

Sociétés régionales multi-services : Les enjeux juridiques de la réforme



BENTAIBI WACEF

Associé chez Gide Loyrette Nouel

Projets Finance & Infrastructures



BENOIT PAPE

Collaborateur chez Gide Loyrette
Nouel

Projets Finance & Infrastructures

La réforme du système actuel de gestion des services de distribution d'électricité, d'eau potable et de l'assainissement liquide a été officiellement lancée le 29 juillet 2021 par la signature d'un mémorandum d'entente relatif à la création des sociétés régionales multiservices de distribution d'électricité, d'eau potable et d'assainissement liquide¹, entre d'une part l'Etat Marocain, représenté par le Ministre de l'Intérieur, le Ministre de l'Economie, des Finances et de la Réforme de l'Administration et le Ministre de l'Energie des Mines et de l'Environnement, et d'autre part l'Office National de l'Electricité et l'Eau Potable (ONEE).

L'objectif de la réforme est (i) de remédier aux difficultés découlant de la pluralité des acteurs impliqués dans la gestion de certains services publics communaux (communes, ONEE, régies, délégataires, associations), (ii) d'améliorer la qualité des infrastructures et du service rendu aux usagers en permettant l'optimisation des investissements et des ressources et, (iii) d'assurer une couverture équitable du territoire national, notamment dans le monde rural.

A cet effet, le Gouvernement envisage de créer des sociétés régionales multiservices (« SRM ») qui seraient, à terme, les seuls opérateurs en charge de la gestion des services publics de distribution d'électricité, d'eau potable et de l'assainissement liquide (les « Services Publics de Distribution ») au niveau de chaque région du Royaume (la « Réforme »).

Cette Réforme s'inscrit dans le cadre de la régionalisation avancée consacrée à l'article premier de la Constitution, en conformité avec la réforme des établissements et entreprises publics portée par la loi cadre n° 50-21, promulguée par le Dahir n° 1-21-89 du 26 juillet 2021 (la « Loi 50-21 »), dans laquelle figure l'objectif de redimensionnement du secteur public et de rationalisation des dépenses² et suit par ailleurs les recommandations de la Cour des Comptes dans son rapport sur la gestion déléguée des services publics locaux³.

La Réforme reposerait principalement sur l'édiction d'une loi

portant création des SRM, la mise à la disposition des SRM des actifs et ressources aujourd'hui affectés aux Services Publics de Distribution dans chaque région, la dissolution progressive des régies communales et la réorganisation de l'ONEE à l'issue de son désengagement des Services Publics de Distribution en vue de leur reprise par les SRM.

Les développements qui suivent envisagent de façon non exhaustive les principales problématiques juridiques qui devront être évaluées par les autorités et le législateur afin de mener à bien la Réforme à l'horizon 2023.

1. Informations préalables sur l'organisation actuelle des services publics de distribution

En vertu de l'article 83 de la loi organique n° 113-14 relative aux communes promulguée par Dahir n° 1-15-85 du 7 juillet 2015 (la « Loi 113-14 »), la commune « crée et gère les services et équipements publics nécessaires à l'offre des services de proximité dans les domaines suivants : → la distribution de l'eau potable et de l'électricité ; (...) → l'assainissement liquide et solide et les stations de traitement des eaux usées ».

La création et la gestion des Services Publics de Distribution constitue une compétence propre des communes qui s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre du principe de subsidiarité consacré à l'article 140 de la Constitution et

¹ « Nous comprenons le mémorandum conclu le 29 juillet 2021 entre l'Etat et l'ONEE porte également sur l'harmonisation des périmètres de distribution au niveau de l'établissement de coopération intercommunale AL BAIDA. Ce volet de la réforme n'est toutefois pas envisagé dans le cadre de nos développements.

² Article 3 de la loi n° 50-21 relative à la réforme des établissements et entreprises publics.

³ Cour des comptes, La Gestion Déléguée des Services Publics Locaux, octobre 2014, paragraphe 284, p.87.

rappelé à l'article 4 de la Loi 113-14⁴.

En principe, il appartient donc exclusivement⁵ aux communes de créer et gérer les Services Publics de Distribution à l'intérieur de leurs ressorts territoriaux⁶ en ayant principalement recours aux modes d'organisation et de gestion suivants :

- la conclusion de conventions de gestion déléguée de services publics avec des personnes morales de droit privé (e.g. Rédal, Amendis, Lydec) ou public (e.g. l'ONEE) régies par la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics ;
- la mise en place de régies autonomes (e.g. RADEEMA, RADEEF, etc.) instituées en vertu des dispositions du décret n° 2-64-394 du 29 septembre 1964 relatif aux régies communales, dotées de la personnalité civile et de l'autonomie financière ; et
- la constitution de sociétés de développement local dans les conditions prévues par la Loi 113-14.

En complément de l'intervention des communes, l'ONEE a également été historiquement chargé du service public de distribution d'électricité dans les zones de distribution non servies par les gestionnaires délégués ou les régies communales⁷.

Cette multiplication des opérateurs est aujourd'hui remise en cause, notamment en raison de la disparité des intervenants, du chevauchement de certains périmètres de distribution et du manque de coordination entre les acteurs.

2. La mise en œuvre de la réforme implique l'intervention du législateur

Compte-tenu de l'objectif de création de sociétés dont l'objet serait d'assurer le Service Public de Distribution à l'échelle régionale, la création de sociétés de développement régional («SDR») aurait pu être envisagée.

Toutefois, la loi n° 111-14 relative aux régions promulguée

par Dahir n° 1-15-83 du 7 juillet 2015 (la « Loi 111-14») dispose que les SDR peuvent exercer des activités à caractère économique entrant dans le champ des compétences de la région ou pour la gestion d'un service public relevant de la région.

Or la gestion des Services Publics de Distribution relève de la compétence propre des communes et partant, la mise en place de SDR ayant pour objet principal l'exercice d'une compétence communale contreviendrait aux dispositions de la Loi 111-14.

S'agissant des sociétés de développement local («SDL») prévues par la Loi 113-14, elles désignent des sociétés commerciales qui peuvent exercer des activités à caractère économique relevant des compétences de la commune, des établissements de coopération intercommunale («ECI») et des groupements des collectivités territoriales («GCT»), à l'exception de la gestion du domaine privé de la commune⁸.

Néanmoins, le périmètre géographique d'intervention d'une SDL se limite au ressort territorial de la commune ayant décidé de sa création ou, le cas échéant, des communes s'étant préalablement regroupées au sein d'un ECI ou GCT pour ensuite constituer une SDL.

En l'état de la législation, la SDL n'est donc pas une forme juridique permettant de mettre en place rapidement des SRM dans la mesure où elle impliquerait au préalable que toutes les communes d'une même région se regroupent sous une forme d'intercommunalité (ECI ou GCT) pour ensuite créer une SDL ayant pour objet d'exercer les Services Publics de Distribution dans le ressort territorial des communes membres de l'intercommunalité ainsi constituée.

A cet égard, il y a également lieu de rappeler que la mise en place de l'intercommunalité et la création d'une SDL supposeraient l'accord préalable des organes délibérants de chaque commune concernée⁹.

Ces contraintes peuvent en partie expliquer la volonté du

l'un des enjeux principaux de la Réforme sera de faire des SRM un « concessionnaire obligé » des communes justifié par l'intérêt général

⁴ Sur le plan juridique, ce principe peut être compris comme une règle de répartition des compétences qui tend à confier au niveau le plus bas ce qui ne pourrait pas être mieux fait ou plus efficacement par le niveau immédiatement supérieur. Cette règle s'applique non seulement aux relations entre l'Etat central et le niveau immédiatement inférieur mais aussi aux relations entre le niveau régional et le ou les niveaux locaux et, en priorité, communal de manière à prévenir tout phénomène de centralisation infra-Etatique (Définition et limites du principe de subsidiarité, Rapport préparé pour le comité directeur des autorités locales et régionales, Communes et régions d'Europe, n°55, p.29).

⁵ Mohamed BRAHIMI, La commune marocaine : un siècle d'histoire, de la veille du protectorat à 2009, Tome II, in REMALD, série « thèmes actuels », n° 65 bis, 2010, p. 215.

⁶ L'article 84 de la Loi 113-14 offre toutefois aux communes la possibilité de transférer aux conseils préfectoraux ou provinciaux l'exercice de

certaines compétences à la demande des communes concernées, de l'Etat ou des conseils préfectoraux ou provinciaux à l'effet de mutualiser certains services.

⁷ Cette compétence repose sur les dispositions de l'article 3 du Dahir n° 1-63-226 du 5 août 1963 portant création de l'Office national de l'électricité. Il peut être relevé qu'il n'existe pas de dispositions équivalentes dans le Dahir 1-72-103 du 3 avril 1972 relatif à l'Office national de l'eau potable qui dispose en son article 2.3° que l'ONEE est chargé de « de la gestion des distributions d'eau potable dans les communes où ce service ne peut être assuré par les communes elles-mêmes, lorsque ladite gestion lui est confiée par délibération du conseil communal intéressé approuvée par l'autorité compétente ».

⁸ Article 131 de la Loi 113-14.

⁹ Article 92 de la Loi 113-14 et article 97 de la Loi 111-14.



Gouvernement de créer les SRM et d'en définir le régime à travers la promulgation d'une loi dédiée.

Cette loi permettrait ainsi de consacrer le principe de création des SRM et d'en fixer le régime¹⁰ étant cependant précisé que la Réforme devra impérativement s'inscrire en conformité avec les principes constitutionnels de subsidiarité et libre administration des collectivités territoriales.

3. La nécessaire prise en compte du principe de libre administration des collectivités territoriales

Le principe de libre administration est consacré dans la Constitution comme l'un des fondements de l'organisation régionale et territoriale du Royaume¹¹ et les lois organiques permettent d'en définir les contours en précisant que la gestion de ses affaires par une collectivité territoriale repose sur le principe de libre administration, en vertu duquel chaque collectivité territoriale dispose, dans la limite de ses compétences, du pouvoir de délibérer de manière démocratique et du pouvoir d'exécuter ses délibérations et ses décisions¹².

Comme le relève une doctrine, une analyse profonde révèle toutefois un principe d'une extrême complexité qui implique naturellement une multitude de principes à contenus très divergents¹³.

Dans ce sens, le principe de libre administration pourrait également recouvrir une dimension plus « fonctionnelle » en ce qu'il renverrait à la détermination des compétences réservées aux collectivités territoriales que les collectivités territoriales de niveau supérieur et l'état central ne pourraient prétendre exercer (i.e. les compétences propres).

Dans le prolongement de cette interprétation, il pourrait être défendu que l'attribution d'une compétence propre à

une collectivité territoriale a pour corollaire la liberté de fixer les conditions d'exercice de cette compétence et s'agissant de la gestion des Services Publics de Distribution, le libre choix de leur mode de gestion.

Dans ce sens, un auteur étranger précise que le principe constitutionnel de libre administration se compose « (...) d'une part de la libre disposition des ressources [de la collectivité territoriale] et d'autre part du libre choix du mode de gestion des services publics de la commune »¹⁴.

En l'espèce, la Réforme vise à confier aux SRM la gestion des Services Publics de Distribution qui relève des compétences de la commune et suivant la conception du principe de libre administration défendue ci-avant, la constitution des SRM serait une condition nécessaire mais pas suffisante pour leur confier obligatoirement la mission de gestion des Services Publics de Distribution dans la mesure où il revient in fine aux communes de fixer les conditions de gestion de ces services.

Dans ce contexte, il pourrait être envisagé de réviser la répartition des compétences entre les collectivités territoriales actuellement établies par les lois organiques pour organiser un transfert de ces compétences au profit des régions mais il ne semble pas que ce soit l'approche envisagée par les autorités.

Nous comprenons en effet que les autorités privilégient le recours à l'établissement d'un cadre contractuel entre les SRM et les communes compétentes mais pour assurer le caractère obligatoire du recours aux SRM, la loi portant création des SRM devra comprendre un principe de recours obligatoire aux SRM.

Compte-tenu de ce qui précède, l'un des enjeux principaux de la Réforme sera de faire des SRM un « concessionnaire obligé » des communes et de justifier ce choix en se

¹⁰ Nous comprenons toutefois des informations actuellement disponibles que les SRM prendront la forme de sociétés anonymes et seront donc régies par les dispositions de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes.

¹¹ Article 136 de la Constitution.

¹² Article 4 de la Loi 111-14, article 3 de la loi n° 112-14 relative aux

préfectures et provinces et Article 3 de la Loi 113-14.

¹³ Tarik ZAIR, *Le principe de libre administration des collectivités territoriales*, in REMALD, numéro 107, novembre-décembre 2012.

¹⁴ E. BORNER-KAYDEL, *Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, *Les Annales de droit [en ligne]*, 10 | 2016.

fondant notamment sur des motifs d'intérêt général ou la supériorité d'autres principes constitutionnels tels que le principe d'égal accès des citoyennes et citoyens aux services publics, de la couverture équitable du territoire national et de la continuité des prestations rendues consacré à l'article 154 de la Constitution).

A titre de précédent utile, la problématique du recours à un « concessionnaire obligé » a d'ailleurs été expressément soumise aux juridictions françaises dans le cadre de contentieux liés à certaines dispositions du Code de l'énergie et du Code Général des Collectivités Territoriales ayant conduit à priver les collectivités territoriales de la faculté de gérer directement le service de distribution d'énergie électrique dans certaines zones et les obligeant à conclure un contrat de concession avec une société commerciale désignée.

A cette occasion, le Conseil d'Etat a notamment relevé que « Si le législateur peut, (...) assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général. » et précise qu'en l'espèce, la « limitation de la libre administration des collectivités territoriales trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement gérés par les sociétés Enedis et EDF et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution »¹⁵.

4. Une réforme aux enjeux juridiques multiples

Outre la mise en place d'un « concessionnaire obligé » des communes, la Réforme soulève différentes problématiques juridiques qu'il conviendra d'aborder dans le cadre de la loi dédiée à la création des SRM.

4.1 Le transfert du personnel affecté aux Services Publics de Distribution devra respecter les droits acquis du personnel transféré

Dans le cadre de la Réforme, une attention particulière devra être accordée aux modalités de transfert du personnel intervenant actuellement dans la gestion des Services Publics de Distribution. La problématique du transfert

concernera en premier lieu le personnel des régies et de l'ONEE intervenant dans la gestion des Services Publics de Distribution.

Actuellement, les employés des régies autonomes de distribution et de l'ONEE Branche Eau et Electricité bénéficient de statuts particuliers¹⁶ et l'enjeu de la Réforme sera dès lors d'organiser un transfert de ce personnel vers les SRM sans remettre en cause leurs droits acquis et ce, conformément aux principes régissant la réforme des établissements et entreprises publics prévus par la Loi 50-21¹⁷.

A cet effet, il pourrait être envisagé d'organiser le transfert de ces employés par voie législative en s'inspirant des précédents existants au Maroc tels que celui relatif à la mise en œuvre du transfert d'une partie du personnel de l'ONEE à la société Moroccan Agency for Sustainable Energy (MASSEN) dans le cadre du transfert des « installations ENR » de l'ONEE.

Ainsi, une situation transitoire verrait cohabiter au sein d'une même structure des employés bénéficiant de statuts différents à savoir, le personnel transféré aux SRM et initialement rattaché aux régies ou à l'ONEE et le personnel recruté directement par les SRM suivant leur création.

Le cas échéant, des discussions devront être menées avec les organisations syndicales afin de définir un régime statutaire cible équilibré et éviter le maintien dans le temps de trop grandes disparités entre les différentes catégories d'employés.

Aux termes de cette période de transition dont la durée sera déterminée par la pyramide des âges consolidés des SRM, tous les employés des SRM devront bénéficier du même statut.

4.2 L'inventaire du patrimoine des gestionnaires actuels et la nécessaire définition préalable des modalités techniques, financières, juridiques et fiscales de la mise à disposition des actifs aux SRM

Afin de doter les SRM des moyens nécessaires à l'exercice de leurs activités, la Réforme devra prévoir la mise à disposition des SRM de l'ensemble des actifs et ressources affectés aux Services Publics de Distribution au niveau de chaque région.

Cette mise à disposition doit être appréhendée différemment

Il reviendra
aux communes
d'affecter par voie
contractuelle
les biens mobiliers
et immobiliers
nécessaires
aux activités
des SRM

¹⁵ CE, 28 sept. 2020, n° 440703, Baly : JurisData n° 2020-015825.

¹⁶ Les employés de l'ONEE Branche Eau sont rattachés au statut transitoire régissant le personnel ONEE Branche Eau et les employés des régies et de l'ONEE Branche Electricité bénéficient du statut du personnel des entreprises de production, de transport et de distribution d'électricité au Maroc approuvé le 8 avril 1948 par le Secrétariat Général du Gouvernement.

¹⁷ Le cas échéant, il pourra être utile de s'inspirer des dispositions de l'article 4 de la loi n° 38-16, promulguée par Dahir n°1-16-133 du

25 août 2016 qui organise le transfert d'une partie du personnel de l'ONEE vers MASSEN et prévoit à cet égard que « Le personnel transféré sera intégré au sein de la société MASSEN SA dans les mêmes conditions appliquées au personnel de cette dernière. Toutefois, la situation conférée au personnel visé ci-dessus, ne saurait en aucun être moins favorable que celle dont jouissent les intéressés, au sein de l'ONEE, à la date du transfert, notamment en ce qui concerne les salaires, les indemnités et primes relatives à la situation statutaire, la couverture médicale et le régime des prévoyances sociales.

selon le mode de gestion des Services Publics de Distribution actuellement choisi par les communes concernées.

Le sort des actifs dont disposent les gestionnaires délégués est encadré par voie contractuelle et prévoit usuellement que les « biens de retour » reviennent obligatoirement à la commune à la fin de la gestion déléguée. Selon l'article 16 de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics, ces biens de retour désignent notamment les terrains, bâtiments, ouvrages, installations, matériels et objets mobiliers mis à la disposition du délégataire par le délégant ou acquis par le délégataire dans les conditions fixées dans le contrat de gestion déléguée.

Dans le même sens, les biens dont disposent les régies seront récupérés par les communes à l'issue de la dissolution des dites régies.

Il reviendra ainsi le plus souvent aux communes d'affecter par voie contractuelle les biens mobiliers et immobiliers nécessaires aux activités des SRM.

Toutefois, des Services Publics de Distribution sont actuellement assurés par l'ONEE pour lesquels l'ONEE est propriétaire de certains biens. Il sera donc impératif de circonscrire très précisément les biens relevant du domaine propre de l'ONEE, de ceux relevant du domaine public de l'Etat et des collectivités territoriales dont l'ONEE serait uniquement affectataire et non pas propriétaire. Cet exercice devra être réalisé par les comités mis en place par l'ONEE et le Gouvernement afin d'identifier très précisément les actifs qui seront mis à la disposition des SRM (inventaire physique) et en tirer toutes les conséquences sur le plan financier, juridique et fiscal.

La question de la compensation et/ou du soutien financier à apporter à l'ONEE en contrepartie de la mise à disposition de ses actifs aux SRM devra ainsi être tranchée par le législateur.

4.3 Les régies devront être dissoutes

La suppression des régies communales en charge des Services Publics de Distribution est également une des conditions sine qua non de la Réforme. En effet, si les régies communales subsistent, les communes poursuivront leurs relations contractuelles avec elles pour la gestion du Service Public de Distribution concerné.

Ces régies autonomes sont au nombre de douze sur le territoire marocain et prennent la forme d'établissements publics communaux dotés de la personnalité civile et de l'autonomie financière, créés par une délibération de la commune conformément aux conditions édictées par le décret n° 2-64-394 du 29 septembre 1964 relatif aux régies communales, dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière.

L'article 2 de ce décret nous renseigne sur la façon de mettre fin à un tel établissement public en disposant que :

« La délibération d'un conseil communal [...] y mettant fin, est approuvée expressément par arrêté du ministre de l'Intérieur pris après avis conforme du ministre chargé des Finances et du ministre des Travaux publics ou du ministre compétent. »

Ainsi, la dissolution d'une régie communale requiert une délibération du conseil communal prise après avis ministériels et l'approbation de cette dissolution par arrêté ministériel.

Dans ces conditions, une telle disposition pourrait créer une contrainte en cas de refus de certaines communes à délibérer en ce sens ou, tout au moins, générer des délais préjudiciables à la mise en œuvre de la Réforme.

La Réforme devra donc envisager avec attention les moyens juridiques permettant de « contraindre » les communes à mettre fin aux régies autonomes constituées pour la gestion de certains Services Publics de Distribution.

De nouveau, l'introduction d'une telle obligation dans un instrument législatif pourrait se heurter au principe de libre administration des collectivités territoriales sauf à démontrer les raisons d'intérêt général justifiant cette décision ou la supériorité d'un autre principe constitutionnel.

Compte-tenu de ce qui précède, la loi qui permettra le déploiement des SRM au niveau de chaque région devra tenir compte des contraintes et enjeux décrits ci-avant. La Réforme envisagée devra notamment s'inscrire en conformité avec le principe de libre administration des collectivités territoriales tout en établissant un cadre imposant le recours aux SRM. A cet égard, le législateur devra veiller à motiver juridiquement la démarche privilégiée afin de ne

pas contrevenir aux principes constitutionnels relatifs à l'organisation territoriale du Royaume et la répartition des compétences entre collectivités territoriales.

Outre le traitement de cette problématique juridique principale, des solutions appropriées devront être identifiées par le législateur afin d'organiser le transfert du personnel et des actifs des gestionnaires actuels en faveur des SRM, le tout en identifiant les mécanismes de nature à préserver les avantages acquis du personnel transféré et l'équilibre financier des gestionnaires actuels. La Réforme devra enfin tirer les conséquences des prérogatives attribuées aux SRM en redéfinissant le rôle et les missions de l'ONEE et en encadrant le processus de dissolution progressive des régies existantes.

Cette Réforme s'inscrit dans le cadre de la régionalisation avancée consacrée à l'article 1er de la Constitution, en conformité avec la réforme des établissements publics

LA LETTRE D'ARTÉMIS

N° 20 - 3^{EME} Trimestre 2021

BULLETIN TRIMESTRIEL D'INFORMATION JURIDIQUE ET FISCALE

www.artemis.ma



1. Fiscal et comptable

FISCALITÉ LOCALE :

Enjeux de la réforme
et principaux amendements

LA NOTATION INTERNE :

Un outil incontournable pour
la gestion du risque de crédit

2. Juridique

SOCIÉTÉS RÉGIONALES MULTI-SERVICES :

Les enjeux juridiques de la réforme

PANORAMA DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ AU MAROC :

Bilan d'étape et perspectives d'évolution

MODALITÉS D'AUGMENTATION DU CAPITAL :

Cas des sociétés anonymes et des SARL

**OMPIC : Propriété industrielle
et commerciale, gage
de performance et vecteur
de développement du Maroc**

M. ABDELAZIZ BABQIQI

Directeur Général de l'Office Marocain de la Propriété Industrielle et Commerciale (OMPIC)