internationaux, l'essentiel d'entre elles est organisé, par la loi nationale.

II- La protection des droits par la loi

La protection véritable des libertés dépend dans une large mesure des garanties qui les entourent.²³² Au Maroc, l'essentiel de ces garanties est contenu dans le code de procédure pénale et dans le code pénal. Elles ont trait soit aux règles procédurales, soit aux règles de fond.

²³¹ Dans les affaires, de Marc MEYLAN et Françoise CAZALS, jugées respectivement les 15 et 16 décembre 1969, par la Cour d'Appel de Rabat et qui concernaient l'inscription au barreau de Casablanca des ressortissants étrangers de nationalité française. Dans son jugement final, la Cour d'Appel de Rabat a clairement affirmé la primauté du traité sur la loi interne

²³² Montesquieu avait raison d'écrire que : " C'est de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen"

A- La protection des droits par le code pénal :

Le code pénal marocain organise les garanties qu'il prévoit, soit sous forme de principes généraux, soit sous forme de dispositions intéressant directement la liberté individuelle.

1- Les principes garantissant la protection de la liberté individuelle :

Il s'agit essentiellement du principe de la légalité des délits et des peines, et du principe de la non-rétroactivité de la loi.

1.1- La légalité des délits et des peines :

L'article 3 du code pénal, consacre ce principe puisqu'il reprend les dispositions de la constitution et qui stipule que "Nul ne peut être condamné pour un fait qui n'est pas expressément prévu comme infraction par la loi, ni puni de peines que la loi n'a pas édictées".

Cette règle fondamentale du droit pénal constitue une garantie primordiale pour la sûreté de l'individu. Celui-ci ne pourra ainsi être ni poursuivi, ni condamné que sur la base d'une infraction et d'une peine définies par la loi. En outre, elle le protège contre d'éventuelles décisions arbitraires du juge, aussi bien au moment de la qualification des faits, qu'à celui de la fixation des peines, ou même celui de l'interprétation des textes applicables²³³.

A cet effet, le juge doit, chaque fois qu'il est saisi, de vérifier à l'avance si les faits reprochés à leur auteur sont qualifiés d'infraction au sens de la loi pénale. Il est également obligé de qualifier les faits et la nature criminelle, délictuelle ou contraventionnelle de l'infraction, tout en restant lié par le respect des dispositions de la loi²³⁴.

Néanmoins, si le juge est lié par la loi qui s'impose à lui, son pouvoir peut être considérable du fait du laxisme du législateur. Il en est ainsi toutes les fois que la loi est obscure ou imprécise. Dans ce cas, il doit rechercher l'intention du législateur et rechercher le sens le plus favorable à l'inculpé.

²³³ Mohamed BEDJAOUI, BERTRAND FAVREAU Pierre-Alain GOURION Moncef KDHIR et Rolv RYSSDAL. « La méthode de travail du juge international », actes de la journée d'études du 23 novembre 1996 à Lyon 1997.

²³⁴ Ibid.

Parallèlement, comme nous l'avions déjà analysé, le principe de la légalité constitue une autre garantie relative à la non-immixtion de l'exécutif en matière pénale. Comme nous l'avions déjà analysé, la compétence législative dans ce domaine est une garantie d'ordre constitutionnelle²³⁵. Autrement dit, c'est au parlement que revient le soin de déterminer les infractions et les peines qui leur sont applicables ainsi que leurs modalités d'application. Le principe de la légalité pénale a ensuite pour corollaire le principe de non-rétroactivité.

1.2- La non-rétroactivité des lois :

Dans son article 4, le code pénal marocain reprend, la règle constitutionnelle de non-rétroactivité de la loi. Selon cet article "Nul ne peut être condamné pour un fait qui, selon la loi en vigueur au temps où il a été commis, ne constitue pas une infraction». Ainsi, la loi doit être définie par avance par le législateur. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une loi n'est pas applicable qu'après sa publication. En effet la sécurité juridique des individus nécessite qu'une loi nouvelle ne puisse régir une situation antérieure à sa promulgation²³⁶.

Cependant, toutes les lois pénales, n'obéissent pas de manière absolue au principe de non-rétroactivité des lois. On admet, en matière pénale, la possibilité pour certaines lois de rétroagir lorsqu'elles sont favorables à l'inculpé.

Il s'agit notamment des lois dites de forme, c'est à dire celles relatives à la procédure. Les améliorations que ces lois apportent doivent s'appliquer immédiatement et rétroactivement. Confirmant cette exception, la jurisprudence de la Cour suprême avait admis que les lois de procédure peuvent en vertu d'une disposition expresse, se déclarer rétroactives²³⁷.

Inversement, les lois de fond c'est à dire d'incrimination et de répression ne peuvent avoir d'effet rétroactif, puisqu'elles peuvent aggraver la situation des justiciables.

Aussi, le législateur a prévu certaines exceptions au profit des lois de fond plus douces. Ces lois sont censées modifier la législation antérieure dans un sens favorable à l'individu. Selon l'article 6 du code pénal "lorsque plusieurs lois ont été en vigueur entre le moment où l'infraction a été commise et le jugement définitif la loi, dont les dispositions sont les moins rigoureuses, doit recevoir application".

²³⁵ J. Rancière, Aux bords du politique, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 2007, pp. 13-16.

²³⁶ Le principe de non rétroactivité des lois n'a pas été toujours respecté. C'est le cas du Dahir du 26/12/1974 modifiant le code de justice militaire. D'après son article 2, ce dahir prend effet à compter du 05/04/1973.

²³⁷ Dans l'arrêt du 29 octobre 1964 1, la chambre criminelle a décidé. « Attendu ...que les lois de procédure ne sauraient, en l'absence de dispositions expresses, entraîner la nullité d'actes déjà accomplis régulièrement en vertu de la législation antérieure, et obliger les parties à les réitérer conformément à la nouvelle législation ».

Cependant, la rétroactivité des lois plus douces²³⁸, ne trouve plus application lorsqu'il s'agit des lois temporaires et des lois relatives aux mesures de sûreté, tel que cela résulte des articles 7 et 8 al.2 du Code pénal.

A côté de ces principes généraux, relatifs à la légalité pénale, d'autres dispositions du code pénal participent aussi à la protection directe de la liberté individuelle.

2- La punition des actes attentatoires à la liberté individuelle :

Le code pénal marocain organise la protection de la liberté individuelle contre toute sorte d'atteintes qu'elles proviennent de simples particuliers ou des fonctionnaires de l'Etat.

Les abus d'autorité imputables aux fonctionnaires, tels que prévus par le code pénal sont :

- Le fait pour un magistrat, un fonctionnaire public, un agent ou préposé de l'autorité publique, d'ordonner ou de faire un acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques (Article 225).
- Le fait pour des fonctionnaires publics, des agents de la force publique, des préposés de l'autorité publique, chargés de la police administrative ou judiciaire, de refuser ou de négliger de déférer à une réclamation tendant à constater une détention illégale et arbitraire (Article 227 du code pénal).
- Le fait également pour les surveillants ou gardiens d'un établissement pénitentiaire ou d'un local affecté à la garde des détenus, de se rendre coupable, aux termes de l'article 228, de détention arbitraire.
- Le fait enfin pour tout magistrat ou tout officier de police judiciaire qui, hors le cas de flagrant délit, de provoquer des poursuites, de rendre ou de signer une ordonnance ou un jugement, ou de délivrer un mandat de justice à rencontre d'une personne qui était bénéficiaire d'une immunité sans avoir au préalable obtenu la levée de cette immunité (article 229).

B- La protection des droits par le code de procédure pénale :

Le code de procédure pénale demeure le garant direct de la sûreté individuelle contre les interventions sécuritaires. En effet, la garantie des droits et des

²³⁸ On considère comme loi douce :

- Une loi qui rétablit l'octroi du sursis antérieurement supprimé, ou celui des circonstances atténuantes.
- Une loi qui rend facultative une peine accessoire ou une mesure de sûreté, jusque là obligatoire ;
- Une loi qui substitue une peine délictuelle à une peine criminelle, même si la durée de peine est augmentée.
- Une loi qui abaisse le maximum d'une peine, même si elle augmente le minimum.

libertés des individus dépend à ce stade des principes et règles prévus par ladite procédure²³⁹.

La valeur protectrice de la procédure pénale est fonction de l'organisation générale de l'instruction criminelle et spécialement du rôle et de l'étendue des pouvoirs de l'autorité en matière d'arrestation et de détention. Théoriquement, les chances de la liberté se mesurent d'abord au type de procédure pénale adoptée²⁴⁰.

Le souci de doter le pays d'une procédure pénale protectrice de la liberté individuelle n'a pas échappé au législateur marocain. Ainsi, dans sa note de présentation du code de la procédure pénale du premier Mai 1959, cette considération est manifeste seule une procédure pénale qui présume l'innocence des inculpés, fixe les limites infranchissables aux arrestations et détentions, garantit l'inviolabilité des domiciles, respecte l'exercice du droit de propriété, assure la liberté de la défense, qui, en un mot, protège les citoyens contre les erreurs et les abus commis au nom de la société est digne d'un pays libre".

A l'audience, le code proclame également que le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves versées aux débats et discutées oralement et contradictoirement devant lui.

Parmi les libertés publiques, "il n'en est pas de plus importante, de plus essentielle, que la liberté individuelle"²⁴¹. Toute conception libérale et individualiste de l'Etat exige le respect et la protection de cette liberté qui se définit comme étant "l'Etat de l'homme qui n'est ni arrêté ni détenu".

C'est en ce domaine que la notion de sûreté prend toute son importance. Elle signifie que des garanties particulières doivent à ce niveau être accordées à l'individu afin que les atteintes du droit de répression ne soient jamais irrégulières et illégales²⁴².

Ensuite, les délais de la détention préventive ont, eux aussi, fait l'objet d'une réduction substantielle. Le délai de base est de deux mois. Si, à l'expiration de ce délai, le maintien en détention paraît nécessaire, le juge d'instruction peut le prolonger par

²³⁹ Un criminaliste prétendait que, tandis que le code pénal est le code des malfaiteurs, le code de procédure pénale est celui des honnêtes gens. Nous souhaitons qu'il en soit ainsi et que les mesures qu'il prévoit soient appliquées dans le sens de la présomption d'innocence.

²⁴⁰ ADOLF RULOT « code pénal Annoté A.P.R.E.J 1990, p : 9.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² En ce qui concerne d'abord la garde à vue, le législateur est revenu à la solution initiale de 1959, et ce en réduisant ses délais, qui étaient considérablement augmentés en 1962 et en 1971. Désormais le délai de la garde à vue est ramené à 48 heures, susceptibles d'être prolongées de 24 heures, lorsqu'il s'agit d'une affaire de droit commun.

ordonnance motivée, prise sur les réquisitions également motivées du parquet. Les prolongations ne sont autorisées que pour la même période de deux mois et ne peuvent être effectuées plus de cinq fois. Après épuisement de cette réserve, l'inculpé qui n'est pas déféré en jugement est remis, de plein droit, en liberté provisoire.

Ces nouvelles règles régissant la privation de liberté, sont d'autre part assorties de garanties tendant à renforcer les droits de la défense. Il en est ainsi de l'obligation faite aux officiers de police judiciaire d'informer la famille de la personne gardée à vue, et de transmettre au représentant du ministère public compétent la liste des personnes gardées à vue durant les 24 heures écoulées.

Il en est également ainsi de la possibilité donnée aux inculpés de se faire assister par un conseil au cours de l'interrogatoire diligenté par le procureur général du Roi en matière de crimes ou par le procureur du Roi en cas de délits. Il en est de même du droit reconnu à la personne poursuivie de demander un examen médical ou d'en bénéficier, à la demande du juge d'instruction ou du représentant du ministère public.

A la fin de cette section, nous pouvons dire que la protection des droits et des libertés du citoyen marocain bénéficie d'une assise constitutionnelle et juridique riche. Les améliorations introduites dans le code de procédure pénale constituent sans nul doute une avancée qualitative dans le sens du respect de la liberté individuelle.

En effet, la loi fondamentale a réservé une variété d'article et une bonne partie de son préambule pour la proclamation des droits et des libertés politiques, sociales et économiques des citoyens. Ainsi, pour qu'une liberté ou un droit puisse s'intégrer à la vie sociale, il faut en préciser le contenu, en qualifier les conditions et définir les situations juridiques par lesquelles elle s'exprimerait.

Sous peine de demeurer théoriques, les droits nécessitent pour leur exercice, non seulement un aménagement juridique spécial, mais encore et surtout un système de protection adéquate. Car les droits ne valent en pratique que ce que valent leurs garanties. L'effectivité de leur jouissance dépend de l'efficacité des règles protectrices.

En effet, une liberté, même proclamée, n'entre dans la catégorie des libertés publiques que dans la mesure où elle est protégée, où sa protection est effectivement organisée.²⁴³

²⁴³ "Une liberté publique - écrit M. WALJNE - n'est donc pas n'importe quelle faculté des citoyens, mais une faculté reconnue et garantie sinon par la constitution elle-même, tout au moins par la loi"

La protection juridique des espaces forestiers et péri-forestiers en Droit marocain

Pr MADANI Nabil
Faculté des Sciences Juridiques,
Economiques et Sociales Ain Sebaa
Université Hassan II Casablanca

INTRODUCTION

Les écosystèmes forestiers subissent des pressions d'origines économique, social et écologique qui causent des dégradations multiformes.

En effet, les pressions sur les espaces forestiers et péri-forestiers se manifestent par le dysfonctionnement de certains mécanismes physiologiques, biologiques et sociologiques de ces écosystèmes.

Ainsi, des superficies relativement importantes sont annuellement soustraites au domaine forestier à cause des coupes délictueuses des bois, des défrichements, de l'urbanisation, des conditions climatiques extrêmes, des incendies de forêts, etc.

De par cela, ces espaces ont toujours attiré une attention particulière visant à garantir son exploitation dans des conditions optimales²⁴⁴.

Le code forestier qui remonte à 1917 constitue au sein du droit de l'environnement une partie tout à fait originale, de par ses principes que par les instruments juridiques mis en place pour sa protection.

Il est resté, dans ses grandes lignes, identique depuis ses origines – en dehors de l'adoption de l'arrêté sur la compensation des mises en défens. Et la législation articule schématiquement un texte de base, le dahir de 1917 relatif à la conservation et l'exploitation des forêts, avec un arrêté viziriel, pris en 1921, relatif à la réglementation du parcours en forêt et ces deux textes établissent que la gestion et l'exploitation des forêts relèvent de la seule compétence de l'administration forestière²⁴⁵.

En effet, se pose avec acuité le questionnement relatif aux instruments mis par le législateur capable de sauvegarder ce patrimoine naturel (partie I) ainsi que les garanties mises en place pour une mise en œuvre effective (partie II).

²⁴⁴ PLANCHET, P. Droit de l'environnement, DALLOZ, 1^{ère} édition, 2015, Paris, p 106.

²⁴⁵ AUBERT, P.M., Les évolutions de la politique forestière au Maroc : entre réappropriation du modèle forestier français et idéalisation de la tribu, Revue forestière française, Numéro 4, Nancy, 2013, p 308.

I. LE DROIT AU SERVICE DE LA PROTECTION DES ESPACES FORESTIERS ET PERI-FORESTIERS

Le régime forestier, en tant qu'ensemble de dispositions régissant la constitution juridique du domaine forestier, sa délimitation, sa protection et les différentes atteintes à son intégrité est érigé par le Dahir du 10 octobre 1917 sur la conservation et l'exploitation des forêts²⁴⁶ ; cette loi consacre le principe de la domanialité des forêts²⁴⁷.

De par ce régime juridique, la domanialité constitue l'un des instruments juridiques mis par le législateur pour la protection de ces espaces (chapitre 1) contre tout accaparement privatif, soutenu par un régime répressif (chapitre 2) et renforcé par d'instruments à vocation environnementale (chapitre 3).

1. La délimitation du domaine privé de l'Etat

La domanialité peut être définie comme l'instrument majeur pour la protection du patrimoine forestier. Ce régime, dont la plupart de ces règles sont exorbitantes au droit commun²⁴⁸, se caractérise par un système particulier de protection contre les atteintes qui risquent de compromettre l'intégrité des forêts. De par cela, la proclamation de la domanialité des forêts puise ses fondements de la finalité de garantir l'affectation d'un bien à un usage conforme à l'intérêt général²⁴⁹.

Ainsi, l'article 1^{er} alinéa (a) du Dahir 1 octobre 1917 sur la conservation et l'exploitation des forêts proclame la délimitation des forêts comme patrimoine relevant du domaine privé de l'Etat, constitué principalement des forêts, des nappes alfatières et des dunes littorales et continentales²⁵⁰.

Aussi, et afin de préserver et de développer le patrimoine forestier, le législateur marocain a-t-il consacré le principe de la présomption de la domanialité des espaces forestiers et péri-forestiers. En effet, *«les forêts font parties du domaine privé de l'Etat et, de tout temps les tribus et les particuliers n'y ont exercé, à l'exclusion de tout droit privatif, que des droits à l'usage de tous, notamment ceux d'affouage ou de pacage»*²⁵¹.

²⁴⁶ Dahir (20 hija 1335) sur la conservation et l'exploitation des forêts (B.O. 29 octobre 1917)

²⁴⁷ **M'HIRIT, O. et BENZYANE, M., Le cèdre de l'Atlas: mémoire du temps, op. cit., p 260.**

²⁴⁸ Voir M. AUBY . Bon. P. « Droit administratif des biens, Domaine travaux publics ». Expropriation 2^{ème} éd. Dalloz, Paris, 1993, p. 66, In : B. NADIR, Domanialité et environnement cas des eaux et forêts, Ed IDGLE, Rabat, Imprimerie Almaarif, 2008, p 36.

²⁴⁹ B. NADIR, Domanialité et environnement cas des eaux et forêts, Ed IDGLE, Rabat, Imprimerie Almaarif, 2008, p 36.

²⁵⁰ L'article (a) du Dahir du 10/10/1917 relatif à la conservation et l'exploitation des forêts.

²⁵¹ <http://www.eauxetforets.gov.ma/fr/text.aspx?id=1037&uid=60>, consulté le 20 septembre 2016.

Par conséquent, ce domaine est régi aussi bien par la législation réglementant le domaine privé de l'Etat en ce qui concerne la délimitation administrative et l'immatriculation foncière que par la législation spéciale qui tient compte du caractère particulier des forêts²⁵², à savoir le Dahir du 10 octobre 1917. Cependant, le domaine forestier est caractérisé par la limitation de la liberté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété.

2. Le droit pénal et la protection du régime forestier

La loi réglementant la conservation et l'exploitation des forêts instaure plusieurs incriminations assorties de sanctions pour pénaliser les différentes infractions. Ce régime permet des sanctions d'ordre administratif, pécuniaire et l'emprisonnement.

La protection du domaine forestier peut s'exercer par une multitude de mesures répressives, à l'encontre de comportements imputables aux tiers, qui prennent trois formes « *soit une occupation irrégulière ou illégale du domaine ; soit de de dommages causés au domaine ; soit enfin d'infractions plus générales à la législation domaniale* »²⁵³.

Ainsi, les actes incriminés par la réglementation en vigueur porte, entre autres, sur la violation des conditions d'exploitation de la forêt, la destruction de limites, les vols de bois, les défrichements et labours, les mises à feu et incendies, la contrefaçon des marteaux servant aux marques forestières, l'usage frauduleux de vrais marteaux, etc. En matière de précautions contre le feu, des mesures administratives et techniques ont été imposées.

De plus, pour éviter que le domaine forestier ne fassent l'objet d'empiètements ou de dégradation, l'Administration détient à sa disposition, outre les procédés qui peuvent être empruntés au droit commun, des procédés particuliers inhérents au régime de la domanialité publique qui intéressent à la fois la protection pénale et la police de la conservation, et dont le pouvoir n'est pas seulement à but préventif mais il peut être également à but répressif²⁵⁴.

3. Les instruments du droit de l'environnement : le cas des parcs nationaux

Le parc national est considéré parmi les premières institutions de protection du milieu naturel. Bien que cette innovation intervienne bien tard au Maroc, alors que de nombreux pays étrangers possédaient déjà des parcs nationaux depuis près d'un siècle, la

²⁵² MOUFADDAL, M., Les tendances en matière de propriété forestière, de mode faire-valoir des ressources forestières et d'arrangements institutionnels, Cas du Maroc, FAO, Janvier 2007, p 4.

²⁵³ B. NADIR, op. cit., p 87.

²⁵⁴ B. NADIR, Domanialité et environnement cas des eaux et forêts, Ed IDGLE, Rabat, Imprimerie Almaarif, 2008, p 87.

notion de parc national, en droit marocain, allait se caractériser par une volonté délibérée de conservation du milieu naturel²⁵⁵.

Par ailleurs, un acte du Congrès américain dû en majeure partie aux efforts de John Muir, « *père du système des parcs nationaux* », créait le parc national du Yosemite ; ce dernier ne cessait pas de souligner l'importance de l'instauration d'instruments de protection renforcée des espaces naturels En 1890²⁵⁶.

Ainsi, la préservation durable des écosystèmes, y compris ceux forestiers et péri-forestiers, passait par la mise en place d'une politique de conservation efficace²⁵⁷. En effet, l'Etat a mis en place le Plan Directeur des Aires Protégées (PDAP) achevé en 1996 et qui a permis de mettre en place 10 parcs nationaux pour une superficie de 750000 ha²⁵⁸.

Ces parcs nationaux, comme dans les pays étrangers, ont été institués sous l'influence de l'expérience nord-américaine qui a commencé avec la mise en place, en 1872, du parc de Yellowstone avec comme objectif d'assurer la conservation de grands territoires naturels cohérents, présentant un « intérêt spécial »²⁵⁹. Cette notion d'intérêt spécial, toujours présente dans la loi, renvoie à la rareté et à la qualité de ces milieux. La doctrine administrative évoque un « patrimoine naturel originel de très grande valeur »²⁶⁰.

Selon les dispositions de la loi 22.07 sur les aires protégées²⁶¹, la délimitation du périmètre d'un parc national s'opère au regard de la qualité des milieux naturels qu'ils convient de protéger. Cette réglementation a pour objet de protéger l'espace en le préservant des dégradations et des atteintes susceptibles d'en altérer la diversité, la composition, l'aspect et l'évolution²⁶².

Par ailleurs, le parc national structure la politique publique limitrophe dont la vocation ne réside pas uniquement à la protection d'un espace ; d'un côté, il joue un rôle économique et identitaire en participant à l'image d'un territoire, et de l'autre côté, il constitue également un objet pédagogique permettant de vulgariser la connaissance et le

²⁵⁵ PRIEUR, M., op. cit., p 433.

²⁵⁶ Ph. LANDELLE, La protection des espaces naturels des espaces naturels : Approche juridique, Faune sauvage, Chasse & droit, n° 276, avril 2007, Paris, p 50.

²⁵⁷ FEKHAOU, M. et al., Fragilité hydrologique et biodiversité piscicole et aquacole des plans d'eau des Parcs Nationaux de la Cédraie de l'Atlas (Maroc), In : Travaux de l'Institut Scientifique, série Zoologie n°50 2016, p 3 (65 p).

²⁵⁸ Il s'agit des parcs suivants :Toubkal (1942), Tazekka (1950), Souss Massa (1991) et Iriqui (1994), Al Hoceima, Talassemtane, Ifrane et Haut Atlas oriental en 2004 ; Khenifiss en 2006 puis Khénifra en 2008).

²⁵⁹ PLANCHET, P., op. cit., p 95.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Dahir n° 1-10-123 du 3 chaabane 1431 portant promulgation de la loi n° 22-07 relative aux aires protégées. (B.O. n° 5866 du 19 août 2010).

²⁶² PLANCHET, P., op. cit., p 97.

respect de la nature en promouvant un tourisme vert par des aménagements de parkings paysagers de sentiers botaniques ou encore l'organisation de manifestations touristiques²⁶³.

II. LES LIMITES DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES EFPP

Devant cette impressionnante énumération - non exhaustive - d'outils de protection des espaces naturel de manière générale, et du domaine forestier en particulier, on ne peut que s'interroger sur l'effectivité de cette sur-productivité normative²⁶⁴.

Si les instruments présentés ci-dessus constituent un arsenal remarquable pour la préservation des espaces forestiers contre l'accaparement privatif, ils ne manquent pas de limites qui entravent leur vocation environnementale.

1. Déficiences de la domanialité en régime forestier

En principe, la domanialité offre des garanties énormes du point de vue de la protection de l'environnement. De par ses principes, elle permet d'assurer de façon générale la prédominance de l'intérêt public sur l'intérêt privé. Néanmoins, il est découvert, en passant ses principes généraux au crible de la réalité, que ses valeurs soutenues sont parfois virtuelles et entraînent des effets négatifs²⁶⁵.

En effet, La loi cadre n° 99-12 portant Charte Nationale de l'Environnement et de Développement Durable²⁶⁶ a incité à l'actualisation de la législation forestière pour combler ses lacunes constatées. Dans le domaine forestier, elle érige un ensemble de mesures permettant de garantir « *l'équilibre écologique de la forêt et des écosystèmes forestiers et de la biodiversité ainsi que la conservation des espèces animales et végétales y compris celles endémiques, rares, menacées ou en voie d'extinction en procédant notamment à l'actualisation de la législation en vigueur* »²⁶⁷;

A ce titre, il est à signaler que, malgré les avantages de la domanialité, celle-ci n'a pas toujours donné les résultats escomptés en raison de multiples problèmes rencontrés, qui sont d'ordre social, technique, juridique et forestier. Les textes concernés sont brefs, réduits

²⁶³ DOULCIER, G., La nature en partage : parcs nationaux et protection de la nature, Mai 2013, http://www.environnement.ens.fr/IMG/pdf/La_nature_en_partage.pdf, consulté le 18 février 2017.

²⁶⁴ LANDELLE, Ph., La protection des espaces naturels Approche juridique, faune sauvage n° 276/avril 2007, pp 50-58.

²⁶⁵ B. NADIR, op. cit., p 316.

²⁶⁶ Dahir n° 1-14-09 du 4 jourmada I 1435 (6 mars 2014) portant promulgation de la Loi-cadre n° 99-12 portant Charte Nationale de l'Environnement et du Développement Durable (B.O. n° 6240 du 18 jourmada I 1435 - 20 mars 2014)

²⁶⁷ Article 7 de la Loi-cadre n° 99-12 portant Charte Nationale de l'Environnement et du Développement Durable.

au strict minimum, dépouillés des délais et précisions nécessaires, dans le but de laisser à l'administration l'initiative une large liberté de manœuvre.

La négligence de la protection de l'environnement de par la domanialité peut être expliquée par les conséquences découlant des principes protecteurs du domaine forestier²⁶⁸. En fait, l'intégration de l'environnement dans toutes les politiques et stratégies publiques et privées constitue une exigence fondamentale permettant d'assurer le développement durable²⁶⁹. Or, le régime de la domanialité n'a pas pour vocation d'assurer une gestion écologique du bien mais vise simplement à le préserver vis-à-vis tout risque d'accaparement privatif²⁷⁰.

Cette vocation de la domanialité puise ses fondements du rapport de droit et ne se fonde pas sur la nature des choses. Sa principale justification réside dans l'utilisation des biens et non pas dans leur nature particulière, étant donné que tous les biens sont susceptibles de propriété et d'affectation à l'usage public ; ce qui néglige les caractéristiques physiques et naturelles du domaine forestier²⁷¹.

2. Régime répressif en souffrance

Les statistiques rapportant que 31.000 ha de déboisement s'effectuent par an démontrent l'agressivité vis-à-vis du patrimoine forestier et incitent à interroger, non pas seulement, l'efficacité de la législation forestière, mais également les méthodes de gestion.

Le cadre juridique forestier est d'apparence particulièrement répressive. Il englobe de nombreuses dispositions pénales érigeant en délits plusieurs comportements incriminés. Cependant, la multitude de ces incriminations renvoie à l'inefficacité de la répression²⁷².

Même si le dahir marocain des forêts s'est inspiré, dans son intégralité, des législations forestières existantes, notamment de la loi algérienne, le taux des peines est en général moins élevé qu'en Algérie ; pour certains délits, le montant des amendes est même moitié moindre. En outre, la peine d'emprisonnement est facultative sauf dans trois cas graves : contrefaçon ou destruction volontaire de marques forestières, incendie de forêt, pâturage de nuit ou dans un canton non défensable²⁷³.

Aussi, l'efficacité de la répression est-elle subordonnée aux moyens que mettent à disposition les autorités de tutelle. Néanmoins, l'effectif insuffisant du personnel chargé de

²⁶⁸ B. NADIR, op. cit., p 135.

²⁶⁹ PRIEUR, M, op. cit., p 65.

²⁷⁰ B. NADIR, op. cit., p 136.

²⁷¹ Ibid., p 135.

²⁷² B. NADIR, op. cit., p 125.

²⁷³ Articles 43, 55 et 56 du dahir de 1917.

la constatation des infractions prive l'Administration de l'aide susceptible de défendre le patrimoine forestier²⁷⁴.

De plus, le droit forestier revête un caractère trop technique qui nécessite sa maîtrise par le forestier. Et si cette question n'est pas contrôlée par le forestier lui-même, elle ne pourra l'être par les juges qui décident en dernier ressort ; d'où l'intérêt que revêtent la coordination avec les autorités judiciaires.

3. Des instruments environnementaux en quête d'effectivité

Cette négligence de la dimension environnementale de par la domanialité classique a été complétée par d'autres instruments tels que les études d'impact. Celles-ci sont des instruments complémentaires aux protections précédentes. Elles ont pour objectif l'appréciation des conséquences environnementales d'un projet pour en limiter les impacts négatifs, entre autres, sur les milieux naturels, y compris les espaces forestiers et péri-forestiers. Elles devraient en principe diminuer, voire éliminer, les impacts sur l'environnement. Dorénavant, leur portée est décevante, au-delà du concept pertinent²⁷⁵.

En effet, le champ d'application de l'étude d'impact dispense de manière arbitraire de nombreux projets de l'obligation de l'évaluation, même s'ils touchent un milieu de grande valeur que les espaces forestiers, alors qu'ils peuvent réaliser des économies au détriment de la nature. Même pour les projets évalués, c'est au maître d'ouvrage qu'incombe la responsabilité de l'appréciation de son projet, à travers le recours à une partie tierce pour le faire, en l'occurrence un bureau d'études spécialisé. Dans un tel contexte, il apparaît difficile d'avoir des évaluations objectives²⁷⁶.

En outre, le parc national comme instrument juridique pour la protection du domaine forestier rencontre plusieurs difficultés, notamment lors de leur création. Du fait, la création d'un parc national est le fruit d'un compromis où « *les considérations scientifiques de protection de la nature sont éclipsées au profit des intérêts politiques ou économiques locaux* »²⁷⁷.

Il ne s'agit alors en aucun cas d'espaces à vocation touristique, ni même culturelle et c'est une déformation de la loi qui transforma les parcs nationaux en des lieux recherchés par le public pour la distraction et les loisirs, et soumis par conséquent à une pression

274 B. NADIR, op. cit., pp 96-97.

275 MALLARD, F. et DENIS F., « Effectivité juridique des instruments de protection des espaces naturels appliquée aux projets routiers en France », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Volume 12 Numéro 1 | mai 2012, mis en ligne le 29 mai 2012, consulté le 10 septembre 2016. URL : <http://vertigo.revues.org/11924> ; DOI : 10.4000/vertigo.11924

276 Ibid.

277 PRIEUR, M., op. cit., pp 435-436.

humaine et économique incompatible avec la finalité des parcs²⁷⁸ ; sachant que la protection n'est pas le contraire du développement économique, social et culturel de ces espaces.

En outre, « *si, pour le protéger, on entoure un espace naturel d'une clôture fermée, cet espace sera stérile en termes économiques, en termes sociaux (il n'a aucun usage pour les populations) et en termes de gouvernance (il n'y aura pas eu de processus d'adhésion à la décision). Une telle démarche ne présente donc aucune caractéristique de développement durable* »²⁷⁹.

²⁷⁸ AMBROISE-RENDU, M., op. cit., p 433.

²⁷⁹ Ph. Landelle, La protection des espaces naturels des espaces naturels : Approche juridique, Faune sauvage, Chasse & droit, n° 276, avril 2007, Paris, p 58.

CONCLUSION

En guise de conclusion, face à ce « *dédale pléthorique d'instruments* »²⁸⁰, quelle que soit leurs origines, conçus comme protégeant le domaine forestier, ils n'ont pas tous cet objectif pour finalité première. Plusieurs d'entre eux sont utilisés de manière opportuniste mettant « *sous cloche* » des espaces forestiers et péri-forestiers ; même s'ils sont importants, vu que certains contribuent à la mise en place de protections juridiques effectives²⁸¹.

En effet, les instruments juridiques de la protection des espaces forestiers et péri-forestiers devront être conçus dans une dimension plus large basée sur le concept de « *préservation du patrimoine commun* » tel qu'il est présenté par M. PRIEUR dans son ouvrage intitulé « *Droit de l'Environnement* »²⁸².

Par ailleurs, la réglementation forestière est conçue d'une qualité technique remarquable. Cependant, ce dispositif juridique, malgré ses toilettages à maintes reprises, conduit à un arsenal juridique complexe, désordonné et généralement ineffectif, tant par son origine juridique, ses objets et objectifs variés que par ses insuffisances pratiques dans la conservation des espaces naturels²⁸³.

En effet, la révision des dispositions du dispositif juridique forestier a été provoquée depuis l'année de 1994 tendant vers son actualisation et son adaptation au contexte actuel du pays et aux évolutions de la pensée forestière mondiale²⁸⁴. Malheureusement, cette nouvelle réforme n'a pas encore vu le jour. Mais, l'essentiel reste dans l'introduction, dans cet arsenal juridique, des instruments qui lui font défaut par rapport aux exigences actuelles de la protection de l'environnement et du développement durable.

Du fait, la forêt ne doit pas seulement remplir une fonction économique, mais également des fonctions écologique et sociale, d'où l'émergence du concept de « *forêts de protection* »²⁸⁵ comme l'instrument de la protection des forêts le plus intégral qui existe. Dans ce cadre, l'usage des ressources naturelles comprend l'ensemble des relations d'une société aux ressources qu'elle utilise, y compris les représentations de la nature et le rapport social déterminé par l'appropriation des ressources²⁸⁶.

²⁸⁰ Ph. Landelle, La protection des espaces naturels des espaces naturels : Approche juridique, Faune sauvage, Chasse & droit, n° 276, avril 2007, Paris, p 50.

²⁸¹ MALLARD, F. et DENIS F., op. cit.

²⁸² PRIEUR, M., op. cit., p 63.

²⁸³ MALLARD, F. et DENIS F., op. cit.

²⁸⁴ M'HIRIT, O. et BLEROT, Ph., Le grand livre de la forêt marocaine, op. cit., p 37.

²⁸⁵ PRIEUR, M., op. cit., p 452.

²⁸⁶ AUCLAIR, L., L'appropriation communautaire des forêts dans le Haut Atlas marocain. Cahiers des Sciences Humaines, 1996, vol. 32, no 1, p 177.

L'Administration publique marocaine entre le poids de la tradition et les attentes des citoyens

Aziza ALMAGHRIBI
Docteur en Droit Public

Une réforme administrative est un changement conscient et réfléchi introduit dans un organisme ou un système public en vue d'améliorer sa structure, son fonctionnement ou la qualité de son personnel.

L'Administration publique, étant un ensemble d'institutions et d'organismes au service des citoyens constituant sa raison d'être doit absolument être garante des droits et libertés des personnes physiques et morales et veiller à ce que tout un chacun puisse s'épanouir dans une société de bien-être et contribuer au développement de la Nation²⁸⁷.

La question de la modernisation des services publics et de la fonction publique en vue de la performance est l'un des axes majeurs des réformes institutionnelles du Maroc, la réforme de l'administration marocaine constitue "une priorité" pour le gouvernement et une mission qui requiert la mobilisation de tous les secteurs concernés. D'où, la réforme de l'administration et de la fonction publique fut très tôt l'un des vœux, voire une exigence d'une large partie de la population marocaine.

D'ailleurs, les engagements concrets et formels des différents gouvernements successifs de réformer l'administration et la fonction publique en vue de la performance sont pris sous l'impulsion des acteurs internationaux; quand lesdits engagements ne constituent pas purement et simplement une conditionnalité de l'aide internationale dont le pays ne peut s'en passer vu sa dépendance financière de plus en plus accrue vis-à-vis de la communauté internationale²⁸⁸.

La réforme administrative est un objectif politique fondamental assigné au gouvernement par le Roi.

L'objectif qui doit être recherché par toutes les institutions, c'est d'être au service du citoyen. Si elles ne remplissaient pas cette mission, ces institutions seraient inutiles et n'auraient même pas de raison d'être²⁸⁹.

A cet égard, Sa Majesté le Roi Mohammed VI avait exprimé dans son discours de 2017 que «Les projets de développement, les réformes politiques et institutionnelles que nous menons poursuivent un seul objectif : servir le citoyen, là où il vit dans notre pays, sans

287 Le livre blanc de la réforme administrative (au cours de l'année 2000 par le Ministère de la Réforme de l'Administration et de la fonction publique), p. 31.

288 Destin JEAN « Une Administration publique performante : un défi pour l'Etat haïtien à la croisée d'une exigence des citoyens et d'une incitation des acteurs internationaux ? Le cas de la modernisation de la Fonction publique », Mémoire de Master, Faculté de Droit de Grenoble, 2011.

289 Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

distinction entre le nord et le sud, l'est et l'ouest, ni entre citadins et ruraux... L'un des problèmes qui entravent aussi le progrès du Maroc, réside dans la faiblesse de l'Administration publique, en termes de gouvernance, d'efficacité ou de qualité des prestations offertes aux citoyens»²⁹⁰.

L'administration marocaine a connu de nombreuses réformes au cours de cette décennie. Des expériences innovantes ont été menées dans de nombreux domaines. Malgré ces nombreux acquis, l'action de l'administration et son mode de fonctionnement font l'objet de critiques tant de la part de ses usagers que de la part de la société civile. L'organisation, le rôle et les missions de nos administrations doivent en effet être repensés et adaptés à un contexte politique, économique et social en pleine mutation.

La réforme des services publics et de la Fonction publique devrait sortir le secteur public de sa défaillance dans l'accomplissement de ses missions et objectifs envers les citoyens. Donc, l'idée c'est d'avoir une administration publique performante, tournée vers la satisfaction de tous les usagers des services publics.

Une réforme de la gestion publique par le levier de la modernisation de la fonction publique en vue d'une administration publique axée sur la performance est une obligation de l'Etat, mais relève d'un défi tant les enjeux et insuffisances sont énormes, ceci implique de promouvoir le service aux usagers comme une finalité centrale de l'action publique et de développer une véritable gestion des ressources humaines.

Dans le cadre de ce travail, on s'interrogera donc principalement sur la crise d'efficacité de l'administration marocaine et les différents dysfonctionnements qui handicapent sa performance avant de traiter les actions de réforme à mener pour une administration publique performante.

Pour en décrire les principaux aspects, nous nous intéressons plus spécifiquement d'étudier successivement le constat de la crise d'efficacité de l'administration publique marocaine (I), puis les grands axes souhaitables d'une réforme de l'administration marocaine (II).

I. Le constat de la crise d'efficacité de l'administration publique marocaine

La réforme de l'administration marocaine et sa modernisation ont constitué l'un des axes essentiels de la déclaration de politique générale du Gouvernement.

En son article 154, la Constitution marocaine de 2011²⁹¹, actuellement en vigueur, dispose

²⁹⁰ Extrait du Discours royal à l'occasion de la Fête du Trône, 29/07/2017.

²⁹¹ Dahir n°1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution (B.O. n° 5964 bis du 30/07/2011).

« Les services publics sont organisés sur la base de l'égal accès des citoyennes et des citoyens, de la couverture équitable du territoire national et de la continuité des prestations rendues.

Ils sont soumis aux normes de qualité, de transparence, de reddition des comptes et de responsabilité, et sont régis par les principes et valeurs démocratiques consacrés par la Constitution ». Il s'ensuit que la constitution reconnaît en services publics des moyens par lesquels l'Etat, entité juridique abstraite, peut se manifester, en matérialisant ses missions et objectifs qui trouvent leur traduction dans les politiques publiques. Dans cet ordre d'idées, l'Administration publique permet de prendre contact avec l'Etat, de le voir agir dans le sens de la promotion de l'intérêt général.

Le véritable engagement partisan et politique commande de placer le citoyen au-dessus de toute considération. Il exige de tenir les promesses qui lui sont faites, de se dévouer à son service et de hisser ce devoir au-dessus des intérêts partisans et personnels.

Dans la mesure où l'efficacité administrative est un critère à l'aune duquel se mesure le progrès des nations, et tant que la relation entre l'administration et le citoyen ne s'est pas améliorée, le classement du Maroc, dans ce domaine, restera dans la catégorie des Etats du Tiers Monde, voire du quart-monde et même du cinquième monde²⁹².

Cette réalité paradoxale est encore accentuée lorsqu'on établit un parallèle entre, d'une part, le secteur privé rendu efficient et compétitif grâce à un modèle de gestion organisé autour des notions de suivi, de contrôle et d'incitation, et, d'autre part, le secteur public, en particulier l'Administration publique, qui souffre d'une faible gouvernance et d'une productivité insuffisante.

En effet, le secteur privé attire les meilleurs cadres formés dans notre pays, lesquels participent aujourd'hui à la gestion des plus grandes compagnies internationales installées au Maroc, et administrent les petites et les moyennes entreprises nationales.

En revanche, les fonctionnaires publics, pour la plupart d'entre eux, manquent de compétences et d'ambition et n'ont pas toujours des motivations liées au sens des responsabilités, liées à leur mission.

Mieux encore, certains d'entre eux pratiquent l'absentéisme, se satisfaisant d'un traitement mensuel sûr, pour modique qu'il est, ne manifestant aucune ardeur au travail et ne nourrissant aucune ambition professionnelle²⁹³.

L'action de l'administration publique marocaine et son mode de fonctionnement font l'objet de critiques tant de la part de ses usagers que de la part de la société civile.

²⁹² Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

²⁹³ Extrait du Discours royal à l'occasion de la Fête du Trône, 29/07/2017.

Les actions engagées pour la réforme de l'administration publique marocaine

C'est le rapport de la Banque mondiale du 15/09/1995 qui est venu systématiser et mettre en exergue les difficultés structurelles de l'organisation de l'administration marocaine qui étaient déjà connus dans leurs grandes majorités.

Depuis ce fameux rapport, la machine administrative a été mise en branle et une fièvre de réformes a été déclarée.

Plusieurs projets ou programmes ont été lancés :

Lancement du Portail National de l'Entreprise «www.Business-procedures.ma» (en 2018);

Projet « Gateway gouvernementale »;

L'institution du Portail National de traitement et de gestion des réclamations des usagers du service public «www.chikaya.ma» (en Janvier 2018);

Le Programme National d'amélioration de l'accueil des usagers dans les administrations publiques marocaines (en 2017) 294;

L'élaboration d'un Guide pratique de la procédure de l'Expropriation pour utilité publique²⁹⁵;

La Stratégie nationale de la modernisation de l'administration (en Avril 2013) ;

Le Programme National de Gouvernance (PNG) ;

Le Pacte de Bonne Gestion (PBG) ;

Le livre blanc de la réforme administrative (au cours de l'année 2000 par le Ministère de la Réforme de l'Administration et de la fonction publique) ;

La vision du Plan du Développement Economique et Social 2000-2004 ;

Le Colloque National sur la Réforme Administrative (Organisé en 2002 sur le thème de « l'administration marocaine face aux défis de l'an 2010 », considéré comme étant le 1er colloque national sur la Réforme Administrative qui est parvenu à associer à la fois tous les partenaires de la Réforme Administrative, tous les départements administratifs ainsi que des représentants de l'entreprise et de la société civile) ;

Le 4ème forum global sur « la Réinvention du rôle de l'Etat » (Marrakech en 2002)...

Ainsi, le Gouvernement a déployé de nombreux efforts, des actions importantes ont été engagées, il a ressenti la nécessité de coordonner son action et d'agir selon un programme détaillé c'est ainsi que le Chef du gouvernement a invité par circulaire tous les départements ministériels à élaborer un rapport sur les actions de réforme engagées dans leurs secteurs respectifs.

Dans cette perspective, un «Comité stratégique de la Réforme Administrative» a été créé en vue d'examiner et de coordonner les efforts de réforme.

294 V. le Bilan des réalisations du Ministère de la Réforme de l'Administration et de la fonction publique au titre de l'année 2017, p. 12.

295 Pour plus de détails sur ce guide : V. le Bilan des réalisations du Ministère de la Réforme de l'Administration et de la fonction publique au titre de l'année 2017, p. 34.

Par ailleurs, une « commission interministérielle de simplification des procédures » a été instituée auprès du Ministère de la Réforme de l'Administration et de la fonction publique.

Parallèlement aux réflexions menées par le Gouvernement sur la situation de l'administration marocaine, des études ont été effectuées par des cabinets et des groupes d'experts avec le concours de la Banque mondiale, du FADES et du PNUD, les rapports établis par ces études aboutissent que l'administration marocaine n'est pas adaptée aux exigences du développement économique et aux attentes des citoyens et des investisseurs.

Les dysfonctionnements de l'administration publique marocaine

Les actions de réforme à mener, ne peuvent être envisagées en l'absence d'une représentation claire des dysfonctionnements et défis auxquels notre Maroc est confronté.

Les administrations et les services publics accusent de nombreuses carences relatives à la faible performance et à la qualité des prestations qu'ils fournissent aux citoyens. Ils pâtissent également de la pléthore des effectifs, du manque de compétence et de l'absence du sens des responsabilités chez de nombreux fonctionnaires.

L'Administration souffre essentiellement d'une culture ancienne chez la majorité des Marocains. Elle représente, pour beaucoup d'entre eux, un abri qui leur garantit un salaire mensuel, sans avoir à rendre compte de leur performance.

Mais la responsabilité requiert de la part du fonctionnaire qui accomplit une mission ou exerce une autorité publique mettant entre ses mains les affaires des gens, qu'il s'acquitte au moins de son devoir à leur service, et qu'il s'emploie à leur prêter assistance²⁹⁶.

Plusieurs facteurs handicapent le développement, on peut les regrouper sous quelques traits principaux.

Défis économiques

Le poids de la masse salariale de l'administration marocaine est considéré comme une réelle entrave à l'efficacité de son action. Dans la mesure où une part assez importante de ses ressources sont consacrées à la rétribution de ses agents au détriment du développement des investissements publics²⁹⁷.

Notre administration doit agir sur plusieurs fronts à la fois : face aux contraintes financières croissantes et au poids de la dette publique, il lui est demandé de faire mieux et plus avec moins de ressources.

Pour cela, notre administration est appelée à repenser son infrastructure organisationnelle

²⁹⁶ Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

²⁹⁷ Oumarou Sali Bouba « L'administration publique marocaine : Difficulté et défis », 2010.

d'encadrement des entreprises, selon une approche stratégique, avec un accent particulier sur le développement de nouveaux modes de prestations de services, l'investissement dans les réseaux d'entreprises, l'établissement de rapports nouveaux de confiance et de progrès entre les entreprises et les institutions bancaires et financières et une définition plus précise de ce que doit être la valeur ajoutée des administrations dans l'aide qu'elles apportent aux entreprises 298.

Défis sociaux

Les usagers des services publics ont souvent le sentiment que les administrations publiques fonctionnent imparfaitement : lenteur, complexité des procédures, dysfonctionnements, horaires peu adaptés. La réforme doit donc permettre de mieux satisfaire les usagers.

En effet, il semble clair que les administrations publiques n'ont pas à avoir le même rapport que les entreprises privées aux bénéficiaires des services qu'elles assurent. Parler dans le cas des services publics d'usager, et a fortiori de client, est loin d'être évident. La pertinence de ces termes dépend largement du type de service public considéré : pour ceux qui sont payants et où il s'agit clairement de produire un service (exemple : transports publics, distribution du courrier, de l'électricité), on peut parler de client; pour ceux qui assurent encore un certain type de service au public (exemple : le service public assuré par les pompiers, la délivrance des documents officiels), on peut parler d'usager; mais pour ceux dont la tâche est principalement d'appliquer des lois ou des règlements (administrations des impôts, police, justice), le terme d'«administré» semble plus approprié 299.

Ce que les bénéficiaires du service public ont à gagner dans la réforme de l'administration, c'est une nouvelle attitude générale des administrations : qu'elles mettent beaucoup plus l'utilisateur au centre de leur action et qu'elles considèrent la satisfaction des usagers comme une finalité majeure de leur action.

Dans le célèbre discours de Sa Majesté d'octobre 2016, notre Roi affirme que les difficultés que rencontre le citoyen dans son rapport avec l'Administration sont aussi nombreuses que variées, commençant par l'accueil et passant par la communication, jusqu'au traitement des dossiers et des documents. Tant et si bien que ces difficultés s'apparentent désormais dans son esprit à un véritable parcours du combattant.

Il ajoute qu'il n'est pas raisonnable, en effet, que le citoyen supporte les désagréments et les coûts des déplacements vers n'importe quelle administration, qu'il s'agisse d'un consulat, ou d'une préfecture, d'une commune territoriale ou d'une délégation régionale, surtout si le

298 Le livre blanc de la réforme administrative de l'année 2000 présenté par le Ministère de la Réforme de l'Administration et de la fonction publique, p. 12.

299 Florent de Bodman « La réforme de l'administration ».

citoyen habite loin de cette administration et ne trouve personne pour l'accueillir ou le prendre en charge.

Il est tout aussi inacceptable que l'Administration ne réponde pas aux plaintes et aux interrogations des gens, comme si le citoyen ne valait rien, ou comme s'il s'agissait d'un simple élément dans la configuration générale de l'espace de l'Administration.

Or, sans citoyen, point d'Administration. Le citoyen a le droit de recevoir des réponses à ses requêtes et des solutions aux problèmes qu'il lui expose. L'Administration est tenue d'expliquer les choses aux gens et de motiver ses décisions, qui doivent être prises sur la base de la loi³⁰⁰.

Notre administration devra jouer donc un rôle de plus en plus important en matière de cohésion sociale. Instrument de régulation, l'administration peut aussi intervenir directement pour veiller à l'égalité des chances entre les citoyens, combattre les inégalités sociales et protéger les plus faibles. L'essor de la société civile et des organisations associatives ne peut, à lui seul servir de solution ou de prétexte pour le désengagement des services publics lorsqu'il s'agira de lutter contre les effets du chômage, l'exclusion des catégories sociales fragiles ou la lutte contre l'analphabétisme et la pauvreté. La faible capacité de réaction de certaines administrations aux problèmes soulevés par les usagers est souvent due à l'absence de contrôle de gestion et d'un système efficace pour juger le rendement et sanctionner la mauvaise gestion.

De même, il est indispensable d'aborder les questions d'éthique dans le service public avec franchise, objectivité et impartialité.

Ainsi, l'irresponsabilité, le laisser-aller ou la corruption de fonctionnaires ne sont pas des vices de l'esprit. Ce sont des fléaux réels qui doivent être identifiés, désignés et dénoncés en tant que tels.

Le problème de l'éthique constitue comme un problème partagé par l'ensemble des administrations publiques du monde. En effet, des maux tels que la corruption, le trafic d'influence, la concussion ou encore l'abus de pouvoir sont présents, à des degrés divers, dans toutes les administrations publiques, et sont considérés comme des pratiques contraires à l'éthique.

L'irresponsabilité et la corruption des fonctionnaires ne sont pas des vices de l'esprit, ce sont des fléaux réels qui doivent être identifiés, désignés et dénoncés en tant que tels.

Défis administratifs

La bureaucratie administrative est l'un des plus grands facteurs qui handicapent le développement : la complexité des procédures de l'administration, ses réflexes routiniers, sa mauvaise gestion du service public, ainsi que son enfermement sur elle-même, son

300 Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

incapacité à communiquer avec son environnement et à être à l'écoute des préoccupations des usagers, se traduisent par la prolifération de phénomènes négatifs, en particulier celui de l'indifférence à l'égard des affaires des citoyens et des investisseurs et la mauvaise orientation dont ils font l'objet, ce qui a pour conséquence de bloquer l'activité économique dans son ensemble et, partant, le développement global escompté³⁰¹.

Le fonctionnement de l'administration est handicapé par une centralisation excessive de l'importance des prérogatives reconnues aux structures centrales ainsi que des pouvoirs discrétionnaires et des moyens qui leurs sont dévolus. Une centralisation excessive ne s'accommode pas aux exigences de la gestion moderne des administrations publiques à la recherche constante d'efficacité.

Les relations de l'administration avec les citoyens et les entreprises souffrent de la lourdeur des procédures administratives, de ses réflexes routiniers et de la longueur des délais de délivrance de certains documents administratifs.

Il n'est pas raisonnable que le citoyen qui voyage pour réclamer un document et soumet, cet effet, toutes les pièces requises, attende des jours voire des semaines pour l'obtenir.

En effet, dans de nombreux consulats par exemple, les citoyens ne sont pas avisés des erreurs commises dans les documents, en raison de l'absence d'un dispositif de suivi des dossiers, outre les lourdeurs administratives induites par la correction d'une erreur quelconque.

Cela implique un effort de la part du citoyen et des frais de déplacement au Maroc pour rapporter les pièces justificatives nécessaires pour corriger ladite erreur. A cela s'ajoute le défaut de coordination entre les administrations concernées, qui occasionne du retard dans le processus de délivrance des documents³⁰².

Aussi, le citoyen se plaint beaucoup de la lenteur et de la complexité des procédures judiciaires et de la non-exécution des jugements, notamment face à l'administration³⁰³.

Il est incompréhensible que l'administration dépossède le citoyen de ses droits alors qu'elle a l'obligation de les préserver et de les défendre. Et comment un responsable peut-il empêcher que celui-là accède à ses droits alors qu'un jugement définitif a été rendu à cet effet ? ³⁰⁴.

La faible capacité de réaction de certaines administrations aux problèmes soulevés par les

301 Extrait de l'Allocution de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture des travaux du Conseil Supérieur de la Promotion Nationale et du Plan, Tanger 04/05/2000.

302 Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

303 V. DEGUERGUE (M) « Procédure administrative contentieuse », Editions Montchrestien, 2003.

304 Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

usagers est souvent due à l'absence de contrôle de gestion et d'un système efficace pour juger le rendement et sanctionner la mauvaise gestion.

S'ajoutent des difficultés d'ordre structurel et politique, on remarque une multiplicité des structures administratives tant au niveau central qu'au niveau local : le développement désordonné des services ne peut que contribuer à paralyser et décourager les agents publics dans l'accomplissement de leurs missions. Cette situation entraîne une mauvaise coordination, voire parfois son absence entre les différentes administrations.

Les statuts des fonctionnaires ne favorisent pas le rendement et l'esprit d'initiative constituent un frein pour le changement (positif) de la modernisation des services publics.

Défis technologiques

Les tendances à travers le monde montrent que dans le troisième millénaire, l'intelligence et le savoir seront la principale source de richesse économique des personnes, des collectivités et des entreprises. C'est pourquoi, il est important que notre administration tire le meilleur profit possible des nouvelles technologies de l'information et de leurs applications dans les domaines de la gestion et des services rendus aux entreprises et aux citoyens.

La maîtrise des technologies nouvelles passe nécessairement par une plus grande valorisation des ressources humaines³⁰⁵.

L'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication a eu un impact considérable sur le fonctionnement des administrations publiques. Cependant, même si les tendances à travers le monde montrent la recherche de l'instauration, de ce que les spécialistes appellent la «E-administration» ou «E-gouvernement», il reste du moins que, ces technologies se heurtent à un certain nombre d'obstacles, et vont dans une certaine mesure à l'encontre des principes du service public³⁰⁶.

II. Les grands axes souhaitables d'une réforme de l'administration marocaine

L'Etat assume des fonctions d'orientation, d'organisation et de coordination entre les différents acteurs et d'incitation à l'investissement et à l'emploi. Il lui est de ce fait demandé de créer le climat juridique et administratif pour garantir la bonne gouvernance, afin de rationaliser la gestion du service public.

L'organisation, le rôle et les missions de notre administration restent encore à définir, ils doivent être repensés et adaptés à un contexte politique, économique et social en pleine

305 Le livre blanc de la réforme administrative de l'année 2000 présenté par le Ministère de la Réforme de l'Administration et de la fonction publique, p. 13.

306 Oumarou Sali Bouba 2010, précité.

mutation, puisque les réformes que connaissent les institutions politiques du pays ne peuvent réellement produire leur effet que dans la mesure où l'Etat dispose d'une administration publique moderne, efficace et capable de relever les défis et dysfonctionnements qui ont entravé la marche de l'administration.

Gérer les affaires des citoyens et faire aboutir leurs démarches est une responsabilité nationale et une charge considérable qui ne souffrent ni laisser-aller ni procrastination³⁰⁷. Servir le citoyen et l'entreprise reste la finalité primordiale de l'Administration. Celle-ci, n'est plus aujourd'hui considérée uniquement comme l'instrument d'exécution des politiques gouvernementales, mais aussi comme un support de changement économique et social.

La mise en œuvre de ces lignes directrices de la réforme de l'administration passe par un certain nombre d'objectifs intermédiaires ou d'outils. Il s'agit de différents champs d'action de la réforme de l'administration, pour lesquels des projets politiques ont été effectivement développés dans les dernières années.

Les actions de réforme à mener pour une administration publique performante
Pour confronter les grands défis, on peut relever un certain nombre d'actions de réforme pour une administration plus efficace.
A cet effet, il convient de :

La prise de mesures pour lutter contre le phénomène des fonctionnaires fantômes³⁰⁸ et la suppression des services dont les missions peuvent être transférés à d'autres instances, et ne conserver que les services et organismes nécessaires à l'exercice des missions de l'Etat. A qualification égale, les salaires sont actuellement beaucoup plus bas dans le secteur public que dans le secteur privé. On peut faire l'hypothèse qu'une diminution du nombre de fonctionnaires permettrait des augmentations plus rapides de salaires dans la fonction publique : à masse salariale égale, le nombre des employés et le niveau des salaires sont en effet inversement proportionnels.

La simplification des procédures administratives : tous les services ont pour finalité de permettre au citoyen de régler ses affaires, dans les meilleures conditions et dans les plus brefs délais possibles.

Les problèmes qui se posent au citoyen dans l'Administration, sont clairement illustrés à travers les obstacles qui entravent l'investissement, nonobstant la création des Centres

³⁰⁷ Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

³⁰⁸ Selon les statistiques du Bilan des réalisations du Ministère de la Réforme de l'Administration et de la fonction publique au titre de l'année 2017, p.26 (plus de 430 cas sont enregistrés en 2016 ce qui lève le nombre des fonctionnaires fantômes entre 2012 et 2016 à 3058 cas).

régionaux et l'utilisation du guichet unique pour simplifier les procédures et accélérer le processus décisionnel.

Il est vrai que certains investisseurs, dans certains cas, soumettent des dossiers incomplets. Mais au lieu que le guichet leur vienne en aide en leur présentant une liste de solutions pour les motiver, on constate que les choses sont rendues encore plus compliquées pour eux, en les astreignant à une série de restrictions et de contraintes.

Avec cette mentalité et la poursuite obstinée de tels comportements, le guichet unique restera vain et inutile³⁰⁹.

La question de la valorisation des ressources humaines ³¹⁰: c'est un point sur lequel les fonctionnaires ont beaucoup à gagner. Ils ont intérêt à la mise en place d'une véritable gestion des carrières, à la place du système d'avancement actuel, très rigide et fondé quasi-exclusivement sur le critère de l'ancienneté. La réforme de l'administration devrait leur apporter une meilleure prise en compte de leurs qualifications professionnelles particulières (et non seulement de leur corps d'appartenance ou de leur catégorie de recrutement), une meilleure prise en compte de leur souhaits de mobilité professionnelle et géographique. Quant à l'introduction d'une part de rémunération et d'avancement au mérite, on peut se demander si elle est souhaitée par les fonctionnaires; notons simplement qu'elle vise (entre autres) à introduire plus de justice dans la gestion des ressources humaines publiques, en dépassant une conception simpliste de l'égalité (à poste égal, salaire égal)³¹¹.

La richesse de l'administration réside dans la qualité de ses Ressources Humaines, la qualification de ces ressources, leur motivation et leur capacité d'exprimer toutes leurs possibilités constituent un gage fondamental de l'efficacité de l'administration.

L'objectif doit viser la mise en place d'une véritable stratégie de valorisation des Ressources humaines de nos administrations. A cet effet, il convient de mettre en place au sein des administrations publiques une gestion moderne et performante des effectifs, des emplois et des carrières de nature à garantir une cohérence entre l'évolution des missions de l'administration et les qualifications du personnel et la mobilité de ce dernier.

Il s'agit d'offrir aux cadres et aux agents publics les conditions qui leur permettront de se sentir respectés et motivés, dans un milieu de travail où ils pourront mettre pleinement à contribution leur compétence, leur énergie et leur loyauté.

La gestion des Ressources humaines passe essentiellement par la révision globale du Statut Général de la Fonction Publique. Cette révision se fera dans une démarche participative.

³⁰⁹ Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

³¹⁰ Pour plus de détails sur la gestion des Ressources Humaines, Voir Robert HOLCMAN « Management public », Editions Dunod - Paris, 2014, p.131.

³¹¹ Florent de Bodman «La réforme de l'administration», précité.

La mise en place d'une gestion des personnels plus stricte, la procédure traditionnelle de «la notation» des fonctionnaires, qui s'inscrivait dans le jeu de notes-barèmes calculées selon l'ancienneté, devrait faire place à une évaluation à la fois plus complète et plus réaliste des résultats comme des besoins de formation des fonctionnaires. L'évaluation des fonctionnaires doit être associée à l'évaluation des programmes auxquels ils participent. Par ailleurs, le système anarchique des primes qui variait sensiblement selon les corps et les traditions ministérielles devrait faire place à des systèmes de primes plus simples auxquels s'ajoutent des « primes au mérite » c'est-à-dire à la performance.

Aussi, la formation continue et le perfectionnement du personnel doivent jouer leur rôle d'instruments privilégiés de valorisation des Ressources humaines et de garantie de leur rendement et de leur performance.

Instaurer une administration de proximité : afin que les citoyens sentent réellement que les services publics sont très proches d'eux et leurs sont facilement accessibles, le gouvernement s'engage dans une politique de relance de la décentralisation et de la déconcentration.

Le Maroc dispose aujourd'hui d'une administration et de services publics d'une qualité plus ou moins élevée, selon les ministères et autres organismes publics. Cette qualité ne peut, cependant, les dispenser d'une adaptation aux attentes des citoyens, aux exigences d'une économie de plus en plus libérale et de plus en plus ouverte sur le reste du monde, et d'une société marquée par le développement de problèmes sociaux et de phénomènes sociaux et de phénomènes d'exclusion (chômage, pauvreté, marginalité...).

Dans un tel contexte, mieux prendre en compte les besoins et les attentes des citoyens devrait constituer la première ambition de la réforme de l'Etat. En effet, les citoyens, aujourd'hui, veulent un Etat et des services publics de proximité plus efficaces, plus économes en temps et en coût et plus accessibles, en termes d'accueil, de procédure et de relationship³¹².

Mais s'il fallait que tous les dossiers soient traités au niveau de l'Administration centrale à Rabat, quelle serait alors l'utilité de la décentralisation, de la régionalisation et de la déconcentration administrative que nous nous employons à consolider depuis les années 80 du siècle dernier³¹³ ?

L'instauration d'une administration électronique (E-administration ou E-gouvernement)³¹⁴ : la modernisation de l'administration passe aujourd'hui de façon

312 Mostapha FIKRI «La bonne gouvernance administrative au Maroc : Mission possible», Editions Espace Art & Culture, 2005, p. 54.

313 Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

314 Pour plus de détails sur l'administration électronique Voir D. Bouzaffour « L'administration électronique au Maroc », REMALD n°76/77– 2007, p. 95; « Les nouvelles technologies de l'information et de la communication au service de la modernisation de l'administration publique », REMALD n°56 – 2004, p. 155.

impérative par sa conversion aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC).

L'essor des nouvelles technologies de l'informatique et de la communication qui offre aux administrations de nouvelles opportunités leur permettent de s'organiser différemment et de répondre aux attentes des citoyens dans de meilleures conditions de délais et de coût.

Ces nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) constituent un moyen important de faire progresser la réforme de l'administration. Elles ont une importance supérieure à celle d'une innovation technique comme une autre : leur usage est en effet central dans l'amélioration du système d'information qu'est l'administration et des échanges d'information au sein de l'administration. De plus, de par la radicalité de l'innovation qu'elles représentent, les NTIC sont l'occasion d'une remise en cause profonde de l'organisation administrative.

Le développement de l'administration électronique est bénéfique à deux niveaux, et pour des raisons liées. Du point de vue du fonctionnement interne des administrations, il permet une simplification du travail, une réduction forte de la durée des processus de décision et de la durée de mise en œuvre des procédures, une amélioration fondamentale de l'échange d'information entre les administrations, et finalement une amélioration significative de la productivité des administrations. Du point de vue de l'interface des administrations avec les usagers, les améliorations potentielles sont également nombreuses : les NTIC doivent permettre de dépasser la contrainte du cloisonnement des administrations et des services et de réduire ainsi fortement le nombre et la durée des démarches pour les usagers; elles doivent simplifier la relation avec l'usager, permettre de la personnaliser et réduire les délais³¹⁵.

Les buts de l'introduction des NTIC doivent se soucier pour une grande part d'une meilleure information de l'administration mais aussi de l'administré. Ils doivent aboutir à la simplification des procédures et des formulaires administratifs ainsi que la dématérialisation des échanges et des documents. Ils doivent tendre à décroïsonner les structures administratives d'un côté et leur donner une plus grande célérité dans la fourniture au citoyen et aux entreprises des prestations administratives³¹⁶.

La généralisation de l'administration électronique ne manquera pas de modifier complètement le mode de fonctionnement des administrations de l'Etat et des collectivités territoriales et leurs rapports avec les administrés ; elle en accroîtra l'efficacité mais aussi la régularité, contribuant ainsi à l'éradication de la corruption. Toutefois, ce résultat ne sera atteint que si une vigoureuse politique de formation des agents de l'administration parvient

315 Florent de Bodman «La réforme de l'administration», précité.

316 Mostapha FIKRI 2005, précité, p. 355.

à changer les mentalités et à faire pénétrer une véritable « culture de la communication » dans tous les rouages de l'administration et dans les comportements des responsables administratifs à tous les niveaux. Ces transformations devront également toucher l'ensemble des administrés pour que la modernisation des relations entre l'administration et ses usagers puisse être entièrement réalisée³¹⁷.

Par ailleurs, l'administration électronique doit être généralisée selon une approche intégrée permettant aux différents départements et aux divers services un accès commun aux informations.

De fait, l'utilisation des nouvelles technologies contribue à faciliter l'accès, dans les plus brefs délais, du citoyen aux prestations, sans qu'il soit nécessaire de se déplacer souvent à l'Administration et de s'y frotter, car c'est là la cause principale de l'extension du phénomène de corruption et du trafic d'influence³¹⁸.

Il est bien à signaler que plusieurs administrations se sont déjà dotées d'un tel outil pour répondre aux besoins de leurs usagers, il ne reste sur le plan technique que de généraliser l'informatisation dans tous les domaines de l'administration nationale et locale.

L'Administration publique doit respecter de la légalité: l'ensemble des services publics doivent respecter le principe de la légalité et se soumettent aux décisions de justice sans aucune réticence.

Le développement du droit d'accès à l'information administrative : la dématérialisation consiste à informatiser les documents administratifs, tandis que la numérisation permet aux administrés de rechercher grâce à l'informatique les documents administratifs dont ils ont besoin et à effectuer les démarches administratives nécessaires pour les obtenir sans avoir à se déplacer auprès des services compétents.

On voit que le recours à l'E-gouvernement ou E-administration a pour résultat d'accroître dans de grandes proportions l'efficacité et surtout la transparence des services que l'administration rend à ses usagers³¹⁹.

L'information administrative se réalise sous deux formes différentes : l'information par des services fournissant aux administrés des renseignements d'ordre pratique et l'information plus générale sur la politique de l'administration. Dans ces deux buts, la mise en place de structures d'information administrative s'avère nécessaire.

317 M. Rousset & M.A. Benabdallah « Actualité du droit administratif 2003-2009 », Editions La Porte, 2010, p.36.

318 Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

319 M. Rousset & M.A. Benabdallah 2010, précité, p. 34.

Une des conditions de l'efficacité de l'action administrative est que ces structures appelées à gérer plusieurs activités sociales, doivent être plus informées et donc mieux au courant de ce qui existe pour prendre des décisions avisées et basées sur une situation réelle.

C'est la fonction première des systèmes d'information. En effet, l'ordinateur a une capacité illimitée de stockage des informations, mais en plus arrive à les traiter et à les proposer rapidement à la demande³²⁰.

Le devoir exige que les citoyens reçoivent, dans des délais raisonnables, des réponses convaincantes à leurs interrogations et à leurs plaintes. A cet égard, il est impératif d'expliquer les décisions prises et d'en justifier la teneur, même quand elles sont sanctionnées par un refus. A ce propos, tout refus doit reposer sur un fondement juridique : soit que la demande introduite constitue une infraction à la loi, ou que le citoyen n'a pas rempli toutes les formalités requises³²¹.

La participation des usagers : l'amélioration du service aux usagers passe par une participation active de ceux-ci au changement du service public. La prise en compte des critiques, des attentes et des propositions de celles-ci est nécessaire pour rapprocher les administrations des besoins des usagers. L'évolution vers une logique de service aux usagers est donc liée à une participation beaucoup plus grande des associations d'usagers : si la décision technocratique et centralisée n'est plus la norme, on en reste actuellement à l'information et à la consultation des usagers; le but est de les faire véritablement participer à l'élaboration des changements et des solutions aux problèmes, et de faire précéder la décision d'une véritable négociation. Les administrations sont encore loin de cet esprit d'implication des usagers à la décision³²².

L'institution du droit à la transparence administrative : un formalisme destiné à l'information des usagers, par l'extension de la publicité des actes de l'administration et de la motivation obligatoire des décisions administratives.

Il est indispensable d'aborder la question d'éthique dans le service public avec objectivité et franchise, et combattre tout agissement contraire à l'éthique.

Le respect des règles d'éthique est une donnée liée à nos valeurs et à notre culture qui appelle une action en profondeur et un programme soutenu de formation et de sensibilisation qui intéressent à la fois le citoyen et le fonctionnaire. Les actions à mener doivent permettre de clarifier et d'asseoir les valeurs d'éthique et de moralisation au sein des administrations publiques.

320 Mostapha FIKRI 2005, précité, p. 355.

321 Extrait du Discours royal à l'occasion de la Fête du Trône, 29/07/2017.

322 Florent de Bodman «La réforme de l'administration», précité.

L'instauration des nouveaux rapports entre l'administration et les citoyens 323: il s'agit d'améliorer la qualité des services rendus aux usagers de l'administration qui se plaignent souvent des dysfonctionnements qui affectent et rendent parfois pénibles leurs relations avec les services publics : accueil, attente, délais de réponse ou de délivrance, horaires d'ouverture...

L'administration doit tenir compte aux choix et besoins des usagers et veiller à adapter ses prestations aux attentes exprimées. Une administration de proximité s'exprime dans la structure des services territoriaux et leur présence sur le territoire, elle s'exprime aussi dans la façon d'accueillir, écouter, conseiller et informer le citoyen sur ses droits et ses obligations.

Traiter avec un usager bien avisé est une des préoccupations de l'administration pour sa mise à niveau, c'est d'avoir en face d'elle des usagers informés de leurs droits et de leurs obligations et donc conscients de ce qu'ils peuvent légalement demander à l'administration et dans quelles conditions.

D'où l'intérêt pour l'institution d'un système d'information et de communication administrative. En effet, la réalisation de ce système permettrait de mieux informer le citoyen, mais surtout donnerait l'occasion à l'administration de repenser les procédures en vue de les simplifier pour permettre leur saisie et donc leur informatisation³²⁴.

L'obligation de rendre compte : les responsables administratifs doivent rendre compte de leur gestion, selon des méthodes d'évaluation et d'audit appropriés, conformes à la volonté de rationalisation de la gestion des deniers publics. D'où la nécessité d'une application stricte des dispositions de l'alinéa 2 de l'article premier de la Constitution de 2011, alinéa qui établit une corrélation entre responsabilité et reddition des comptes, a affirmé S.M le Roi Mohammed VI dans son discours, soulignant que « le temps est venu de rendre ce principe pleinement opérationnel. En effet, tout comme la loi s'applique à tous les Marocains, elle doit s'imposer en premier lieu à tous les responsables, sans exception ni distinction, à l'échelle de tout le Royaume ».

Dans cet ordre d'idées, le Souverain a indiqué, à ce propos, que « Nous nous trouvons à une nouvelle étape de notre action publique : il n'y a pas de différence entre le responsable et le citoyen en terme de droits et d'obligations liés à la citoyenneté, et il n'y a pas lieu de se dérober à ses responsabilités ou de jouir de l'impunité »³²⁵.

Il est donc clair qu'une grande part du diagnostic et des mesures proposées aujourd'hui ne sont pas nouveaux. Ceci invite à réfléchir non plus seulement aux principes et aux champs

323 Pour plus de détails sur les rapports Citoyen-administration, Voir Calliope SPANOV « Citoyens et administration », Editions l'Harmattan, 2003, p.15.

324 Mostapha FIKRI 2005, précité, p.357.

325 Extrait du Discours royal à l'occasion de la Fête du Trône, 29/07/2017.

d'action de la réforme de l'administration, mais à la façon dont elle doit être mise en application.

Moderniser l'administration publique pour une bonne gouvernance

On trouve une multitude de promesses de réforme, mais la plupart de ces promesses restent au niveau des intentions et des idées.

Face à la rareté des ressources et à l'accroissement des besoins, et compte tenu de la volonté des pouvoirs publics de réduire le poids de la dette, l'administration est appelée à optimiser et à rationaliser la gestion publique surtout avec une masse salariale qui explose.

Les salaires de la fonction publique ont coûté des milliards de dirhams aux caisses de l'État. Alors que les recrutements se poursuivent, le gouvernement engage une réforme de l'administration pour prouver qu'il maîtrise les dépenses publiques ainsi que l'évolution et l'efficacité de l'appareil d'État.

L'amélioration de l'efficacité de l'administration publique passe principalement par des changements dans l'organisation du travail, et ne consiste pas à demander plus d'efforts et de productivité aux fonctionnaires eux-mêmes : il s'agit d'améliorer les structures de décision, les relations entre les services, de supprimer les recoupements inutiles entre les compétences de différentes administrations... et non pas de « mettre au travail les fonctionnaires ». Un argument plus général consiste à dire que la réforme de l'administration consiste en l'introduction partielle et mesurée de certaines méthodes en œuvre dans le secteur privé, dont les effets pervers apparaissent lorsqu'elles sont poussées à l'extrême et ne risquent donc pas dans ces conditions d'apparaître dans le secteur public.

On peut dire en revanche que cette réorganisation du travail et cette rationalisation de l'organisation comportent des conséquences bénéfiques pour les employés de l'Etat eux-mêmes : moins de dysfonctionnements autour d'eux, une plus grande fiabilité de leurs interlocuteurs au sein du service public, une plus grande autonomie dans leur travail et une plus grande possibilité d'innover, une moindre place dans leur travail consacrée à devoir s'adapter aux très nombreuses normes qui réglementent l'action publique... Un point particulièrement important est la requalification des tâches : si une réforme s'accompagne d'une diminution des effectifs, elle doit aussi permettre une réorganisation du travail et un enrichissement des tâches pour les agents du service public (en lien avec l'usage des nouvelles technologies, notamment)³²⁶.

A cet égard, S.M le Roi Mohammed VI a affirmé que la réforme de l'Administration requiert un changement dans les comportements et les mentalités et des législations de qualité pour obtenir un service administratif public efficace au service du citoyen.

326 Florent de Bodman «La réforme de l'administration», précité.

En effet, la situation actuelle nécessite de porter un intérêt particulier à la formation et la mise à niveau des fonctionnaires, qui forment le maillon essentiel dans la relation du citoyen avec l'Administration. Elle requiert aussi de leur offrir un environnement de travail convenable et de mettre en œuvre les dispositifs d'incitation, de reddition de comptes et de sanction³²⁷.

En guise de conclusion, la réforme de l'administration n'est jusqu'à présent qu'un vœu pieux, elle est davantage un thème de colloque qu'une réalité quotidienne : à l'ordre du jour depuis les premiers plans de développement économique et social, elle reste à faire.

Cette inertie démontre que le changement ne peut venir que d'une transformation profonde de l'organisation et des mentalités (fonctionnaires et citoyens).

³²⁷ Extrait de l'Allocution de S.M le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 1ère session de la 10ème législature, 14/10/2016.

Sukuk Nakheel, case study of islamic finance crisis.

Benabderrahmane Meryem

Doctorante En Science Economiques Et Gestion
Université Mohammed V – Souissi –Salé

Choujtani Khadija

Doctorante En Science Economiques Et
Gestion
Université Mohammed V – Souissi –Salé

Introduction

Islamic finance is finance that carries an ethical function that must comply with the dictates of Shariah that promote social justice, equity and solidarity.

Islamic finance is developing at a remarkable pace. Since its inception three decades ago, the number of Islamic financial institutions worldwide has risen from one in 1975 to over 300 today in more than 75 countries. They are concentrated in the Middle East and Southeast Asia (with Bahrain and Malaysia the biggest hubs), but are also appearing in Europe and the United States.³²⁸

Islamic financial products are aimed at investors who want to comply with the Islamic laws (Shariah) that govern a Muslim's daily life. These laws forbid giving or receiving interest (because earning profit from an exchange of money for money is considered immoral); mandate that all financial transactions be based on real economic activity; and prohibit investment in sectors such as tobacco, alcohol, gambling, and armaments.

In the light of the prohibition of *riba* under the Shari'ah, trading in pure debt instruments is forbidden. Hence, sukuk are structured to generate the same economic effects as conventional bonds, but in a Shari'ah-compliant manner.

The Islamic bonds "Sukuk" are a viable source of financing for the economic and social development, however, Sukuk are not risk-free. Sukuk players such as the Sukuk originator, servicer, issuer, special purpose entity and holder are exposed to various default risks such as risk related to repurchase undertaking, service default, coupon payment risk, bankruptcy, settlement and liquidity. The increasing number of defaulted

³²⁸First published in Finance & Development, December 2005, Vol. 42, No. 4. Reprinted with permission of F&D

Sukuk should be one of the major current issues regarding Sukuk in Malaysia because it is closely related to credit risk which consequently will lead to financial distress.

This paper aims to shed light on the potential exposure of hedge funds to financial crisis and how the precepts of sharia can cover and reduce the risk of crisis.

In order to develop more the concept of Islamic finance and place sukuk in context we will outline first , the backgrounds of sukuk providing a better understanding of sukuk as Islamic financial instruments , the historical overview of “Sukuk” and its most common structure. Then, we’ll present the “Sukuk nakheel” study as to understand the recent Islamic financial crise.

The Concept of Sukuk

Islamic finance has for sometime missed investment opportunities for Muslims that offer a predictable return with low risk. The majority of investment opportunities are based either on stock market with high volatility or on real estate transactions. Since fixed income, interest-bearing bonds are not permissible in Islam, Sukuk are the alternative. In this chapter, we will discuss the concept of Sukuk by presenting its definition, history and structure as to be able to understand to use and the mechanism of Sukuk as a source of financing for the economic and social development.

Definition and History of Sukuk

a- Definition of Sukuk

There are several definition of Sukuk, which we can retain the most important next :

- The Arabic word Sukuk is the plural of the word sakk, meaning “certificate” or “order of payment” ³²⁹, which originated in converting precious metals to coins and later is used to mean a ‘written document’.
- Literally, “Sukuk” means certificates and technically refer to securities, notes, papers or certificates with features of liquidity and tradability³³⁰.
- According to SC Malaysia: Sukuk is a document or certificate, which evidences the undivided prorate ownership of underlying assets ³³¹.
- According to Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAIOFI): “*Sukuk al istithmar are certificates of equal value representing undivided shares in ownership of tangible assets, usufructs and services in the ownership of particular projects or special investment activity, however, this is true after receipt of the value of Sukuk, the closing of*

³²⁹(M. A. Khan, *Islamic Economics and Finance: A Glossary* (Routledge: London, 2003), p.163; S. Cakir and F. Raei, *Sukuk vs. Eurobonds: Is There a Difference in Value-at-Risk?* (IMF Working Paper 07/237) (Washington: International Monetary Fund, 2007), p.3.)

³³⁰ Staff.uob.edu.bh/files/620922311_files/SUKOOK.pdf

³³¹*Sukuk is Islamic securities i.e. any securities issued pursuant to any Shariah principles and concepts approved by the Shariah Advisory Council (SAC) of the SC as set out in Appendix 1 (The Malaysian Securities Commission's Guidelines on the Offering of the Islamic Securities' 2004 [IS Guidelines 2004] in Para 1.05(a). Sukuk also a document or certificate which represents the value of an asset (IS Guidelines 2004 in Appendix 1 (BB)).*” (SC Malaysia, 2004)

subscription and the employment of the funds received for the purpose for which the Sukuk were issued” (AAOIFI, 2011) ³³².

- Sukuk in general may be understood as a shariah compliant ‘Bond’. In its simplest form Sukuk represents ownership of an asset or its usufruct. The claim embodied in Sukuk is not simply a claim to cash flow but an ownership claim. This also differentiates Sukuk from conventional bonds as the latter proceed over interest bearing securities, whereas Sukuk are basically investment certificates consisting of ownership claims in a pool of assets.³³³
- While according to the “financial time”, Sukuk represents undivided shares in the ownership of tangible assets relating to particular projects or special investment activity. A Sukuk investor has a common share in the ownership of the assets linked to the investment although this does not represent a debt owed to the issuer of the bond.³³⁴

* Consequently, Sukuk holders are entitled to a share in the revenues generated by the Sukuk assets. The sale of Sukuk relates to the sale of a proportionate share in the assets.³³⁵

b- The history of Sukuk and its development

*** Origins of Sukuk in medieval times**

Documentary evidence confirms the use of the word “sakk” in the early Islamic caliphates.³³⁶

The Muslim societies of the pre-modern period used Sukuk as forms of papers representing financial obligations originating trade and other commercial activities.³³⁷

³³² . Article 2 of the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) (article: “ Shari’ah Principles of Sukuk Structure in Malaysia Islamic Capital Market” SHARIAH_PRINCIPLE_OF_SUKUK_TIBECIII_5SEPT2012.pdf ; Accounting Research Institute (ARI), UiTM, HICoE, MoHE and Senior Lecturer, Center for Islamic Thought and Understanding)

³³³ ISLAMIC BONDS (SUKUK): ITS INTRODUCTION AND APPLICATION
<http://ifresource.com/2010/04/27/how-sukuk-works-introduction-structuring-and-application-of-sukuk-bonds/islamic-finance-resource-news-and-information>

³³⁴ Financial time <http://lexicon.ft.com/Term?term=sukuk-%28islamic-bonds%29>

³³⁵ Philip Molyneux, professor of banking and finance, Bangor Business School, Wales)

³³⁶ N. J. Adam and A. Thomas, *Islamic Bonds: Your Guide to Issuing, Structuring and Investing in Sukuk* (London: Euromoney Books, 2004), p.43

³³⁷ A. Thomas, “What are Sukuk?” [2003] *AJIF.org* LLC; M. A. Khan, *Islamic Economics and Finance: A Glossary* (Routledge: London, 2003), p.163.)

During the Middle Ages, a sakk was a written vow to pay for goods when they were delivered and it was used to avoid money having to be transported across dangerous terrain.³³⁸

As a result, these Sukuk were transported across several countries and spread throughout the world. The Jewish merchants from the Muslim world transmitted the concept and the term sakk to Europe.³³⁹ And an interesting outcome of the trade and transport of these Sukuk, is that it functioned as a source of inspiration for the modern day cheque.³⁴⁰

**** Recent history of Sukuk in Islamic capital markets**

Nowadays “Sukuk” become an instrument of the Islamic capital markets. In modern day Islamic finance, Sukuk refer to Islamic securities with rather distinctive features.

One of the very first definitions of modern day Sukuk was given in February 1988 during the fourth session of the Council of the Islamic Fiqh Academy in Jeddah.

The Council defined these Sukuk as:

“(…) investment instruments which allocate the [muqarada] capital ([mudaraba]) by floating certificates, as an evidence of capital ownership, on the basis of shares of equal value, registered in the name of the owner, as joint owners of shares in the venture capital or whatever shape it may take, in proportion to (...) each one’s share therein.”³⁴¹

Shortly after this description, in 1990 one of the first Sukuk was issued by Shell MDS in Malaysia. After this issuance, there were no other active issuances by other Sukuk issuers until the beginning of the 21st century”.³⁴²

³³⁸P. Vallely, “How Islamic inventors changed the world” *The Independent*, March 11, 2006 at <http://www.independent.co.uk/news/science/how-islamic-inventors-changed-the-world-469452.html> [Accessed October 27, 2013]

³³⁹F. Braudel, *The Mediterranean and the Mediterranean World in the Age of Philip II*, Volume II (New York: William Collins Sons & Co, 1973), p.817.)

³⁴⁰The cheque has got a British background. English banks started using cheques around the 17th and 18th century in order to counteract the issuance monopoly of the Bank of England. See P. de Vroede, *De Cheque: de postcheque en de reischeque* (Antwerpen: Kluwer, 1981), p.3;)

³⁴¹The Council of the Islamic Fiqh Academy, holding its 4th Session in Jeddah, Kingdom of Saudi Arabia, from 18 to 23 Jumada Tahni 1408 AH (February 6–11, 1988), in *International Islamic Fiqh Academy, Resolution and Recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985–2000* (Jeddah: Islamic Development Bank, Islamic Research and Training Institute & Islamic Fiqh Academy, 2000)

Since the beginning of 2000, Sukuk have become important Islamic financial instruments in raising funds for long-term project financing. The first Sukuk were issued by Malaysia in 2000, followed by Bahrain in 2001. Since then, Sukuk have been used by both the corporate sector and states for raising alternative financing.³⁴³

Further, the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) issued its Shari'ah Standard No.17 on 'Investment Sukuk' in May 2003, which became effective from January 1, 2004. This Shari'ah Standard provides a definition of Sukuk in s.2 of the Shari'ah Standard.

The AAOIFI defines investment Sukuk as:

"... Certificates of equal value representing undivided shares in ownership of tangible assets, usufruct and services or (in the ownership of) the assets of particular projects or special investment activity"³⁴⁴

Over the first decade of the 21st century the market has witnessed several sukuk issuances in different forms and structures. In 2007, the Sukuk market reached its peak in terms of issuance volume. By 2011 over more than \$19bn had been raised through 30 issues of Sukuk bonds on the London Stock exchange.³⁴⁵

*** **History of International Sukuk**

From the history above, Sukuk were extensively used by Muslims in the middle Ages as papers representing financial obligations originating from trade and other commercial activities.

Today, Sukuk are different from the Sukuk originally used and are like the conventional concept of securitization, a process in which ownership of the underlying assets is transferred to a large number of investors through certificates representing proportionate value of the relevant assets.³⁴⁶

In December 2001, Kumpulan Guthrie Berhad, a Malaysian company, completed the first international Sukuk issue. This was a U.S.-dollar-denominated Sukuk, targeted at

³⁴²A. W. Dusuki, "Challenges of Realizing Maqasid al-Shari'ah (Objectives of Shari'ah) in the Islamic Capital Market

³⁴³Source: Mehmet Asutay, Durham Business School)

³⁴⁴Source: (Section 2 AAOIFI Shari'ah Standards No.17 on Investment Sukuk.)

³⁴⁵Source: Philip Molyneux, professor of banking and finance, Bangor Business School, Wales

³⁴⁶Author: Shariq Nisar/ **ISLAMIC BONDS (SUKUK): ITS INTRODUCTION AND APPLICATION/**
<http://ifresource.com/2010/04/27/how-sukuk-works-introduction-structuring-and-application-of-sukuk-bonds> ///
 Islamic Finance Resource News and Information

investors in Asia and the Middle East. Then, in July 2002, the Federation of Malaysia completed the second such issue. This was a U.S.-dollar-denominated Sukuk sold internationally, including in the United States. This was also the first Sukuk issue rated by international credit-rating agencies.(financial time)

Since these first two transactions, the international *Sukuk* market has grown significantly and has involved issuers located in Asia, the Middle East, and elsewhere. Although the market is dominated by borrowers in Malaysia and the Gulf Cooperation Council region (comprising Bahrain, Kuwait, Oman, Qatar, Saudi Arabia, and the United Arab Emirates).³⁴⁷

Structure of Sukuk

The AAOIFI Shari'ah Standard on Sukuk describes that there are fourteen different Sukuk structures structured on the basis of Islamic financial contracts.

The Islamic modes of finance can be divided into two types: either they provide direct finance as capital funds through partnership (Musharaka and Mudaraba), or they provide indirect finance through leasing (Ijara) and sale contracts (Murabaha, Bai Ajil, Salam, And Istisna). All modes are based on the principle of Riba (interest) prohibition, and all seek to maintain Islamic business ethics.³⁴⁸

In this section we'll present the most common types of investment Sukuk in regard to the issuances and trading as defined by the AAOIFI.

a- Al-Salam (Sukuk)

- The main concept of Sukuk Al-Salam refers to a sale, whereby the seller undertakes to supply a specific commodity to the buyer at a future date in return for an advanced price paid in full on the spot.³⁴⁹
- Salam is the sale of a prescribed commodity for deferred delivery in exchange for immediate and full payment of its price. Salam is permissible in shariah to meet the instant cash needs of a seller who undertakes the future delivery of the

³⁴⁷ SOVEREIGN SUKUK: ADAPTATION AND INNOVATION By A.ROGER WEDDERBURN-DAY
<http://www.law.duke.edu/journals/lcp/> // Mr. Wedderburn-Day specializes in debt and equity securities transactions, a field in which he has been actively involved since 1987. Mr. Wedderburn-Day became involved in Islamic finance when he acted on the Bahrain Sukuk and has been involved in many other Sukuk transactions »

³⁴⁸ Islamic Modes of Finance and the Role of Sukuk www.qfinance.com

³⁴⁹ A comprehensive study of the International Sukuk market" international Islamic financial market SUKUK REPORT 1st edition

commodity. Salam sale is absolutely forbidden in currencies, gold, silver, and all quasi-money assets, since gain in this exchange is *riba*.³⁵⁰

Summary Salam entitles instant cash to a bank customer against its commitment to deliver prescribed commodities at a future date. Parallel Salam, on the other hand, is practiced by banks to hedge their Salam operations.

b- Istisna'a Certificates (Sukuk)

- This type of Sukuk has been used for the advance funding of real estate development, major industrial projects or large items of equipment such as: turbines, power plants, ships or aircraft (construction/manufacturing financing).
- In Istisna the bank finances the manufacturing of a commodity for a customer who pays its price in installments. It is practiced mostly in Gulf countries.

c- Murabaha Certificates (Sukuk)

- The Murabaha technique (cost-plus financing) is one of the most widely used instruments for Islamic short-term financing. It is based on the traditional notion of purchase finance.
- Murabaha in traditional fiqh (Islamic jurisprudence) is a spot sale contract where the price is based on a cost plus profit margin formula. The contract has been modified to include *bai ajil* and renamed as "Murabaha to the Order of the Purchaser."³⁵¹

d- Musharakah Certificates (Sukuk)

- Musharakah is very similar to the Mudarabah contract and is widely used in equity financing. The structure of Musharakah requires both parties to provide financing to the projects and in case of loss, both parties will lose in proportion to the size of their investment.
- *Musharaka (partnership) is practiced by Islamic banks either on a "permanent" or on a "diminishing" basis. In both cases capital is provided by the bank in return for a share in the realized profit (or the loss, if a loss occurred).*
- *Musharaka has mostly been used to finance small and medium-size enterprises, but it has also been employed in the financing of several big projects in some Arab Gulf countries*

³⁵⁰ *Islamic Modes of Finance and the Role of Sukuk* www.qfinance.com

³⁵¹ The Council of the Islamic Fiqh Academy, holding its 4th Session in Jeddah, Kingdom of Saudi Arabia, from 18 to 23 Jumada Tahni 1408 AH (February 6–11, 1988)

e- Mudarabah Certificates (Sukuk)

- Mudarabah is an agreement made between a party who provides the capital and another party (an entrepreneur), to enable the entrepreneur to carry out business projects, which will be on a profit sharing basis, according to pre-determined ratios agreed on earlier (participation or trust financing). In the case of losses, the losses are born by the provider of the funds only.

f- Ijarah Certificates (Sukuk)

=> This is one of the most common Sukuk issuance types, especially for project finance.

- Ijarah Sukuk is a leasing structure coupled with a right available to the lessee to purchase the asset at the end of the lease period (finance lease). The rental rates of return on those Sukuk can be fixed or floating depending on the agreement.
- The Ijarah Sukuk provides an efficient medium to long-term mode of financing.

=> Ijara muntahia bittamleek (lease ending with ownership) ranks next in importance after murabaha as an employment mode.

- The Islamic bank purchases real assets for leasing as requested and specified by its customers. The bank (lessor) and the client (lessee) will mutually agree on the leasing period, rent, and terms of payment. Maintenance and insurance of the leased asset are the bank's responsibility, whereas the lessee has to bear the running costs as well as any repair costs in the case of misuse.

In conclusion of this first chapter we may retain that Sukuk is a document or certificate, which evidences the undivided prorate ownership of underlying assets, Sukuk are distinguished from the conventional bonds instruments Abdullah (2005) and Mohd Daud (2008) as they represent the undivided shares in ownership of assets, usufruct, projects and services. Sukuk also demonstrates the partnership relationship between the issuer and the investor. On the other hand bond is debt obligation, which can be either secured against certain underlying assets or unsecured in the form of promise to pay.

Sukuk, nowadays, became an essential form of financial mobility between the surplus funds units (SFUs) and the deficit funds units (DFUs). Sukuk enhance the stability of financial institution and it's a direct intermediation route of financing productive investment by mobilizing funds from the SFUs to the DFUs. As a result, individuals, companies, multinational organizations, and others have access to a larger pool of investible funds rather than internally generated.

But, are the Sukuk far from being exposed to risk and what could be those risks? And does Islamic finance provides instruments that never collapse under crisis?

The second chapter will answer the question by analyzing the case of Sukuk Nakheel.

The risks doesn't change from Islamic bonds and conventional bonds, those risks are, the market risks, the credit and counterparty risks, Shariah compliance risks and operational risks.

The market risk is defined as the risk on instruments traded in well defined markets (Hefferman, 2003). It is composed of interest risk, foreign exchange risks, equity price risks and commodity risks.

Sukuk certificates are exposed indirectly to interest rate fluctuations through the widespread benchmarking with LIBOR in their financing operations.

The credit and counterparty risk is the probability that an asset or loan becomes irrecoverable due to a default or delay in settlements.

Shariah compliance risk, can be defined as the loss of asset value as a result of the issuers breach of its fiduciary responsibilities with respect to compliance with Shariah.

The operational risk is originated by the Coupon Payment Risk, Asset Redemption Risk, SPV Specific Risks, Risks Related to the Asset, and default risk.

The default risk occurs when the borrower fails to make interest or principal payments when they are due.(N.B.Zakaria, M.A.M Isa, R.A.Z. Abidin, 2012)

As conventional bonds, Sukuk may also promote default risk. Sukuk however, are claiming to be safer than conventional bonds as they theoretically transfer ownership of the underlying assets to the holders, who in turn will earn a return on holding that asset (Othman and Kamarudzaman, 2012).

Even if the issuer defaults or goes bankrupt, investors should be in a good position to recover much of their contributions.

Sukuk Nakheel were originated by Nakheel Holdings 1 LLC, one of three Nakheel World LLC subsidiaries (along with Nakheel Holdings 2 LLC and Nakheel Holding 3 LLC, these three companies together acting as co-guarantor of the *Sukuk*) which are 100% owned by Dubai World, a 100% stated-owned company under the Government of Dubai. All three Nakheel Holdings companies had a subsidiary,

Nakheel PJSC, which was operating in the [real estate](#) sector in Dubai. Below is the company ownership structure and the interlinking, to give a better background of the case.

352

According to Shariah, Sukuk must be tied to actual asset (Michael Busler, 2001), Sukuk Nakheel was set up as an ijara Sukuk, in those Sukuk, the underlying assets are sold to the SPV (Special purpose vehicule) which issued Sukuk, who then rents the asset back to the company. The company rent to the Sukuk holder (Michael Busler, 2001).

ijarah Sukuk of Sukuk Nakheel are based on two properties (and any buildings on the land), DWF South and Crescent Lands, both in the Dubai Waterfront development. This parcel of properties was initially valued at US\$4.22 billion, based on the developments that were to be constructed on it. The *Sukuk* was issued by SPV, Nakheel Development Limited (Nakheel SPV), a newly incorporated free-zone company with [limited liability](#) in the Jebel Ali Free Zone. Nakheel SPV acted as agent and trustee for and on behalf of the *Sukuk*-holders, in accordance with an agency declaration and a declaration of trust.³⁵³

In other words, Sukuk Nakheel states that the issuer will buy back the underlying asset at full price at maturity. This is why Dubai was forced to have a standstill they were unable to pay the Nakheel development limited Sukuk at the time of maturity.

The debacle started with the booming real estate industry of Dubai going bust around the middle of 2008. Exuberance in a promising market had created excess supply. Property prices crashed - the average fall being around 40% of their value in 2009 alone. Sales were slowing, profit margins were vanishing. The abrupt declaration on November 26 by Dubai government asking the creditors to reschedule repayment put the financial world in panic. Shares went tumbling across the world (Zubair Hassan, 2010).

The government announcement of its intention to enforce payment rescheduling immediately led both Moody's and Standard services to heavily downgrade the Islamic Sukuk along with bonds of various government related entities in Dubai (Zubair Hassan, 2009).

³⁵² <http://www.qfinance.com/regulation-best-practice/bankruptcy-resolution-and-investor-protection-in-sukuk-markets?page=3>

³⁵³ <http://www.qfinance.com/regulation-best-practice/bankruptcy-resolution-and-investor-protection-in-sukuk-markets?page=3>

The issues over Nakheel *Sukuk* comprise two sources—the *Sukuk* structure and the legal concern. The *Sukuk* in itself is a complicated financial product, and the laws of Dubai do not provide a clear precedent as to how investors in the *Sukuk* will be treated and what recourse is provided. The *Sukuk* was structured under a sale and leaseback transaction, which from an Islamic perspective is referred to as an *ijarah* structure. The sale and leaseback structure in *ijarah Sukuk* does not provide for a real transfer of assets from the originator to a SPV; it merely provides a leasehold interest over the tangible underlying asset for a period of, in this case, 50 years. The issue is that leasehold right is not seen as a real right or property right under UAE law as applicable in Dubai, which limits investors' claims and law enforcement.³⁵⁴

In April 2009, meanwhile, Sukuk.me a global provider of Sukuk information reported:

April 2009 Up to US\$15 billion (Dh55.09bn) of Sukuk, or Islamic bonds, have been shelved since the onset of the financial crisis because the specialised debt instruments became indistinguishable from conventional bonds, an Islamic banking expert says. New issuance of Sukuk had completely dried up because Islamic banks were structuring them incorrectly **from** the start, said Sohail Zubairi, the chief executive of the Dubai Islamic Bank unit Dar al-Sharia, which advises on how to structure Islamic financial products. “We lost at least \$10bn to \$15bn since the onset of the crisis – I’m talking about the second half of 2008,” Mr Zubairi told Reuters.

³⁵⁴ <http://www.qfinance.com/contentFiles/QF01/goh68a9w/1e/0/bankruptcy-resolution-and-investor-protection-in-sukuk-markets.pdf>

Conclusion

Islamic finance won praise from all over the experts, for being resilient and stable during the crisis, thanks to the rules derived from Shariah, those rules are the prohibition of Riba, avoiding maysir and gharar and the most important the profit and loss sharing.

The collapse of Sukuk Nakheel is one of most importante cases, that shows that Islamic finance can't be sheltered from finance crisis.

The risks to which the Islamic finance instruments are exposed are the same as the conventional financing. That's why, a need of innovation in those instrument is primary., in order to have Shariah compliant instruments rather than veiled product with the label halal. As the Middle East North Africa Financial Network (MENAFN) reported in April 2008:

The global Islamic capital market, of which the Sukuk sector is the most important, is still reverberating from the recommendations of the Shariah Committee of the Bahrain-based Accounting and Auditing Organization for Islamic Institutions (AAOIFI) relating to current Sukuk structures and their issuance. **One scholar reportedly said that 80 percent of current Sukuk structures are not Islamic, a statement which has unfortunately made the headlines the world over.**

The developments stem from a meeting of the Shariah Committee of AAOIFI held in Bahrain in February 2008 which issued new recommendations regarding Sukuk structures and issuance especially relating to the ownership of underlying assets in a Sukuk transaction and the guarantee of the principle investment to Sukuk certificate holders. The immediate reaction of some bankers has been that the recommendations may put a dampener on the issuance of future Sukuk because of these extra 'constraints' and thus affect their future tradability.³⁵⁵

³⁵⁵ <http://ftalphaville.ft.com/2009/11/30/85956/the-issue-of-shariah-compliance-and-the-nakheel-sukuk/>