



## **Partenariats public-privé au Maroc : soubassement juridique d'un mode de gouvernance alternatif**

Zineb Sitri

E & E, n° 26

Les Études et Essais du Centre Jacques Berque  
N° 26 – Février 2015  
(Rabat – Maroc)

[www.cjb.ma](http://www.cjb.ma)

# Sommaire

Résumé .....	3
Introduction .....	4
I. Le cadre juridique des partenariats public-privé au Maroc .....	5
1. L'encadrement juridique des partenariats contractuels .....	5
1.1. Des contrats classiques : les contrats de gestion déléguée .....	6
1.2. Des contrats nouveaux : les contrats de partenariat public-privé .....	10
2. L'encadrement juridique des partenariats institutionnels .....	14
2.1. Des structures classiques : les sociétés d'économie mixte .....	14
2.2. Des structures nouvelles : les sociétés de développement local .....	17
II. Les limites de l'encadrement juridique des partenariats public-privé au Maroc .....	18
1. Les risques juridiques des partenariats public-privé .....	18
2. A la recherche d'une efficacité juridique des partenariats public-privé .....	21
Conclusion .....	23
Bibliographie .....	24

# **Partenariats public-privé au Maroc : soubassement juridique d'un mode de gouvernance alternatif**

Zineb Sitri

## **Résumé**

Les partenariats public-privé ont été expérimentés aussi bien dans les pays développés que dans les pays émergents selon des modalités et des montages diversifiés. Inhérente au paradigme de la bonne gouvernance en tant que processus interactif d'échange entre acteurs, cette démarche s'est développée empiriquement et progressivement sur un même leitmotiv : une meilleure gestion du service public que seule la collaboration entre secteur public et secteur privé peut assurer. Concrètement, il existe plusieurs formules de partenariat à caractère contractuel et institutionnel, et leur encadrement juridique a le mérite de définir le cadre d'intervention des parties prenantes et de sécuriser leurs relations contractuelles. L'expérience marocaine n'échappe pas à cette tendance. Le processus a commencé par l'adoption de la loi relative à la gestion déléguée des services publics, et il se poursuivra avec l'introduction dans le droit positif marocain des nouveaux contrats de partenariat public-privé. La démarche partenariale sera ainsi remise à l'honneur à travers l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique à laquelle on s'apprête à conférer une base juridique spécifique. Toutefois, les partenariats public-privé ne s'opèrent pas sans risques, et l'utilité de l'ingénierie juridique est d'identifier les ambiguïtés et les incidences de telles pratiques et de proposer des mesures pour renforcer les montages expérimentés par les partenaires.

**Mots-clés** : partenariat public-privé, encadrement juridique, partenariat contractuel, partenariat institutionnel, limite, efficacité juridique.

# Partenariats public-privé : soubassement juridique d'un mode de gouvernance alternatif

Zineb Sitri

Docteur en droit public, enseignante-chercheur  
Institut national d'aménagement et d'urbanisme  
Chercheur associée au Centre Jacques Berque  
[sitrizineb@yahoo.fr](mailto:sitrizineb@yahoo.fr)

## Introduction

D'aucuns reconnaissent au partenariat un caractère à la fois ancien et contemporain. En effet, puisant ses origines dans l'économie de marché, le mot « apparaît en même temps que « actionnariat », « entreprenariat » etc. avec qui il a en commun le suffixe « iat » qui marque l'appartenance au champ de l'action. La notion est, elle, plus ancienne mais s'exprimait auparavant plutôt par les mots de collaboration ou de partenaire<sup>1</sup>. »

Mais au-delà de sa dimension étymologique, il existe plusieurs définitions (*stricto sensu*, *lato sensu*) du partenariat en raison de la diversité des situations juridiques qu'il traduit et de l'interdépendance des acteurs (publics et privés) qu'il met en présence.

Cependant, on peut classer les partenariats selon leur dimension contractuelle (vente d'actifs, privatisation, achat de travaux, fournitures ou services dans le cadre de marchés publics, gestion déléguée, contrat de partenariat public-privé), institutionnelle (actionnariat public-privé au capital d'une entreprise) ou participative (apport de capitaux publics, subventions, co-investissements).

Dans ce sens, le partenariat public-privé peut être défini comme « toute forme d'association du secteur public et du secteur privé destinée à mettre en œuvre tout ou partie d'un service

public<sup>2</sup> », ou en tant qu'expression couvrant « plusieurs structures de commande publique et de fourniture de services<sup>3</sup> ».

Au niveau du partenariat contractuel, il semble que ce sont moins les concessions que les contrats de partenariat public-privé qui ont suscité le plus d'intérêt en raison de leur originalité et du contexte de leur émergence. Les difficultés budgétaires qui ont sévi dans les pays développés depuis les années 70, conjuguées aux limites de la gestion publique centrée sur la consommation des ressources et en quête d'une nouvelle légitimité, ont milité en faveur d'un « nouveau management public ».

La gestion axée sur les résultats est devenue ainsi le leitmotiv du nouveau discours politique et technocratique, et les défenseurs de la bonne gouvernance évoquent la transparence et la responsabilité comme vertus inspiratrices de ce modèle d'action publique désormais partenarial.

En ayant recours aux différents modes de partenariat, l'avantage principal recherché par les acteurs publics est celui de la rationalisation financière et l'efficacité de la gestion. Il s'agit aussi pour ces acteurs de bénéficier de l'expertise et du savoir-faire de l'entreprise, notamment dans les services collectifs dont la qualité des prestations est directement jugée par les citoyens. En effet,

---

<sup>1</sup> Diagnostic stratégique du partenariat institutionnel pour l'école marocaine, étude réalisée par le cabinet d'études Capital Consulting, sous la supervision du Conseil supérieur de l'enseignement, dans le cadre des travaux de préparation du projet d'avis du Conseil sur « Le partenariat institutionnel pour l'école marocaine », p. 7.

---

<sup>2</sup> F. Marty, A. Voisin et S. Trosa, *Les Partenariats public-privé*, Paris, édition la Découverte, 2006, p. 5.

<sup>3</sup> Banque européenne d'investissement, *Étude sur les cadres juridique et financier des PPP dans les pays partenaires méditerranéens*, vol. 1, Une approche régionale, mars 2011, p. 13.

« faire appel à des opérateurs dont c'est le métier et qui bénéficient d'une expérience industrielle à grande échelle dans les domaines concernés est probablement un moyen d'atteindre une plus grande efficacité<sup>4</sup> ».

Pour preuve, des études ont montré, chiffres à l'appui, le développement considérable des partenariats public-privé dans le monde. D'après les statistiques de la Banque mondiale, 2 500 projets d'infrastructure en PPP ont été lancés dans les pays en développement entre 1990 et 2001, pour un montant de 750 milliards de dollars. Dans les pays industrialisés, le seul gouvernement du Royaume-Uni a signé 665 contrats de PPP entre 1987 et avril 2005, suscitant un investissement privé de 62 milliards d'euros<sup>5</sup>.

Les domaines investis reflètent également ce succès (infrastructures de transport, de santé, d'enseignement, de services publics locaux et parfois même partiellement d'activités de défense et d'établissements pénitentiaires, etc.) que l'on impute « à la fois à la réduction des investissements publics consécutive aux restrictions budgétaires et à une approche renouvelée de la gestion publique, cherchant à bénéficier des capacités de financement et d'innovation du secteur privé<sup>6</sup> ».

Cette expansion n'a pas profité qu'aux pays développés, des expériences ont été réalisées dans les pays en développement, et les secteurs investis concernent des domaines d'activité relativement diversifiés (télécommunication, traitement des eaux et d'électricité...).

Par ailleurs, le développement de ces partenariats public-privé ne s'est pas accompagné systématiquement d'une juridicisation spécifique, en ce sens où la pratique l'emportait sur tout encadrement juridique. L'expérience marocaine en témoigne puisque le partenariat public-privé a été expérimenté depuis longtemps à travers des formes contractuelles comme les concessions en

dehors de tout cadre normatif avant que des textes de loi ne consacrent cette orientation.

Le législateur a en effet innové en la matière en habilitant, dans le cadre de la charte communale de 2002, les communes de manière explicite à engager toute action de partenariat avec l'administration et les acteurs économiques et sociaux privés et en adoptant en 2005 une loi sur la gestion déléguée des services publics locaux.

Toutefois, même si ce cadre juridique confère une légitimité relativement suffisante aux différents modèles de PPP qu'il régit, les pouvoirs publics s'apprêtent à se doter d'une nouvelle législation spécifique mieux adaptée aux nouveaux contrats de partenariat public-privé considérés comme des modèles contractuels hybrides étant donné la présence de caractéristiques propres aux marchés publics et au modèle concessif.

Désormais encadrés par le droit après avoir constitué une simple émanation de la pratique contractuelle, les partenariats public-privé sont mis en œuvre au Maroc à travers des procédés contractuels ou dans le cadre de véhicules institutionnels (I). Toutefois, l'encadrement juridique des partenariats ne constitue pas une finalité en soi puisque leur développement n'est pas sans susciter des inquiétudes, notamment en termes d'incidence sur l'intérêt général, alimentant ainsi le débat sur les perspectives de leur amélioration (II).

## I. Le cadre juridique des partenariats public-privé au Maroc

L'encadrement juridique des partenariats public-privé au Maroc a permis de consacrer l'existence juridique de partenariats à dimension contractuelle (1) et institutionnelle (2).

### 1. L'encadrement juridique des partenariats contractuels

Les partenariats public-privé à dimension contractuelle tels que régis par le droit positif marocain ou en cours de juridicisation concernent les contrats de gestion déléguée (1.1.) et les contrats de partenariats public-privé proprement dits (1.2.). Les marchés publics constituent eux aussi des traductions juridiques de ce partenariat

<sup>4</sup> A. Perrot, « Les effets des modes de gestion des services publics locaux », dans *Villes et économie*, Institut des villes, Paris, La documentation française, 2004, p. 239-258, p. 245, collection Villes et société.

<sup>5</sup> F. Marty, A. Voisin et S. Trosa, *Les Partenariats public-privé*, Paris, édition la Découverte, 2006, p. 3.

<sup>6</sup> *Ibid.*

public-privé contractuel mais n'entrent pas dans le champ du présent article.

### 1.1. Des contrats classiques : les contrats de gestion déléguée

Les services publics peuvent être gérés différemment selon le choix fait par la collectivité. Ce choix repose sur plusieurs critères, essentiellement d'ordre technique et financier, et consiste en une gestion directe ou une gestion déléguée. Avant de nous consacrer aux différentes variantes de la gestion déléguée, il nous revient ici de rappeler brièvement le contenu du mode de gestion directe. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une gestion directe (ou régie simple) par laquelle la collectivité assure elle-même les fonctions de production ou de distribution<sup>7</sup> avec ses propres biens et son propre personnel.

La régie autonome s'inscrit dans ce cadre et se déploie à travers un établissement public (dont la création et le fonctionnement sont réglementés par un décret du 24 septembre 1964) créé à l'initiative et pour le compte d'une seule collectivité locale ou en association avec d'autres collectivités locales pour la gestion ou l'exploitation d'un service public intercommunal<sup>8</sup>.

Dans le cadre de l'intercommunalité, la charte communale prévoit que des groupements de communes ou de collectivités locales puissent être créés pour la réalisation d'une œuvre commune ou pour la gestion d'un service d'intérêt général du groupement<sup>9</sup>. La charte introduit également la possibilité de groupements d'agglomérations (groupements de communes) créés à l'initiative de communes avoisinantes, situées dans un espace territorial continu dont la population est supérieure à 200 000 habitants, pouvant également comprendre une ou plusieurs communes

<sup>7</sup> A. Perrot, *op. cit.*, p. 239 et 244.

<sup>8</sup> Guide pour la coopération et le partenariat des collectivités locales, Cadre général de la gestion de la coopération et du partenariat, décembre 2009, p. 12.

<sup>9</sup> Article 79 du dahir n° 1-08-153 du 18 février 2009 portant promulgation de la loi n° 17-08 modifiant et complétant la loi n° 78-00 portant charte communale (B.O. n° 5714 du 5 mars 2009).

rurales dans le but de s'associer pour la réalisation et la gestion de services d'intérêt commun.

Erigé en établissement public doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière<sup>10</sup>, le groupement peut exercer plusieurs missions en matière notamment de transport urbain, traitement des déchets, assainissement liquide et solide et stations de traitement des eaux usées, eau potable et électricité. Il peut également être chargé en partie ou en totalité des activités d'intérêt commun relatives à la création et la gestion des équipements et des services, à la création et la gestion des équipements sportifs, culturels et de loisirs, à la création, l'aménagement et l'entretien du réseau routier, à la création et la gestion de zones d'activités économiques et industrielles et aux opérations d'aménagement<sup>11</sup>.

Une étude élaborée antérieurement à la charte de 2009 montre que ce mode de coopération offre plusieurs avantages pour le développement économique et social des collectivités locales constituantes, il constitue le substratum principal de l'intercommunalité et suppose pour les communes de combler leur déficit en matière d'infrastructures de base, investir dans des projets qui mobilisent des moyens financiers importants et qui exigent une haute technicité et un encadrement adéquat, se constituer en interlocuteur unique à l'égard des autres partenaires et faire face aux imperfections des révisions territoriales successives<sup>12</sup>.

La collectivité peut également recourir au régime de délégation des services publics. Ce régime, dont la paternité est revendiquée par le droit administratif français, recouvre un certain nombre de procédés contractuels et de situations juridiques alternatives variant entre délégation

<sup>10</sup> La législation et la réglementation relatives à la tutelle des communes lui sont applicables ; de même que les règles financières et comptables des collectivités locales s'appliquent au budget et à la comptabilité du groupement. Article 83-1 de la charte communale.

<sup>11</sup> Article 83-4 de la charte communale.

<sup>12</sup> DGCL-DAJÉDC, Rapport sur l'intercommunalité, 2006, 36 pages, p. 16 à 22, cité par le Guide pour la coopération et le partenariat des collectivités locales, *op. cit.*, p. 14. A noter que selon la même source, le nombre de ces groupements est passé de 2 en 1980 à 124 en 2006 dont 13 ont été dissous.

totale et délégation partielle. On y retrouve notamment la concession et ses dérivées, à savoir la régie intéressée, la gérance et l'affermage.

La régie intéressée permet à une personne (le régisseur) de gérer un service public pour le compte de la collectivité en contrepartie d'une rétribution variable, ce qui explique que le régisseur ne subit pas les risques et charges de l'exploitation du service. En effet, il s'agit d'« un contrat par lequel la collectivité confie l'exploitation d'un service public à une personne qui en assure la gestion pour le compte de la collectivité, moyennant une rémunération calculée sur le chiffre d'affaires réalisé et fréquemment complétée par une prime de productivité et, éventuellement, par une fraction du bénéfice<sup>13</sup> ».

Cette définition nous renseigne sur la mission de direction (de l'exploitation) assumée par la collectivité, bien qu'il existe parfois une certaine autonomie de gestion. La collectivité assure elle-même l'établissement du service, les investissements nécessaires ainsi que la responsabilité de gestion.

Autre élément spécifique, ce procédé comporte un minimum de garantie ou prime fixe et une prime variable calculée en fonction du résultat d'exploitation. A cette prime peut s'ajouter éventuellement une fraction des bénéfices réalisés, étant observé que l'élément variable de la rémunération ne peut pas dépasser le maximum prévu par le contrat<sup>14</sup>.

La gérance consiste en un « contrat par lequel une collectivité publique confie la gestion d'un service public à une personne, en continuant à en assumer les risques et périls, moyennant une rémunération forfaitaire versée au gérant et imputée sur les comptes du service public<sup>15</sup> ».

L'un des traits distinctifs de ce procédé contractuel est la prise des responsabilités et des risques (liés aux investissements de premier établissement et à la fixation des tarifs) ainsi que la conservation des profits par la collectivité

publique au nom de laquelle et pour le compte de laquelle le gérant agit en simple mandataire.

La rémunération est en principe fixe, mais il peut être pris en compte la qualité de la gestion sous forme de prime variable s'ajoutant au salaire de gestion. Le gérant perçoit une redevance sur les usagers mais pour le compte de la collectivité et la lui verse. Le gérant a l'obligation de verser le montant de l'excédent d'exploitation à la collectivité publique. La rémunération du gérant n'est pas fixée en fonction des résultats de la gestion<sup>16</sup>.

Autre procédé contractuel spécifique combinant des traits propres à d'autres contrats voisins, l'affermage est « un mode contractuel de gestion qui a pour objet de confier à une personne l'exploitation sous sa responsabilité d'un service public, à l'exclusion de tout autre prestation<sup>17</sup> ». En effet, il s'agit d'une délégation en principe de courte durée (sept à douze ans) et à caractère partiel puisque ne concernant que le service, la réalisation des infrastructures nécessaires à l'exploitation restant à la charge de la collectivité délégante qui en demeure propriétaire et gestionnaire, la gestion du service restant de la responsabilité du fermier (à ses risques et périls) et la rémunération de ce dernier fermier étant basée sur les redevances perçues sur les usagers.

Toutefois, « le fermier ne conserve pas la totalité des sommes perçues sur les usagers du service, il verse à la collectivité affermante une redevance appelée « surtaxe », destinée à couvrir les dépenses engagées par cette collectivité pour l'établissement et l'extension de l'ouvrage affermé. C'est en fait la contrepartie de la mise à disposition d'ouvrages qu'il n'a pas financés. Une redevance peut également être versée à la collectivité concédante pour l'occupation du domaine public<sup>18</sup> ».

Quant à la concession de service public, elle est de loin la plus utilisée pour déléguer un service public industriel et commercial. Ce mode classique de délégation des services publics est

<sup>13</sup> M. Benahmed, A. Zahidi, *La Gestion déléguée au service de l'usager*, édition Dar Al Qalam, 2007, p. 49.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>17</sup> O. Raymundie, « La gestion déléguée des services publics en Europe, le cas de la distribution de l'eau potable : un modèle exportable », dans RFC 300, mai 1998, cité par Benahmed M., Zahidi A., *op. cit.*, p. 47.

<sup>18</sup> M. Benahmed, A. Zahidi, *op. cit.*, p. 48.

formalisé par « un contrat par lequel une collectivité publique confie à une personne (le plus souvent privée) la responsabilité de la gestion d'un ouvrage public et/ou d'un service public à ses frais et risques et périls, avec en contrepartie le droit de percevoir des redevances sur les usagers du service public ou de l'ouvrage public<sup>19</sup> ».

En vertu dudit contrat visant le plus souvent la construction d'un ouvrage et l'exploitation d'un service public et en confiant au délégataire la totalité des tâches relatives à l'activité, l'autorité concédante lui confère la responsabilité juridique et financière de gérer le service public en son nom propre et pour son propre compte et non pas en qualité de mandataire ou de gérant. En effet, et pendant la durée de du contrat, le concessionnaire assume toutes les charges du service (investissement, maintenance), supporte les aléas de son exploitation, conserve les bénéfices résultant de sa gestion, et, afin de lui permettre d'amortir les investissements qu'il a effectués pour le service, les contrats sont conclus pour une longue durée<sup>20</sup>.

A travers ce mode de gestion formalisé par un contrat dit de transfert, il s'agit de transférer le rôle de producteur à une entreprise, publique ou privée, qui devient non seulement offreur du service mais également propriétaire et gestionnaire des infrastructures associées<sup>21</sup>.

Par ailleurs, les critères de distinction de la concession n'ont pas résisté aux évolutions ayant impacté la notion de service public. Le critère relatif au caractère aléatoire de l'exploitation du service grevant en principe exclusivement le concessionnaire s'ébrèche par l'utilisation du régime de la concession dans le cadre des sociétés d'économie mixte où la collectivité reste solidaire ou pour gérer des services publics administratifs non rentables, ce qui « rend de plus en plus délicate la distinction entre la concession et les autres modes de gestion<sup>22</sup> ».

Remontant à la période coloniale (avec notamment la concession du service public de la distribution d'eau potable et d'électricité en 1914), la pratique des délégations de services publics au Maroc se faisait en l'absence d'un cadre juridique spécifique. Après l'indépendance, et dans un contexte de production institutionnelle, cette expérience a cédé la place au régime de la gestion directe à travers la création des régies de distribution d'eau et d'électricité.

Toutefois, les entités créées ne disposaient pas des moyens en termes de financement et de savoir-faire, nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Les contraintes budgétaires, la qualité des services offerts et les exigences des usagers ont donc rendu nécessaire le retour au régime de la gestion déléguée.

En effet, dans une perspective d'amélioration des services publics locaux relatifs à l'eau, l'électricité et l'assainissement liquide, le mouvement d'ouverture au secteur privé lancé à la fin des années quatre-vingts a été acté par la signature des premiers contrats de gestion déléguée formalisant la concession desdits services : d'abord à Casablanca en 1997, puis en mai 1998 à Rabat et en janvier 2002 à Tanger et Tétouan et ce, suite à des négociations de gré à gré pour les deux premières agglomérations et à un appel d'offres international pour les dernières.

Ces contrats de gestion déléguée ont été conclus alors qu'aucune loi n'existait encore<sup>23</sup>, et le processus contractuel a été élaboré en l'absence de procédure obligatoire de mise en concurrence en matière d'attribution des conventions, de mécanisme de suivi et de contrôle des gestions déléguées, conduisant les délégataires à ne pas respecter leurs engagements, et des cahiers des charges et d'obligation légale de reprise du personnel, même si les conventions conclues y faisaient référence.

Cette absence d'encadrement juridique a poussé le législateur à adopter en 2006 un cadre juridique approprié et à assigner au nouveau dispositif une série d'objectifs : moraliser la vie publique et favoriser la transparence dans l'attri-

<sup>19</sup> J.C. Douence, « Les contrats de délégation de service public », dans *Revue française de droit administratif*, 1993, cité par Benahmed M., Zahidi A., op. cit., p. 44.

<sup>20</sup> Voir M. Rousset, *Le Service public*, LGDJ, 1998.

<sup>21</sup> A. Perrot, op. cit., p. 239 et 244.

<sup>22</sup> M. Benahmed, A. Zahidi, op. cit., p. 45.

<sup>23</sup> M.A. Benabdallah, « La gestion déléguée du service public au Maroc », article publié sur le site <http://aminebenabdallah.hautetfort.com>

bution des conventions de gestion déléguée à travers la mise en concurrence et le traitement égalitaire des candidats, favoriser une véritable démarche de partenariat basée sur une relation contractuelle équilibrée entre délégant et délégataire et mettre en place un cadre normatif permettant aux autorités délégantes d'assurer le suivi et le contrôle des gestions déléguées.

Ainsi, en accordant « le sacre juridique à une pratique qui s'était imposée avec force<sup>24</sup> », la loi relative à la gestion déléguée<sup>25</sup> devait insuffler une nouvelle dynamique et donner un élan à la nouvelle politique de partenariat.

Au sens de l'article premier de cette loi, les dispositions de cette dernière s'appliquent « aux contrats de gestion déléguée de services et d'ouvrages publics passés par les collectivités locales ou leurs groupements et par les établissements publics ». La loi exclut ainsi de son champ d'application les contrats passés par l'Etat, tout en permettant aux investisseurs privés de proposer spontanément leurs offres.

A la lecture de l'article 2 de la loi précitée, on remarque que le législateur a privilégié une définition large de la gestion déléguée et ce, sans faire de distinction entre les types de service public (administratif ou industriel et commercial) à déléguer. Il s'agit en l'occurrence d'« un contrat par lequel une personne morale de droit public, dénommée « délégant », délègue, pour une durée limitée, la gestion du service public dont elle a la responsabilité à une personne morale de droit public ou privé, dénommée « délégataire », en lui reconnaissant le droit de percevoir une rémunération sur les usagers et/ou de réaliser des bénéfices sur ladite gestion ».

Le caractère non restrictif de cette définition est confirmé par l'article 24 qui précise que « le délégataire gère le service public à ses risques et périls et en bon père de famille ». Aucun critère supplémentaire – autre que la simple rémunération sur les usagers et/ou la réalisation des bénéfices – n'est donc exigé, contrairement à la

définition française de la délégation de service public. Cette dernière exige que « la rémunération du délégataire soit substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service<sup>26</sup> » et en fait un critère de distinction jurisprudentielle de ce mode de gestion des services publics par rapport aux marchés de service public<sup>27</sup>.

En outre, dans son article 12, la loi apporte une autre innovation relative à la structure du contrat de gestion déléguée. Ce dernier « est composé, par ordre de primauté, de la convention, du cahier des charges et des annexes ». La première composante définit les principales obligations contractuelles du délégant et du délégataire, la seconde est constituée des clauses administratives et techniques définissant les conditions d'exploitation et les devoirs et obligations en matière d'exploitation du service délégué ou de réalisation des travaux et ouvrages, la troisième est constituée de toutes les pièces jointes à la convention et au cahier des charges et mentionnées comme telles à la convention ou au cahier des charges.

D'autres dispositions ont été introduites par la loi comme l'énumération d'obligations importantes mises à la charge du délégataire, notamment justifiées par les impératifs du service public et l'intérêt général, une précision sur le régime de mise à disposition du domaine public pour les besoins de la gestion déléguée, une ébauche de régime juridique et comptable applicable aux biens de la gestion déléguée, la possibilité d'un recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges entre délégant et délégataire et à des modalités permettant le suivi et le contrôle des gestions déléguées par les autorités délégantes.

Aussi la notion de gestion déléguée a-t-elle été consacrée par un autre texte juridique. La charte communale octroie en effet au conseil communal le pouvoir de décision relatif à la création et à la gestion des services publics communaux par voie de régie directe, de régie autonome, de concession ou de tout autre forme de gestion

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Dahir n° 1-06-15 du 14 février 2006 portant promulgation de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics (*B.O.* n° 5404 du 16/03/2006).

<sup>26</sup> Alinéa ajouté par la loi du 11 décembre 2001 à la loi Sapin du 29 janvier 1993.

<sup>27</sup> M.A. Benabdallah, *op. cit.*

déléguée des services publics, conformément à la législation et à la réglementation en vigueur<sup>28</sup>.

Par ailleurs, on notera que si la délégation de service public est la convention la plus employée en matière de PPP, de nombreuses autres conventions sont utilisables<sup>29</sup> comme les contrats de partenariat public-privé.

## 1.2. Des contrats nouveaux : les contrats de partenariat public-privé

Participant des principes de la nouvelle gestion publique dont la promotion a été conduite par les organisations financières internationales, les contrats de partenariat public-privé désignent « une nouvelle forme de contrat public née au Royaume-Uni et transposée dans de nombreux pays<sup>30</sup> » mais ne constituant qu'une modalité de partenariat parmi d'autres.

En réalité, ces contrats de partenariat public-privé constituent une nouvelle forme de contrat à la fois complémentaire et distincte des anciennes formules contractuelles (les délégations de service public). « Tout d'abord, elle vise à réaliser un partage optimisé des risques. Celui-ci doit permettre d'allouer les responsabilités à la partie qui sera à même de les assumer le plus efficacement. Ensuite, elle ouvre la possibilité

d'avoir comme client principal du service fourni une collectivité publique et de ne plus être ainsi tenue de tirer une part essentielle de ses ressources des paiements directs des usagers<sup>31</sup> ».

Ayant fait florès au Royaume-Uni depuis 1995, cette technique appelée « Private Finance Initiative » est assimilée à « une externalisation d'un service public et repose sur le principe d'une concession accordée à un groupe d'entreprises chargé d'élaborer, de construire, de financer, de gérer et d'organiser la maintenance du service<sup>32</sup> ».

L'engouement qu'a connu la PFI s'explique par les économies budgétaires réalisées, le transfert du risque au secteur privé et la qualité des prestations fournies aux populations. La dérogation « autorisée » au formalisme procédural a également favorisé cette évolution puisque la sélection du candidat peut se faire par voie de négociation en raison de la complexité des opérations.

Ce mécanisme a été étendu en Europe dans plusieurs secteurs, y compris ceux qui relevaient de la compétence exclusive de la collectivité publique et ce, en obéissant à un cadre juridique spécifique. En France, ce type de contrat « a été conçu pour s'insérer entre la commande publique traditionnelle mettant en œuvre une maîtrise d'ouvrage publique (MOP) s'exprimant dans le cadre du Code des marchés publics (CMP), et la concession<sup>33</sup> ».

Plus précisément, ce type de contrat hybride « offre une alternative à la prise en charge complète par la puissance publique de la réalisation d'ouvrages dont elle aura à assumer la totalité du financement et, par conséquent, les risques correspondants<sup>34</sup> » et « permet à la personne publique de mettre en œuvre un mode de relation contractuelle dont les conséquences pratiques sont assez similaires à celles de la concession mais dont le paiement provient essentiellement des fonds publics<sup>35</sup> ».

<sup>28</sup> Il s'agit notamment des secteurs d'approvisionnement et distribution d'eau potable, de distribution d'énergie électrique, d'assainissement liquide, de collecte, transport, mise en décharge publique et traitement des ordures ménagères et des déchets assimilés, d'éclairage public, de transport public urbain, de circulation, roulage, signalisation des voies publiques, de stationnement des véhicules et de transport des malades. Article 39 du dahir n° 1-08-153 du 18 février 2009 portant promulgation de la loi n° 17-08 modifiant et complétant la loi n° 78-00 portant charte communale.

<sup>29</sup> Il peut s'agir également des conventions d'occupation du domaine public, des marchés publics, des baux emphytéotiques ou d'autres types de montage conventionnel complexes. Cf. P. Lignières, « Quels partenariats public-privé dans la France de demain ? », dans *Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ?* Les entretiens de la Caisse de dépôt et de gestion, Actes des cinquièmes entretiens sur le développement des territoires organisés par la CDG le 25 septembre 2002 à Paris, Paris, La documentation française, 2003, p. 9-20, p. 12.

<sup>30</sup> Banque européenne d'investissement, *op. cit.*, p. 13.

<sup>31</sup> F. Marty, V. Arnaud et S. Trosa, *op. cit.*, p. 3.

<sup>32</sup> M. Benahmed, A. Zahidi, *op. cit.*, p. 66.

<sup>33</sup> X. Bezancon, L. Deruy, R. Fiszelson, M. Fornacciari, *Les Nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Paris, Editions du Moniteur, 2005, p. 49.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

A l'échelle des pays émergents comme le Maroc et la Tunisie, cette technique contractuelle n'a pas encore profité, à ce jour, d'un cadre juridique spécifique. En effet, ces deux pays « ont des « lois sur les concessions », mais leur applicabilité aux projets en PPP dans lesquels le secteur privé n'assume pas le risque lié à la demande ne présente pas le degré de certitude que les bailleurs de fonds internationaux auront généralement tendance à rechercher<sup>36</sup> ».

L'élargissement des partenariats à d'autres montages plus complexes et plus fédérateurs que ceux strictement liés à la gestion déléguée reste donc tributaire de l'adoption de législations spécifiques. En effet, « l'adoption de lois claires applicables à ces structures sera bénéfique pour l'investissement car elle offrira un degré de certitude supérieur quant à la capacité de la personne publique à acquitter ses paiements pendant la phase d'exploitation du projet<sup>37</sup> ».

Le Maroc semble s'orienter progressivement dans cette perspective avec l'introduction, en cours, d'une législation spécifique aux contrats de partenariat public-privé : un projet de loi relatif (n° 86-12) aux contrats de partenariat entre le secteur public et le secteur privé a déjà été soumis au processus d'adoption<sup>38</sup>.

Devant permettre un développement massif des contrats de partenariat public-privé et constituer par là-même « une nette évolution dans les principes mêmes du mode de passation de la commande publique<sup>39</sup> », cette orientation « se justifie à la fois par la contrainte budgétaire à laquelle est confronté le pays et la nécessaire modernisation-rationalisation des interventions de l'Etat et des collectivités<sup>40</sup> ».

Elaboré par la Direction des établissements publics et des participations relevant du ministère

<sup>36</sup> Banque européenne d'investissement, *op. cit.*, p. 7.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Le Secrétariat général du gouvernement a envoyé le projet de loi en langue arabe en date du 14 décembre 2012 aux différents ministres concernés en préparation de son examen en conseil de gouvernement.

<sup>39</sup> M. Khanchi, « Le partenariat public-privé : un outil à manier avec précaution », *L'Economiste*, édition n° 4079 du 22 juillet 2013.

<sup>40</sup> *Ibid.*

de l'Economie et des Finances, ce projet de loi a pour objet de définir un cadre général unifié et incitatif au développement des partenariats public-privé au Maroc au profit de toute personne publique, et il est applicable aux différents secteurs d'activité publics.

Le partenariat public-privé est défini par ledit projet de loi comme une forme de coopération par laquelle l'Etat, les établissements publics de l'Etat, les entreprises publiques et en général toute personne morale de droit public dite « personne publique » confie à des partenaires de droit privé dit « partenaires privés », à travers un contrat administratif de durée déterminée dénommé « contrat de partenariat public-privé », la responsabilité de réaliser une mission globale de conception, de financement de tout ou partie, de construction ou de réhabilitation de maintenance et/ou d'exploitation d'un ouvrage ou infrastructure nécessaire à la fourniture d'un service public.

C'est sur la base du respect effectif des dispositions du cahier des charges par le partenaire privé, et notamment des indicateurs de performances, qu'il sera rémunéré soit par le partenaire public seul, soit accessoirement par les tiers ou par des recettes réalisées en exploitant les ouvrages, biens et équipements relevant du projet.

A ce niveau, force est de constater que les artisans dudit projet de loi ont repris un principe de base inhérent à la pratique partenariale selon lequel « le versement des paiements au partenaire privé dépend de la mesure dans laquelle sont respectées les exigences du projet pour ce qui est de la prestation du service et de la réalisation des résultats<sup>41</sup> ».

On remarquera aussi que ce texte s'inspire de la législation française mais sans verser dans un mimétisme systématique puisque la dénomination du contrat, le champ organique et matériel d'application et le critère de la rémunération ne sont pas les mêmes.

Le projet de loi donne une appellation précise à ces nouveaux contrats, « les contrats de partenariat public-privé », alors que le texte français institue des « contrats de partenariat ». En effet, et au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004 ins-

<sup>41</sup> Banque européenne d'investissement, *op. cit.*, p. 14.

tituant les contrats de partenariat<sup>42</sup>, « les contrats de partenariat sont des « contrats globaux » par lesquels une personne publique (ou une personne privée chargée d'une mission de service public) confie à un tiers la conception et la réalisation d'équipements d'intérêt public et la gestion de ceux-ci ; c'est le co-contractant qui finance l'ouvrage et son exploitation, et il est rémunéré par un prix versé par l'administration contractante ».

Le projet de loi intègre dans son champ d'application toute personne morale de droit public en citant expressément l'Etat, et c'est là une innovation par rapport à la loi relative à la gestion déléguée qui exclut l'Etat. Toutefois, le texte ne cite pas expressément les collectivités territoriales faisant pourtant partie des personnes publiques. De même, le projet de loi couvre les entreprises publiques bien qu'elles constituent des personnes morales de droit privé (sociétés à capital public investies d'une mission de service public ou d'intérêt général). De même, il élargit les missions du partenaire privé mais sans lui confier obligatoirement la totalité du financement du projet.

Le projet de loi privilégie un mode de rémunération alternatif à travers soit un paiement par le partenaire public seul soit accessoirement par les tiers ou par des recettes générées par l'activité (le paiement public étant principal mais non exclusif), tandis que le modèle français retient un mode unifié, celui du paiement public.

Au niveau de l'opportunité du choix du mode de fourniture de services, le projet de loi reprend presque le même esprit des dispositions de l'ordonnance précitée relativement à la décision de recourir à un contrat de partenariat (motifs économiques et conditions juridiques).

En vertu du texte français, on recherche, d'une part, l'optimisation des investissements collectifs tout en réduisant les délais de réalisation,

minorant le coût final pour la collectivité et réalisant des bénéfices socio-économiques ; d'autre part, on consacre les principes de l'égalité de traitement et de transparence en passant par une phase d'évaluation précédant et justifiant le choix du recours au contrat de partenariat et une phase d'attribution à travers la procédure de dialogue compétitif ou d'appel d'offres avant d'aboutir au choix final du cocontractant en fonction de l'offre économique la plus avantageuse.

Dans le même sens, le recours à un contrat de partenariat public-privé doit, selon le projet de loi, répondre à un besoin dûment défini par la personne publique concernée et doit au préalable faire l'objet d'une évaluation ayant pour objet d'analyser l'opportunité de recourir à ce mode de fourniture de service comparativement aux autres modes à la disposition des entités publiques concernées. Cette évaluation doit tenir compte, notamment, de la complexité du projet, de son coût global pendant la durée du contrat, des performances attendues, de la qualité des services rendus et des différents risques y afférents.

A cet égard, l'administration procèdera à la vérification des avantages et inconvénients des diverses options possibles : le projet peut-il être réalisé en régie, par un marché public soumis au code des marchés, en concessions, en contrat de partenariat ? Elle utilisera pour ce faire un ensemble de critères portant, comme le dit l'ordonnance, sur le coût global, la performance et le partage des risques. La grande difficulté de l'exercice est évidemment que, par définition, l'administration n'est pas à ce stade capable de définir ses besoins, sinon elle ne pourrait légalement recourir à un contrat de partenariat<sup>43</sup>.

Au niveau des modes de passation des contrats de partenariat public-privé, le projet de loi prévoit le dialogue compétitif, l'appel d'offres et, à titre exceptionnel, la procédure négociée. Le recours au dialogue compétitif est initié par la personne publique dans le cas où elle est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou

<sup>42</sup> Il est à noter à ce titre que c'est la loi du 2 juillet 2003 dans son article 6 qui « a invité le gouvernement à instituer par ordonnance cette catégorie de contrats (ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat). Cf. Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », dans *Partenariat public privé et gouvernance future*, s/d A. Sedjari, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 189-212, p. 189.

<sup>43</sup> X. Bezancon, L. Deruy, R. Fiszelson et M. Fornacciari, *op. cit.*, p. 46.

juridique du projet donnant lieu au service objet du contrat.

L'appel d'offres est une procédure qui permet de choisir, suite à un appel public à la concurrence, l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs prévus dans le règlement de la consultation et portés à la connaissance des candidats. Quant à la procédure négociée, elle n'est possible qu'à titre exceptionnel et dans des cas limitativement énumérés : le service ne peut être réalisé ou exploité, pour des considérations techniques ou juridiques, que par un seul opérateur privé ; l'urgence résultant d'événements imprévisibles pour la personne publique ; les raisons de défense nationale ou de sécurité publique.

A l'instar de la législation française, le projet de loi a retenu le même critère d'attribution du contrat de partenariat public privé. Ce dernier est attribué au candidat qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse en respectant les objectifs de performance. Le dossier d'appel d'offres doit mentionner les critères économiques et qualitatifs portant, notamment, sur le coût global de l'offre, les objectifs de performance, les exigences de développement durable, le caractère technique innovant de l'offre et, le cas échéant, les mesures prises pour la promotion des petites et moyennes entreprises nationales.

Au niveau du contenu du contrat de partenariat public-privé, le projet de loi liste les stipulations contractuelles incontournables qui doivent en faire l'architecture et qui sont relatives, notamment, à la durée, aux objectifs de performance, au partage des risques, à la cession, à la sous-traitance, au contrôle des obligations du partenaire privé, aux sûretés, au personnel et à la fin du contrat.

En effet, le projet de loi prévoit la fixation de la durée du contrat de cinq à trente ans devant permettre l'amortissement des investissements réalisés et la possibilité de prévoir une durée maximale pouvant être portée jusqu'à cinquante ans en fonction des besoins du projet pour garantir le retour des services et des biens y afférents au secteur public.

Des clauses doivent également porter sur le contrôle et le suivi à travers une description des objectifs de performance pour chaque projet au

moyen d'indicateurs stipulés dans le contrat, le contrôle desdits objectifs assignés au partenaire privé et l'identification et le partage des risques dans le contrat.

En cas de manquement du partenaire privé à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, le contrat prévoit des clauses relatives aux pénalités dont la mise en application est soumise à des procédures de mise en demeure.

Le caractère souple du projet de loi se manifeste à travers la possibilité accordée au partenaire privé de sous-traiter ses obligations contractuelles et la possibilité de modifier certains aspects du contrat en regard de l'évolution des besoins de la personne publique, des innovations technologiques et des nouvelles conditions de financement.

Le projet de loi prévoit aussi un certain nombre de garde-fous devant assurer la continuité du service public, le respect des engagements pris et l'anticipation des mauvaises interprétations. Ainsi en est-il de l'accord préalable de la personne publique avant la cession du contrat et de la substitution du partenaire privé défaillant, prérogative relevant du ressort de la personne publique et applicable dans les mêmes conditions d'exécution du contrat initial.

Une autre clause non moins importante sur le plan juridique : le transfert automatique des biens réalisés ou acquis par le partenaire privé, dans le cadre et pour l'exécution du contrat, en pleine propriété à la personne publique à l'expiration du contrat PPP, quelle qu'en soit la cause.

On a également prévu l'octroi de sûretés aux établissements financiers sur les actifs acquis ou réalisés dans le cadre de l'exécution du contrat. Cette clause vise à faciliter l'accès du partenaire privé au financement du projet PPP avec l'accord préalable du partenaire public.

Est prévue la résiliation anticipée du contrat en cas de faute grave ou en cas de force majeure en contrepartie d'une indemnisation dans chacun des cas de résiliation. Aussi le projet de loi prévoit-il le recours aux moyens alternatifs de règlement des différends, « la conciliation » avant tout recours arbitral ou judiciaire.

A partir de ces éléments, on aura compris qu'en dépit des similitudes entre les différents

modes contractuels de partenariat relatives (entre autres) aux règles de transparence et de publicité préalable à l'attribution des contrats à conclure, une certaine originalité juridique peut être reconnue aux contrats de partenariat public-privé. C'est d'autant plus vrai que ces contrats constitueraient dans le modèle français « une catégorie juridique à part entière, distincte à la fois des délégations de service public et des marchés publics<sup>44</sup> ».

En effet, en reconnaissant que ces contrats constituent une variété particulière de contrat administratif, un type de « contrat spécial » à ne pas enfermer dans un moule unique, des spécialistes français plaident pour que le régime juridique de ces contrats soit replacé dans le cadre plus large du droit de la commande publique<sup>45</sup>. Et même si ce procédé contractuel obéit à un régime juridique propre, « il est suffisamment fédérateur pour s'appliquer aux contrats les plus divers, il permettrait à terme de concrétiser l'avènement d'un véritable droit « commun » de la commande publique<sup>46</sup> ». Perçu comme tel, le partenariat contractuel serait donc considéré non pas comme un nouveau type de contrat, mais comme une nouvelle catégorie conceptuelle de contrat qui permet in fine de « fédérer les catégories existantes en les englobant dans un concept unique parce que plus générique<sup>47</sup> ».

Parallèlement aux partenariats contractuels, d'autres formes de partenariat public-privé à caractère institutionnel ont également fait l'objet d'un encadrement juridique.

## 2. L'encadrement juridique des partenariats institutionnels

Les partenariats public-privé à dimension institutionnelle reconnus par le droit marocain concernent les sociétés d'économie mixte « formules classiques » (2.1) et les sociétés de développement local considérées comme la nouvelle génération de ce type de partenariat (2.2).

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>45</sup> Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 210.

<sup>46</sup> G. Alberton, « Les apports du partenariat public-privé au droit des contrats », dans *Partenariat public-privé et gouvernance future*, *op. cit.*, p. 213-237, p. 215.

<sup>47</sup> *Ibid.*

### 2.1. Des structures classiques : les sociétés d'économie mixte

D'aucuns estiment que c'est dans sa dimension institutionnelle que le PPP est le plus connu. Il se concrétise par l'existence d'une entité permettant la coopération du secteur public et du secteur privé par sa structure et/ou son fonctionnement. Ainsi en va-t-il chaque fois que des capitaux publics et privés se trouvent associés dans une entreprise soit créée de toutes pièces, soit pré-existante (hypothèse des prises de participation publiques ou au contraire d'ouverture du capital au secteur privé)<sup>48</sup>.

Associant au capital d'une société commerciale des capitaux publics et privés, les sociétés d'économie mixte sont l'une des formes les plus répandues du partenariat entre le public et le privé<sup>49</sup>. En effet, une personne morale de droit public peut créer des sociétés d'économie mixte (SEM) pour des missions très variées (notamment dans l'urbanisme et les services urbains). Dans ces SEM, la majorité du capital est obligatoirement détenue par des pouvoirs publics (locaux ou nationaux). La logique de ces sociétés est à la fois publique (objectifs d'intérêt collectif) et privée (formes de fonctionnement et rentabilisation des capitaux investis).

Au vu de son montage, l'économie mixte peut être une solution équilibrée qui permet aux collectivités de maîtriser et conduire les interventions nécessaires sans pour autant avoir à subir les contraintes qu'occasionne une réalisation directe<sup>50</sup>.

Au Maroc, l'expérience des sociétés d'économie mixte se faisaient certes en dehors de tout encadrement normatif spécifique, mais leur existence juridique a été reconnue par la charte communale. En effet, le législateur a consacré l'utilité

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>49</sup> X. Bezancon, L. Deruy, R. Fiszelson, M. Fornacciari, *op. cit.*, p. 23.

<sup>50</sup> J. Carles, J. Dupuis, *Service public local : gestion publique, gestion privée ?* Nouvelles éditions fiduciaires, 1989, p. 129, cité par A. Sedjari, « Partenariat public-privé et renouveau de l'action publique », dans *Gouvernance et conduite de l'action publique au 21<sup>e</sup> siècle*, s/d A. Sedjari, éd. l'Harmattan, 2003, p. 247-278, p. 264.

de ces formules partenariales en accordant à ces collectivités la faculté d'en créer ou d'y prendre des participations et l'opportunité de conclure d'autres formes de partenariat avec l'initiative privée. L'originalité de ces formules se confirme à travers leur souplesse et leur actionnariat hybride. Aussi, on remarque que ces entités impliquent les collectivités territoriales non seulement en tant qu'actionnaires mais également en tant que bénéficiaires des projets réalisés.

En effet, comme en témoigne le tableau suivant, « les collectivités locales ont créé des sociétés d'économie mixte dont les objets portent sur la conception et la réalisation ou le renouvellement d'équipements, d'infrastructures d'aménagement urbain ou réfèrent à la gestion d'équipements<sup>51</sup> ».

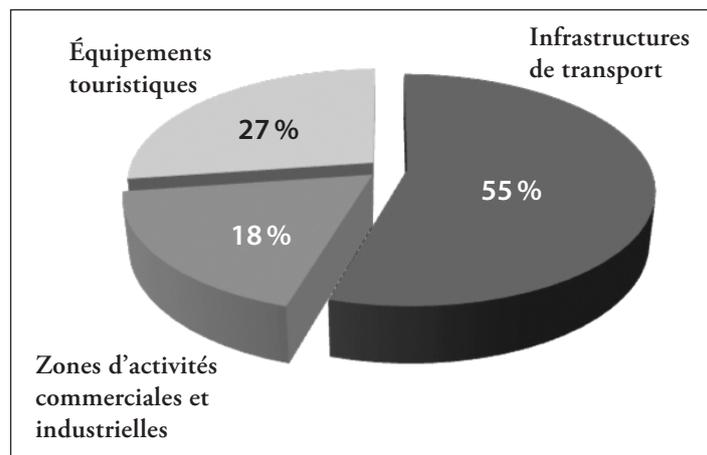
### Liste des SEM créées au Maroc entre 1998 et 2008

Province ou préfecture	Nb de sociétés d'économie mixte	Champ d'intervention	Montant des participations des collectivités locales au capital (en dirhams)
Salé	1	Gestion et direction de la gare routière	<ul style="list-style-type: none"> <li>• CU de Salé : 306 000,00 (51 %)</li> <li>• CR Shoul : 48 000,00 (8 %)</li> </ul>
El Jadida	1	Exploitation de la gare routière	CU El Jadida : 126 220,00 (47,83 %)
Béni-Mellal	1	Gestion et exploitation de la gare routière de Béni Mellal	<ul style="list-style-type: none"> <li>• CU Béni Mellal : 3 723 300,00 (43 %)</li> <li>• CP Béni Mellal : 2 300,00 (1 %)</li> </ul>
Nouaceur	1	SOGEPIB : aménagement, promotion, gestion et commercialisation du parc industriel de Bouskoura	CR de Bouskoura : 2 868 000,00
Marrakech	2	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Exploitation et gestion de la gare routière</li> <li>• Société la MAMOUNIA : exploitation et gestion MAMOUNIA et autres hôtels édifiés par la société</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1 000 000,00 (20 %)</li> <li>• 150 000 000,00 (25 %)</li> </ul>
Settat	3	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Exploitation et gestion de la gare</li> <li>• Foire internationale de Settat pour l'investissement et le développement économique</li> <li>• Société de développement touristique de Settat pour le développement touristique, hôtelier et para-hôtelier</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• CP Settat : 690 000,00 (30 %)</li> <li>• CP Settat : 690 000,00 (24 %)</li> <li>• CP Settat : 3 463 000,00</li> <li>• CR : 3 537 000,00</li> <li>• CR Said El Aydi : 10 000 000,00 (38,46 %)</li> </ul>
Nador	1	Exploitation et gestion de la gare routière de Nador	CU Nador : 2 200 000,00 (51 %)
Moulay Yaâcoub	1	SOTHRMY : société pour l'étude de l'aménagement et de la mise en valeur du centre de Moulay Yaâcoub	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Participations Collectivités locales 51 167 000,00</li> <li>• CDG : 55 893 000,00</li> </ul>

Source : Ministère de l'Intérieur, Direction générale des collectivités locales, janvier 2009, dans *Guide pour la coopération et le partenariat des collectivités locales*, op. cit.

<sup>51</sup> Guide pour la coopération et le partenariat des collectivités locales, op. cit., p. 74.

## Répartition des SEM par type d'activité au Maroc



Source : *ibid.*, analyse personnelle.

On remarque que sur les 11 SEM identifiées, 55 % d'entre elles concernent des infrastructures de transport, notamment des sociétés de gestion et d'exploitation de gare routière, 27 % sont dédiées au tourisme et 18 % à la promotion et à l'aménagement de zones d'activités commerciales et industrielles (foire et parc industriel).

A l'échelle des pays européens et au sein même de chaque pays « les véhicules juridiques du PPP sont multiples et établis en fonction des caractéristiques propres du projet<sup>52</sup> ». On citera à cet égard « la Communauté des biens de Barcelone, l'Agence du nord de Milan ou le mécanisme de PFI mis en œuvre pour un hôpital de Londres<sup>53</sup> ».

En France, « l'appellation société d'économie mixte (SEM) a prévalu pendant longtemps ; ce n'est qu'au cours de la dernière décennie que l'appellation a été changée afin d'éviter que ces sociétés ne se retrouvent sous les dispositions des lois de l'Union européenne en matière de société privée<sup>54</sup> », en « entreprise publique locale » (EPL).

L'EPL une société anonyme dont le capital est majoritairement détenu par l'État ou par la commune, le département, la région, que ce soit

directement ou par l'intermédiaire d'établissements publics et pour partie par des partenaires économiques et financiers privés. Les EPL de l'Union européenne font tellement partie du paysage communal qu'on en dénombrait plus de 16 000 en 2007, avec 1,1 million d'employés et 140 milliards d'euros de chiffre d'affaires, soit 1,5 % du produit intérieur brut (PIB) de l'UE. Elles œuvrent dans plusieurs secteurs économiques, et en France elles ont mis sur pied la Fédération des EPL, qui parraine une école de management de dirigeants des EPL et un Institut de formation des administrateurs des EPL<sup>55</sup>.

Cette expérience a servi de source d'inspiration au législateur marocain qui a introduit dans le texte de la charte communale de 2009 une innovation institutionnelle dans le prolongement des sociétés d'économie mixte devenues les sociétés de développement local (SDL).

## 2.2. Des structures nouvelles : les sociétés de développement local

Les sociétés de développement local constituent « une forme de PPP dont l'objectif est d'intégrer les modes de gestion du secteur privé tout en maintenant un élément de contrôle administratif par les autorités publiques. Ce modèle

<sup>52</sup> P. Lignières, « Quels partenariats public-privé dans la France de demain ? », *op. cit.*, p. 11.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Guide pour la coopération et le partenariat des collectivités locales, *op. cit.*, p. 70.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 44. Pour en savoir plus, voir le site internet de la Fédération des SEM, [www.fnsem.asso.fr](http://www.fnsem.asso.fr).

permet également des transferts technologiques du privé vers le public ou inversement<sup>56</sup> ».

Les sociétés de développement local sont soumises à un régime juridique spécifique<sup>57</sup> devant permettre une gestion professionnelle et souple des services publics dont elles auront la charge.

Au niveau de la création, la charte confère au conseil communal, dans le cadre de l'exercice de ses compétences propres et dans la perspective de favoriser et de promouvoir le développement de l'économie locale et de l'emploi, la possibilité de créer des sociétés de développement local d'intérêt intercommunal, préfectoral, provincial ou régional ou la prise de participation dans leur capital<sup>58</sup>.

De même, les collectivités locales et leurs groupements peuvent procéder à la création ou à la prise de participation dans des sociétés dénommées sociétés de développement local, en association avec une ou plusieurs personnes morales de droit public ou privé<sup>59</sup>.

Quand à l'objet de la société de développement local, il doit s'inscrire dans la limite des activités à caractère industriel et commercial qui relèvent des compétences des collectivités locales et de leurs groupements, à l'exception de la gestion du domaine privé communal.

De même, les sociétés de développement local sont régies par les dispositions de la loi relative aux sociétés anonymes<sup>60</sup>, et en cela elles constituent des entreprises commerciales à part entière, mais elles restent soumises à certaines conditions<sup>61</sup>.

– Elles doivent faire l'objet d'une délibération du conseil communal concerné approuvée par l'autorité de tutelle, sous peine de nullité : création ou dissolution d'une société de développement local, prise de participation à son capital, modification de son objet, augmentation, réduction ou cession de son capital.

– La prise de participation des collectivités locales ou de leurs groupements dans le capital de la société de développement local ne peut être inférieure à 34 %, et, dans tous les cas, la majorité du capital de la société doit être détenue par des personnes morales de droit public.

– La société de développement local ne peut détenir des participations dans le capital d'autres sociétés.

– Les procès-verbaux des réunions des organes de gestion de la société de développement local doivent être transmis aux collectivités locales actionnaires et à leur autorité de tutelle, dans un délai de 15 jours à compter de la date de clôture des réunions.

– L'exercice du mandat du représentant de la collectivité locale au sein des organes de gestion est gratuit. Toutefois, ce représentant bénéficie d'indemnités dont le montant et les modalités de versement sont fixés par voie réglementaire.

Hormis les dispositions précitées, la SDL a un statut d'entreprise commerciale soumise au droit commun, et « sa constitution repose sur les statuts de la société et une convention de mandat pour la réalisation de projets publics (maîtrise d'ouvrage) ou pour la gestion d'équipements publics<sup>62</sup> ».

Les premières SDL ont concerné trois secteurs d'activité : l'aménagement, par la création de deux SDL par les communes de Témara et Casablanca (51 % du capital) en partenariat avec une filiale de la CDG (49 % du capital) ; la gestion des parkings, par la création de la Compagnie générale des parkings par la CDG ; les transports urbains, par la création de la société Casa Transports S.A. (tramway de Casablanca)<sup>63</sup>. Ces sociétés de déve-

<sup>56</sup> Guide pour la coopération et le partenariat des collectivités locales, *op. cit.*, p. 44.

<sup>57</sup> Ce régime juridique est également applicable aux sociétés dans lesquelles les collectivités locales détiennent une part du capital au moins égale à 34 %. Cette disposition concerne les sociétés créées avant la publication de la loi portant charte communale et applicable à compter de la seconde année qui suit la date de publication de ladite loi au *Bulletin officiel*, article 142 de la charte communale.

<sup>58</sup> Article 36 de la charte communale.

<sup>59</sup> Article 140 de la charte communale.

<sup>60</sup> Loi 17-95 relative aux sociétés anonymes promulguée par le dahir n° 1-96-124 du 14 rabii II 1417 (30 août 1996).

<sup>61</sup> Article 140 de la charte communale.

<sup>62</sup> Guide pour la coopération et le partenariat des collectivités locales, *op. cit.*, p. 75.

<sup>63</sup> Note technique, l'AFD et les collectivités locales au Maroc, août 2012, publié sur le site, [www.ambafrance-ma.org](http://www.ambafrance-ma.org).

loppement local pourraient offrir aux collectivités publiques un cadre de partenariat souple pour répondre aux contraintes de financement des projets de développement local et pour échapper à la complexité juridique du droit public.

Après avoir étudié le cadre juridique des partenariats public-privé au Maroc, nous allons analyser, dans une seconde partie, la portée réelle de ces partenariats et étudier les risques dont ils sont potentiellement porteurs et comment ces risques peuvent être atténués ou contournés.

## II. Les limites de l'encadrement juridique des partenariats public-privé

Dans cette seconde partie, nous allons analyser les limites de l'encadrement juridique des partenariats public-privé en identifiant les risques juridiques dont ils sont porteurs (1) et voir comment l'ingénierie juridique peut contribuer à rendre efficaces ces dispositifs (2).

### 1. Les risques juridiques des partenariats public-privé

L'introduction (imminente) au Maroc des nouveaux contrats de partenariat public-privé en tant que « mode de gouvernance apparaît comme une aubaine et constitue une porte de sortie idoine pour continuer l'équipement infrastructurel du pays, la gestion des problèmes urbains, voire même la satisfaction de certains besoins sociaux comme l'éducation ou la santé<sup>64</sup> ».

Grâce aux spécificités contractuelles de cette nouvelle génération de partenariat à caractère global, évolutif et actualisable, le co-contractant public peut en effet « bénéficier de l'expertise et des capacités d'innovation du secteur privé, normalement à un moindre coût, en comparaison avec les autres modes de commande publique<sup>65</sup> ».

Le transfert d'une mission globale au partenaire privé, la détermination d'objectifs et d'indicateurs de performance mesurables, l'identification et le partage « proportionnel » des risques ainsi que le recours à un traitement « modulé »

des situations de blocage (sanctions, révision, médiation et arbitrage) constituent le socle de cette technique contractuelle.

Toutefois, l'essor de ces contrats de partenariat ne va pas sans susciter des inquiétudes expliquées par les écarts enregistrés entre les avantages présumés incontestés de ces montages et la pratique.

Au-delà de cette controverse, « l'enjeu est de prévenir le risque de détournement de ces contrats pour lancer des investissements que les finances publiques ne peuvent prendre en charge et le risque d'un dévoiement progressif du service public. Le premier risque se traduirait par un report indu du financement des investissements publics sur les générations futures, qui n'en bénéficieront pas ou peu. Le second risque mettrait en cause le service public, dont la nécessaire adaptabilité se verrait au mieux réduite par la conclusion de contrats à long terme avec le privé, si ce n'est assurée a minima par une firme privée, motivée par la seule maximisation de sa marge d'exploitation<sup>66</sup> ».

A cet égard, « des échecs emblématiques, enregistrés dans les pays industrialisés comme dans les pays en développement, ont contribué à forger l'image d'arrangements opaques, excessivement favorables aux intérêts privés et sources de corruption des pouvoirs publics<sup>67</sup> ».

La nature-même de ce type de contrat nous fournit quelques éclairages sur les incertitudes qui pèsent sur son utilisation. La première incertitude tient à l'étanchéité relative entre ce contrat et les autres montages contractuels. A cet égard, on reconnaît que ce type de contrat peut être « obscurci en raison de son indéniable proximité de celui du marché public (paiement public). Sa nature fondamentale de contrat de transfert pendant une longue durée à une personne privée d'un ensemble de missions de financement, de construction et de gestion d'un service public rappelle aussi son rattachement évident au concept de concession, dont il est issu<sup>68</sup> ».

<sup>66</sup> F. Marty, A. Voisin, S. Trosa, *op. cit.*, p. 4.

<sup>67</sup> M. Khanchi, *op. cit.*

<sup>68</sup> X. Bezancon, L. Deruy, R. Fiszelson, M. Fornacciari, *op. cit.*, p. 17.

<sup>64</sup> M. Khanchi, *op. cit.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

Aussi, on constate que, sur le plan procédural, ces contrats peuvent être conclus dans le cadre d'une négociation directe en raison de la complexité des opérations et même en cas de mise en concurrence ; d'aucuns estiment que le jeu concerne un nombre réduit d'investisseurs d'où les risques « d'entente et de partage des marchés au détriment de la puissance publique qui ne peut contrôler ces phénomènes occultes. Des situations de capture et de rente de situation sont à craindre, conduisant à de substantielles distorsions des marchés au détriment des finances publiques, contrairement à la promesse concurrentielle des PPP<sup>69</sup> ».

La durée très longue de ces contrats peut également être source d'incertitudes rendant aléatoires la pertinence des indicateurs de performance prévus et l'effectivité des engagements pris.

Au niveau de la mise en œuvre, le transfert des compétences et, partant, des risques à l'opérateur privé peut soit entraîner une mise à l'écart de la collectivité publique n'ayant plus aucune emprise sur cet opérateur, soit révéler l'incapacité de ce dernier à conduire à long terme le projet.

Ces risques ne sont pas propres aux contrats de partenariat, ils concernent également les autres procédés contractuels des partenariats et se traduisent par des distorsions dans l'efficacité, souvent dues à des manques d'information au détriment de l'intérêt général.

Les pertes d'information impactent négativement le rôle du régulateur public qui, en principe, « au vu des coûts engendrés par l'activité et des bénéfices collectifs auxquels elle donne naissance, devrait éventuellement déterminer le prix des prestations, la quantité de biens ou de services fournis. Mais cette intervention optimale est en réalité entravée par la méconnaissance dans laquelle se trouve bien souvent le décideur des coûts effectivement supportés par les opérateurs<sup>70</sup> ».

Cette situation est caractéristique d'une méfiance réciproque entre les partenaires. « D'une part, les opérateurs en charge du service n'ont pas toujours intérêt à révéler leur véritable producti-

tivité, d'autre part, ils ne reçoivent aucune incitation à améliorer leurs performances. Cette double lacune est à la source de l'inefficacité qui conduit à remettre en cause le bien-fondé d'un service public à l'abri de toute sanction concurrentielle<sup>71</sup>. »

Mais si les contrats de partenariat public-privé proprement dits n'ont pas encore été expérimentés au Maroc et ne nous permettent donc pas de faire un retour d'expérience, des études ont montré l'existence de distorsions au niveau des services publics locaux ayant fait l'objet d'une gestion déléguée (la variante classique du partenariat contractuel) et auxquels on reprochait des retards en matière de satisfaction de l'utilisateur<sup>72</sup>.

Certes, l'expérience casablancaise en matière de gestion déléguée de l'eau, l'électricité et l'assainissement liquide<sup>73</sup> a été pionnière dans la mesure où on entendait « en faire un exemple pour toutes les autres villes du pays<sup>74</sup> », mais elle n'a pas échappé aux critiques, notamment suite aux dégâts causés par les crues et à la hausse des tarifs ayant suscité la désapprobation des élus et des habitants de la métropole.

Quant au cas de Rabat, le passage du mode de gestion directe (à travers la régie de distribution d'eau et d'électricité) au régime de la concession<sup>75</sup> ne s'est pas non plus opéré sans difficultés. En effet, le concessionnaire, au demeurant spécialisé en travaux publics et non en gestion des services, était confronté à la nécessité d'instaurer une vraie

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Voir M. El Yaagoubi, « Le service public entre la crise et les défis », dans *Le Service public face aux nouveaux défis*, REMALD, n° 35, « Thèmes actuels », 2002, p. 11.

<sup>73</sup> La concession a été confiée au groupe Suez-Lyonnaise des Eaux constitué par des sociétés françaises et espagnoles.

<sup>74</sup> B.A. El Mansouri, « La concession au privé de la gestion de l'eau potable et de l'assainissement liquide au Maroc ou la ville à l'épreuve de la bonne gouvernance », Rapport de recherche, Centre Jacques Berque, PRUD, décembre 2003, p. 41.

<sup>75</sup> La concession a été confiée à la REDAL conduite initialement par un groupement luso-espagnol composé des sociétés portugaises EDP/Electricidad et Pleiade et la société espagnole URBASER et, à partir d'octobre 2002, par Vivendi Environnement suite à un rachat de capital et une reprise de la concession du traitement des ordures ménagères suite à un changement d'actionnaires de la première société.

<sup>69</sup> M. Khanchi, *op. cit.*

<sup>70</sup> A. Perrot, *op. cit.*, p. 241.

culture-client en remplacement de la culture-abonné qui prédominait jusqu'alors chez la RED. D'autres difficultés s'ajouteront sur les plans de la réalisation des investissements, des relations avec les partenaires sociaux, des relations avec l'autorité délégante et de l'exécution de certaines clauses, notamment celles relatives au paiement des indemnités contractuelles<sup>76</sup>.

Plus particulièrement, l'impact de ces difficultés sur les bénéficiaires est important. En témoignent les défaillances du système de gestion enregistrées dès le début de cette expérience et dont les usagers pâtissent. En effet, « la facturation tardive, la périodicité fantaisiste dans le relevé des compteurs, l'incohérence dans les dates de lecture de compteurs inscrites sur les quittances, l'inégale prise en compte des tranches de tarification furent autant d'éléments qui ont contribué à accroître le mécontentement<sup>77</sup> ».

A cet égard, deux logiques difficilement conciliables, à savoir une gestion performante et la recherche d'un maximum de rentabilité, semblent animer l'action des parties co-contractantes, d'une part, « les municipalités aspirent à céder rapidement les services défaillants<sup>78</sup> », d'autre part, « les multinationales susceptibles d'intervenir cherchent a priori à dégager du profit rapidement en immobilisant le moins possible de capital<sup>79</sup> ».

De plus, on reprochait à ces montages concessifs leur imprécision juridique en ce sens où « la difficulté à s'accorder sur une définition claire et précise des prérogatives de chacun des protagonistes intervenant dans la gestion déléguée contribue à compliquer la formulation d'un modèle de concession adapté à la situation marocaine<sup>80</sup> ».

La loi relative à la gestion déléguée a apporté des innovations à ce niveau, mais ce texte n'a pas pris en considération les attentes des investisseurs nationaux, particulièrement en matière de préférence nationale à compétence égale. Il ne prévoit pas non plus un système de régulation basé sur la création d'organes de régulation dotés de la

personnalité morale et de l'autonomie de gestion, ni un conseil consultatif des gestions déléguées<sup>81</sup>.

Quoiqu'il en soit, le bilan mitigé des concessions expérimentées pourrait être justifié en partie par l'aléa financier supporté par les délégataires devant couvrir le financement de leurs investissements et par la faiblesse des prestations conduisant souvent à l'insatisfaction des usagers.

Le modèle français a également fait l'objet de critiques. Au niveau du contenu, d'aucuns reprochent au droit applicable son caractère rigide, flou et sanctionné pénalement, « ne fournissant pas le meilleur cadre pour le développement de projets novateurs<sup>82</sup> ». Ajouté à cela le cadre contraignant du contrôle de légalité et la pénalisation de l'action publique locale « en particulier liée aux sanctions pénales attachées au non-respect des procédures liées au code des marchés publics et à la loi Sapin<sup>83</sup> » et qui « fige les comportements, freine les initiatives et crispe les acteurs privés ou publics<sup>84</sup> ».

Les critiques vont jusqu'à souligner que la spécificité française « est de nature à freiner les initiatives et dissuader les acteurs publics et privés de prendre des risques dès lors que le montage n'est pas d'une parfaite clarté juridique<sup>85</sup> ». Pour preuve, un manque de lisibilité du cadre juridique se traduit par « des incertitudes sur le champ d'application respectif du droit des délégations de services publics et du code des marchés publics, une remise en cause par la Commission européenne de certaines dispositions de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique ou du code des marchés publics et une distinction floue entre les contrats d'occupation du domaine public et les délégations de service public<sup>86</sup> ».

<sup>76</sup> M. Benahmed, A. Zahidi, *op. cit.*, p. 91.

<sup>77</sup> B.A. El Mansouri, *op. cit.*, p. 44.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> M. Benahmed et A. Zahidi, *op. cit.*, p. 166.

<sup>82</sup> P. Lignières, « Quels partenariats publics-privés dans la France de demain ? », *op. cit.*, p. 10.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> P. Lignières, « Renouveler les partenariats public-privé en France », dans *Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ?* *op. cit.*, p. 77.

<sup>85</sup> P. Lignières., « Quels partenariats public-privé dans la France de demain ? », *op. cit.*, p. 10.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 11.

Si l'imprécision juridique des montages peut créer une incertitude rendant difficile la répartition des responsabilités<sup>87</sup>, des perspectives de renforcement de ces dispositifs existent et peuvent être mises à profit par les partenaires.

## 2. A la recherche d'une efficacité juridique des partenariats public-privé

Les défis auxquels les services publics locaux font face remettent constamment à l'ordre du jour la question de leur professionnalisation qui, elle, demeure tributaire de la maîtrise des montages contractuels en cas de délégation. En effet, la qualité des contrats de gestion déléguée conclus conditionne la qualité des prestations fournies aux usagers et se mesure en termes d'efficacité du processus contractuel depuis les négociations jusqu'au suivi et contrôle du contrat en passant par le contenu des stipulations contractuelles.

Tout d'abord, la réussite des négociations contractuelles passe par l'instauration d'un climat de confiance entre les futurs partenaires, l'expertise et l'exhaustivité des formulations, en ce sens où aussi bien le dossier d'appel d'offres que le contrat doivent être établis par des experts spécialisés dans les domaines liés à l'activité concernée et comprendre des dispositions aussi complètes et précises que possible.

En effet, « les objectifs mentionnés dans le contrat doivent être précis et mesurables, de même que les engagements des deux parties et les risques pris par chacune d'entre elles doivent être clairement définis<sup>88</sup> ». Pour ce faire, il est recommandé de planifier des rencontres régulières entre les parties contractantes, aussi bien lors l'élaboration du contrat que lors de son exécution, en vue d'adapter ses clauses aux évolutions pratiques de la relation contractuelle.

Autre élément à réguler, la tarification et les mesures à prendre en cas de dépassement des seuils d'augmentation des tarifs prévus initialement au contrat. De même, le document contractuel doit prévoir des modalités de suivi et de contrôle des engagements à honorer par le délégataire, notamment l'exécution effective des investissements à sa charge. Ces engagements doivent être mesurables et quantifiables selon des critères convenus à l'avance en évitant les formulations vagues, imprécises et sujettes aux mauvaises interprétations.

Portant essentiellement sur l'activité déléguée, ce contrôle doit être exercé par une structure dédiée devant « accéder à tout moment à toutes les sources d'informations techniques et financières en rapport avec le service délégué ; le délégataire s'interdisant d'user de toute forme d'obstruction qui empêcherait l'organe de contrôle de mener à bien sa mission<sup>89</sup> ».

Par ailleurs, se doter d'une loi (suivie d'une réglementation appropriée) sur les partenariats public-privé « peut contribuer à rendre un pays attrayant pour les investisseurs en ce qu'elle enrichit ou clarifie le cadre législatif applicable aux partenariats public-privé. Cela permet également d'éviter d'avoir à s'appuyer sur des lois générales qui n'ont rien de spécifique et d'adapté aux PPP. Investisseurs et bailleurs de fonds chercheront à être rassurés par l'existence d'une loi applicable à leurs contrats qui leur procure une protection adaptée et par la possibilité de régler les litiges de façon impartiale et efficace<sup>90</sup> ».

Sur le plan contractuel, cette efficacité juridique doit se traduire par « la clarté absolue quant à la capacité juridique d'une autorité à passer contrat, la capacité de la société de projet à accorder une sûreté appropriée concernant son actif, ses parts de capital et ses flux de revenus, la capacité des bailleurs de fonds à intervenir dans le projet pour le sauver, le paiement d'un dédommagement adéquat en cas de résiliation, la capacité de l'État à garantir les obligations contractuelles du pouvoir adjudicateur si ce dernier ne présente pas une solvabilité suffisante à lui seul et le degré

<sup>87</sup> Voir A. Chabanes, « Promouvoir de nouvelles méthodes d'intervention publique : le jeu des partenariats », dans *Essai sur la gouvernance publique*, Paris, éd. FIDECITEA, 2004.

<sup>88</sup> M. Berradi, « L'expérience de la ville de Casablanca », dans *Partenariat public-privé et gouvernance future*, *op. cit.*, p. 461-475, p. 472.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 475.

<sup>90</sup> Banque européenne d'investissement, *op. cit.*, p. 40.

de certitude concernant les droits contractuels (y compris la clause pénale et les indemnités de résiliation)<sup>91</sup> ».

Cette même efficacité du cadre juridique se mesure à l'aune d'un système transparent, impartial et fiable en matière de règlement des différends et ce, en offrant aux co-contractants le choix de l'option la plus pertinente et des modalités de sa mise en œuvre. A cet égard, l'arbitrage (national ou international<sup>92</sup>) doit être prévu par la législation (au même titre que la solution juridictionnelle) pour le règlement définitif des différends en raison de la souplesse de cette procédure jugée « indépendante du droit local dans la mesure où le règlement d'arbitrage applicable est complet » et du fait qu'elle « préserve la confidentialité et [que] ses règles plus établies présentent l'avantage de l'expérience passée<sup>93</sup> ».

Le contrat doit également stipuler la liberté des parties de choisir l'arbitre et le siège de l'arbitrage, procurant ainsi une souplesse supplémentaire et permettant de « s'assurer que toute lacune dans le règlement d'arbitrage sera comblée par la loi applicable au lieu de l'arbitrage<sup>94</sup> ».

Par ailleurs, une loi spécifique ne peut apporter, à elle seule, toute la précision nécessaire au processus contractuel devant permettre aux parties co-contractantes de faire aboutir leurs négociations. Une expertise appuyée sur des règles et normes internationales s'impose donc en cas d'opérations partenariales complexes souvent formalisées par des contrats de partenariat public-privé.

En effet, en raison de cette complexité, « il est de l'intérêt de la puissance publique de se faire accompagner par une expertise externe indépendante, qui accompagne les services techniques concernés, tout en mettant en place une cellule

dédiée au pilotage-surveillance de l'exécution du projet, notamment pour accumuler l'expérience du privé et éviter certaines erreurs qui ont tendance à se répéter<sup>95</sup> ».

Plus particulièrement, les parties doivent être conseillées pour optimiser la répartition contractuelle des risques et assurer l'équilibre des engagements à prendre. Une identification suivie d'une classification des risques étant un préalable à toute affectation de responsabilités pour éviter les problèmes d'interprétation des termes du contrat.

Il peut s'agir de risques inhérents au projet lui-même liés à la conception et à la mise en œuvre, au financement, à l'inexécution des travaux, aux retards d'exécution, à la non-atteinte des objectifs de performance et à l'inobservation des critères de qualité, aux aléas macroéconomiques, aux difficultés procédurales, aux modifications du cadre juridique, à l'insolvabilité du partenaire public, aux cas de résiliation du contrat etc. et qui doivent être répartis en fonction de la capacité réelle et objective du partenaire le mieux à même de les assumer ou encore partagés et gérés conjointement par les deux parties (dans le cas d'une réforme juridique d'ordre général).

A ce titre, « l'expérience montre que la tentation d'affecter trop de risques soit au secteur public soit au secteur privé alors qu'il est incapable de les gérer efficacement nuit au rapport coûts-résultats et à la rentabilité et risque, justement, de conduire à l'échec du projet<sup>96</sup> ».

De même, des stipulations claires doivent porter sur les effets juridiques des risques répartis entre les parties et de ceux ne pouvant être maîtrisés ainsi que sur les modalités de leur atténuation, notamment en cas de survenance d'événements imprévisibles ligotant le partenaire privé dont celui-ci n'a pas la maîtrise mais pouvant donner lieu à une « compensation équitable (en temps et en argent) fondée sur la définition, dans le contrat, de principes de « mesures libératoires » ou « d'événements donnant lieu à une indemnisation » ou sur l'identification d'une indemnisation convenue entre les parties et à laquelle on puisse faire appel en cas d'application de la théorie de

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>92</sup> L'arbitrage international est plus connu à travers la Chambre de commerce internationale (CCI), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et la London Court of International Arbitration (LCIA).

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> M. Khanchi, *op. cit.*,

<sup>96</sup> Banque européenne d'investissement, *op. cit.*, p. 8.

l'imprévision issue du droit civil (rééquilibrage économique)<sup>97</sup> ».

Au niveau des facteurs de succès du partenariat institutionnel (les SEM, les SDL, les groupements de collectivités territoriales et autres véhicules de co-investissement), on recommande une gouvernance rigoureuse avec une clarification des rôles et des responsabilités des partenaires devant eux-mêmes s'appuyer sur des équipes opérationnelles hautement qualifiées. Le partage des risques est également exigé, même si la majorité du capital doit être obligatoirement détenue par le partenaire public et ce, dans le but d'assurer un équilibre entre la santé financière des entités créées et la satisfaction des citoyens.

Au niveau de la politique de partenariat à promouvoir, on recommande la mise en place d'un organe central chargé des PPP dont la mission consiste à diffuser les politiques et les meilleures pratiques, identifier et examiner les projets, apporter son appui aux pouvoirs adjudicateurs, planifier les projets de PPP et les classer par ordre de priorité dans le cycle budgétaire en fonction des secteurs considérés ainsi que centraliser les connaissances en matière de PPP<sup>98</sup>.

A cet égard, une étude nous apprend que le Maroc a pris une décision importante dans l'acquisition de compétences institutionnelles en annonçant la création d'un organe chargé des PPP, lequel bénéficierait des services de conseil de la Banque mondiale et d'infrastructure UK<sup>99</sup>.

## Conclusion

Dans une optique d'évaluation du cadre juridique des partenariats public-privé au Maroc, nous avons tenté d'en relever les apports et les limites. Il en ressort que ce cadre juridique offre en principe des atouts considérables aux partenaires, mais ces derniers se heurtent souvent à des problèmes d'ordre juridique, et des contraintes peuvent ainsi peser lourdement sur les différents montages expérimentés.

Parmi ces contraintes, on trouve celles liées aux caractéristiques du cadre juridique existant (dispositions juridiques incomplètes, imprécises, lacunaires, trop procédurales...) et aux conditions de mise en place et de suivi des montages contractuels et institutionnels.

On notera à cet égard que, même lorsque des législations et des réglementations spécifiques efficaces sont adoptées, des contraintes sous forme de manques de capacités (en matière de préparation, de négociation et de mise en œuvre de ces montages) peuvent affecter les partenariats public-privé.

Pour contourner ce type de barrière, le cadre juridique doit s'adapter constamment pour offrir aux partenaires les conditions et les garanties nécessaires au développement de leurs relations partenariales et pour leur permettre d'honorer leurs engagements dans un climat de confiance.

Concrètement, il est nécessaire d'adopter un cadre juridique clair et sécurisant en termes notamment de précision, de souplesse et de fiabilité du régime applicable en matière de passation des marchés, de répartition des risques et de résolution des différends. Il s'agit également de mettre en place un organisme dédié à la promotion des bonnes pratiques et à la mise en cohérence des initiatives et, de manière générale, de promouvoir le climat des affaires au profit des différents partenaires. La création d'un organe spécialisé ayant le statut d'agence rattachée au chef du gouvernement et chargée de la promotion des PPP traduirait la volonté politique du Maroc de développer les projets en mode partenariat.

La question de l'efficacité juridique des partenariats reste donc posée, et elle ne manquera pas de stimuler le débat après l'application de la législation relative aux contrats de partenariat public-privé. L'enjeu étant de concilier entre, d'une part, des partenariats public-privé à promouvoir et, d'autre part, une logique d'intérêt général à défendre.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 31 et 39.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 32.

## Bibliographie

### Ouvrages

- BENAHMED M., ZAHIDI A., *La Gestion déléguée au service de l'utilisateur*, édition Dar Al Qalam, 2007.
- BEZANCON X. et al., *Les Nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Paris, Editions du Moniteur, 2005.
- CARLES J., DUPUIS J., *Service public local : gestion publique, gestion privée ?* Nouvelles éditions fiduciaires, 1989.
- EL MANSOURI B.A., *La Concession au privé de la gestion de l'eau potable et de l'assainissement liquide au Maroc ou la ville à l'épreuve de la bonne gouvernance*, rapport de recherche, Centre Jacques Berque, PRUD, décembre 2003.
- MARTY F., VOISIN A., TROSA S., *Les Partenariats public-privé*, Paris, édition La découverte, 2006.
- ROUSSET M., *Le Service public*, LGDJ, 1998.

### Articles

- ALBERTON G., « Les apports du partenariat public-privé au droit des contrats », dans *Partenariat public-privé et gouvernance future*, sous la dir. de A. Sedjari, Paris, l'Harmattan, 2005.
- BERRADI M., « L'expérience de la ville de Casablanca », dans *Partenariat public-privé et gouvernance future*, sous la dir. de A. Sedjari, Paris, l'Harmattan, 2005.
- BENABDALLAH M.A., « La gestion déléguée du service public au Maroc », article publié sur le site <http://aminebenabdallah.hautetfort.com>
- CHABANES A., « Promouvoir de nouvelles méthodes d'intervention publique : le jeu des partenariats », dans *Essai sur la gouvernance publique*, Paris, éd. FIDECITEA, 2004.
- DOUENCE J.C., « Les contrats de délégation de service public », dans *Revue française de droit administratif*, 1993.
- EL YAAGOUBI M., « Le service public entre la crise et les défis », dans *Le Service public face aux nouveaux défis*, REMALD n° 35, « Thèmes actuels », 2002.

- GAUDEMET Y., « Les contrats de partenariats public-privé : étude historique et critique », dans *Partenariat public-privé et gouvernance future*, sous la dir. de A. Sedjari, Paris, l'Harmattan, 2005.
- KHANCHI M., « Le partenariat public-privé : un outil à manier avec précaution », *L'Economiste*, édition n° 4079 du 22 juillet 201.
- LIGNIERES P., « Renouveler les partenariats public-privé en France », dans *Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ?* Les entretiens de la Caisse de dépôt et de gestion, Actes des cinquièmes entretiens sur le développement des territoires organisés par la CDG le 25 septembre 2002 à Paris, Paris, La documentation française, 2003.
- LIGNIERES P., « Quels partenariats public-privé dans la France de demain ? », dans *Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ?* Les entretiens de la Caisse de dépôt et de gestion, Actes des cinquièmes entretiens sur le développement des territoires organisés par la CDG le 25 septembre 2002 à Paris, Paris, La documentation française, 2003.
- PERROT A., « Les effets des modes de gestion des services publics locaux », dans *Villes et économie*, Institut des villes, Paris, La documentation française, 2004, collection Villes et société.
- RAYMUNDIE O., « La gestion déléguée des services publics en Europe, le cas de la distribution de l'eau potable : un modèle exportable », dans RFC 300, mai 1998.
- SEDJARI A., « Partenariat public-privé et renouvellement de l'action publique », dans *Gouvernance et conduite de l'action publique au 21<sup>e</sup> siècle*, sous la dir. de A. Sedjari, éd. l'Harmattan, 2003.

### Rapports et études

- Note technique, l'AFD et les collectivités locales au Maroc, août 2012, publiée sur le site [www.ambafrance-ma.org](http://www.ambafrance-ma.org).

Banque européenne d'investissement, Étude sur les cadres juridique et financier des PPP dans les pays partenaires méditerranéens, volume 1, Une approche régionale, mars 2011.

Diagnostic stratégique du partenariat institutionnel pour l'école marocaine, étude réalisée par le cabinet d'études Capital Consulting, sous la supervision du Conseil supérieur de l'enseignement, dans le cadre des travaux de préparation du projet d'avis du Conseil sur « Le partenariat institutionnel pour l'école marocaine ».

Guide pour la coopération et le partenariat des collectivités locales, Cadre général de gestion de la coopération et du partenariat, décembre 2009.

### Textes juridiques

Dahir n° 1-06-15 du 14 février 2006 portant promulgation de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics, (*B.O.* n° 5404 du 16/03/2006).

Dahir n° 1-08-153 du 18 février 2009 portant promulgation de la loi n° 17-08 modifiant et complétant la loi n° 78-00 portant charte communale (*B.O.* n° 5714 du 5 mars 2009).

Loi 17-95 relative aux sociétés anonymes promulguée par le dahir n° 1-96-124 du 14 rabii II 1417 (30 août 1996).