

Newsletter Maroc

Septembre 2006 - n°17

Sommaire

- | | |
|---|----------|
| ▮ Edito | 2 |
| ▮ Numéro spécial : la gestion déléguée des services publics au Maroc | 3 |

Edito

Chers lecteurs,

Cette newsletter de la rentrée est originale à double titre. Le premier, c'est parce qu'elle est présentée sous une forme différente qui correspond à la charte graphique en la matière édictée par le réseau CMS qui est je vous le rappelle, une alliance entre grands cabinets d'avocats européens, auquel CMS Bureau Francis Lefebvre appartient, ainsi donc que ses filiales, tel que CMS Bureau Francis Lefebvre Maroc.

Le second aspect de l'originalité de cette newsletter se retrouve dans l'unique sujet traité, mais également par la dimension de ladite newsletter (19 pages). Cette newsletter pourrait en fait être qualifiée de numéro spécial.

Nous avons traité de la loi récemment entrée en vigueur, le 16 mars 2006, sur la gestion déléguée des services publics. Cette loi est d'importance car aucun cadre légal n'existait en la matière auparavant. Par ailleurs, le Royaume du Maroc, par le biais de ses ministères, ou de ses collectivités locales et de ses établissements publics, fait de plus en plus appel au secteur privé dans le cadre des fameux Partenariats Public-Privé (« PPP »), pour faire assurer par ce secteur, un certain nombre de services publics.

Il nous a semblé opportun d'aborder cette nouvelle législation avec un œil critique au regard de l'historique, de la pratique actuelle en la matière et des autres lois connexes, telles par exemple, que les lois fiscales.

Dans la mesure où cette législation reprend, en partie, des aspects de législations nationales d'autres Etats et dans la mesure également où les PPP font l'objet d'une vision de plus en plus internationale, il nous a semblé opportun de faire participer à la rédaction de la présente newsletter, Jean-Jacques Lecat, Avocat Associé de CMS Bureau Francis Lefebvre qui intervient régulièrement sur ces sujets pour le compte d'entreprises privées ou pour le compte d'Etats, dans diverses parties du globe, notamment sur le continent africain et plus particulièrement sur le Maghreb.

En nous tenant à votre disposition pour vous assister dans vos projets de PPP, le bureau de Casablanca et l'ensemble des bureaux de l'alliance CMS vous souhaitent une bonne et fructueuse lecture.

Frédéric Elbar

Avocat Associé

Directeur du bureau de Casablanca

f.elbar@cmsbfl.ma

Le cadre juridique de la gestion déléguée des services publics au Maroc

En adoptant, le 14 février 2006, la loi n°54-05 relative à la gestion déléguée des services publics¹ (ci-après dénommée la « **Loi** »), le Maroc a souhaité se doter d'un cadre juridique susceptible d'attirer les investisseurs intéressés par la gestion de services publics, qui serait déléguée par les collectivités locales, leurs groupements ou les établissements publics.

Poursuite du processus de libéralisation de l'économie marocaine

L'adoption de cette nouvelle Loi s'intègre dans un processus plus général de **libéralisation progressive de l'économie marocaine**.

On assiste en effet, depuis plusieurs années, à un certain désengagement de l'Etat des activités marchandes, ainsi qu'à d'importantes opérations de privatisations et de démonopolisations.

Cette politique se justifie par la volonté de l'Etat marocain de **promouvoir le secteur privé**, perçu comme un moteur de croissance économique, créateur d'emplois. La Loi adoptée rappelle néanmoins que libéralisation ne signifie pas absence de contrôle.

Besoins d'infrastructures et avantages des Partenariats Public-Privé

Le Maroc est confronté à des besoins croissants en matière d'infrastructures coûteuses, qu'il doit concilier avec des ressources financières limitées des pouvoirs publics.

Dans ce contexte, la gestion déléguée des services publics offre les avantages habituellement reconnus aux Partenariats Public-Privé (« PPP ») qui permettent à la puissance publique de libérer des ressources rares, tout en lui permettant de bénéficier, grâce aux partenariats avec les opérateurs du secteur privé :

1. de la capacité de financement et d'investissement du secteur privé, lui permettant de se doter d'infrastructures et d'équipements coûteux ;
2. de l'expertise technique, du savoir-faire des entreprises délégataires et de leurs capacités d'innovations permettant l'amélioration de la performance, de l'efficacité et finalement de la qualité du service fourni aux usagers ;
3. et d'une gestion des services publics plus rationnelle et à moindre coût, que par la voie de la régie directe.

Pour autant, la collectivité publique conserve sa responsabilité en matière de fixation des objectifs à atteindre par le délégataire, élabore le cahier des charges et assure le suivi et le contrôle permanent de la gestion déléguée.

Quant aux opérateurs privés, ils doivent gérer le service public à leurs risques et périls.

Au regard des besoins en infrastructures constatés et des avantages des PPP, le législateur marocain a souhaité attirer les investisseurs en créant un **cadre légal régulateur en matière de gestion déléguée des services publics**.

Avant l'entrée en vigueur de la Loi, il existait déjà au Maroc, des expériences de délégations ou de concessions de services publics. Néanmoins, le cadre juridique y afférent était quasiment inexistant.

Afin d'apprécier les principaux apports de la nouvelle Loi (2), nous avons estimé utile de rappeler la pratique qui existait en la matière, au Maroc, jusqu'à son entrée en vigueur (1).

¹ Loi publiée en français, au Bulletin officiel n°5404, le 16 mars 2006.

1. La pratique des délégations de services publics au Maroc, avant l'entrée en vigueur de la Loi

Le Maroc n'a pas attendu l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi pour expérimenter la pratique des délégations de services publics. Il existe en effet, au Maroc, une longue tradition de participation privée à la gestion des services publics.

Une pratique ancienne, abandonnée avec l'indépendance

En remontant le temps, on peut ainsi retrouver la trace, à l'époque du Protectorat, de concessions du service public de la distribution d'eau potable et d'électricité dès 1914.

Toutefois, après l'indépendance, l'intervention de l'Etat dans l'économie s'est renforcée, notamment par la mise en place de régies chargées de la gestion des services publics essentiels.

Ces régies ne disposaient néanmoins ni des ressources financières, ni de la maîtrise technique suffisantes pour pouvoir mener à bien des opérations d'envergure adaptées à la croissance des besoins. Elles ne disposaient pas non plus des moyens matériels et humains adéquats, si bien que les retards dans la mise à niveau des réseaux et la détérioration de la qualité du service rendu aux usagers étaient fréquents.

La mise en place d'un mode de gestion plus rationnel et efficace s'avérait dès lors nécessaire. Une période de **transition d'une gestion centralisée vers une délégation des services publics au secteur privé** s'est alors ouverte.

Un renouveau de la pratique de la gestion déléguée depuis 1996

Depuis les années 1996-1997, la pratique a redécouvert les conventions de concessions et de délégations de services publics. On cite généralement comme exemple de ce renouveau des Partenariats Public-Privé au Maroc, la convention de délégation du service public de distribution de l'eau potable, de l'électricité et de l'assainissement liquide de Casablanca attribuée à cette époque.

Dans les années suivantes, les services publics dont la gestion a été déléguée à des opérateurs du secteur privé se sont multipliés, essentiellement dans les domaines de la distribution de l'eau potable, de l'électricité et de l'assainissement liquide, de la collecte et du traitement des déchets, mais également dans les domaines de l'exploitation des ports (avec de nombreuses conventions de concession de services publics, conclues, à l'occasion de la construction du futur port de Tanger-Méditerranée) et du transport (concession du programme des autoroutes et transport urbain).

Un cadre juridique spécifique quasiment inexistant jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi

Bien que la pratique ait eu recours à ce type de conventions de gestion déléguée, le cadre juridique spécifique à ces dernières était toutefois quasiment inexistant jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi.

Ainsi, si une **réglementation modernisant les règles de passation des marchés de l'Etat** avait été adoptée en 1998², celle-ci **avait expressément exclu de son champ d'application les « contrats de concession de service public »**, sans pour autant définir cette notion.

Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la Loi, les conventions de concession ou de délégation de services publics étaient principalement régies, **d'une part**, par les règles de droit applicables aux contrats administratifs **et d'autre part**, par la loi relative aux obligations et aux contrats.

Les Chartes communale et provinciale, elles, firent référence à la notion de « *gestion déléguée* » en 2002.

Il résultait de ce cadre légal quasiment inexistant un certain nombre de difficultés pratiques, incertitudes juridiques et critiques, auxquelles la pratique contractuelle avait tenté de faire face.

² Décret n° 2-98-482 du 30 décembre 1998 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur gestion (ci-après dénommé le « **Décret relatif aux marchés publics** »). Ce texte applicable aux marchés de l'Etat est également appliqué, en pratique, aux marchés concernant les autres personnes morales de droit public marocaines, telles que les collectivités locales ou les établissements publics.

Critique des modalités d'attribution des conventions

Avant l'entrée en vigueur de la Loi, aucune procédure de mise en concurrence n'était légalement imposée, en vue de l'attribution des conventions de gestion déléguée aux opérateurs privés. Certaines conventions avaient ainsi été conclues **de gré à gré**, ce qui avait suscité des critiques notamment relatives au manque de transparence de telles attributions.

La plupart des conventions de gestion déléguée étaient néanmoins attribuées, en pratique, après des procédures d'appel d'offres, régies par la volonté des autorités déléguées, par le Décret relatif aux marchés publics.

Les conventions conclues faisaient d'ailleurs quasiment systématiquement référence à ce décret, dans les stipulations relatives au cadre juridique de la convention.

Défaillance dans le suivi et le contrôle des gestions déléguées

La défaillance des dispositifs de suivi et de contrôle des gestions déléguées était également critiquée, par certains élus ou par les usagers, en particulier lorsque les services publics dont la gestion était déléguée étaient des monopoles, le marché ne pouvant alors pas jouer son rôle de régulateur.

Furent ainsi critiqués, en pratique, le non respect par certains délégataires de leurs engagements contractuels en matière d'investissements ou la hausse des tarifs pratiquée, souvent justifiée par les délégataires, par la nécessité de rentabiliser les importants investissements réalisés.

Absence d'obligation légale de reprise du personnel

Cette absence d'obligation légale avait suscité certaines contestations sociales. Néanmoins, en pratique, cette obligation mise à la charge du délégataire figurait le plus souvent dans les conventions conclues.

Occupation temporaire du domaine public et concession de service public

Le domaine public étant inaliénable et imprescriptible³, l'autorisation d'occuper temporairement le domaine public⁴, doit en principe, être toujours considérée comme précaire et révocable, sous réserve de respecter certaines conditions.

Afin de garantir le risque, pour les concessionnaires, de n'être plus autorisés à occuper le domaine public, certains contrats de concession de services publics relatifs à des investissements importants réalisés sur le domaine public portuaire⁵, s'inspirant de la jurisprudence administrative française, avaient mis en place un principe d'indemnisation, au profit du concessionnaire, des « biens de retour » dont la propriété était stipulée revenir au concédant en fin de concession. Il était ainsi prévu contractuellement que le concessionnaire serait indemnisé à hauteur de la valeur nette comptable desdits « biens de retour », en cas de rupture anticipée du contrat de concession.

Ces notions relatives à la propriété des biens de la concession n'étaient toutefois issues que de la pratique contractuelle et n'existaient ni dans la loi, ni dans la jurisprudence marocaines, générant ainsi des incertitudes pratiques, notamment quand au traitement comptable et fiscal desdits biens.

Traitement comptable et fiscal des biens de la concession et des entreprises concessionnaires

Le **droit comptable** marocain n'aborde ni le traitement des entreprises concessionnaires ou délégataires, ni celui des biens mis dans la concession ou la délégation.

En matière fiscale, seules deux notes circulaires émises par l'administration fiscale⁶, évoquent la situation des sociétés concessionnaires, mais uniquement au regard des biens mis dans la concession par

³ Article 4 du Dahir du 1er juillet 1914 sur le domaine public.

⁴ Principalement régie au Maroc par le Dahir du 30 novembre 1918.

⁵ Notamment dans le cadre de la construction du futur port de Tanger-Méditerranée.

⁶ Note circulaire publiée en 1987 relative aux charges déductibles de l'IS et note circulaire publiée en 1990 relative aux charges déductibles des revenus professionnels soumis à l'IGR (IRPP marocain).

le concessionnaire et remis au concédant en fin de concession.

Ces dernières visent en effet les **installations** édifiées par les sociétés concessionnaires et financées soit au moyen de leurs capitaux propres, soit à l'aide de capitaux d'emprunts, sans que la question de la propriété de ces « installations » pendant la durée de la concession ne soit abordée. En revanche, il est supposé que ces « installations » revenaient au concédant en fin de concession, sans qu'il soit fait état de biens de retour ou de biens de reprise.

Aux termes de ces notes circulaires, il ressort que :

▮ dans tous les cas, lesdites installations sont immobilisées au bilan de la société concessionnaire. ;

▮ au cas des installations remises, en fin de concession, **sans indemnité**, le concessionnaire peut constater en sus de l'amortissement pour dépréciation, un **amortissement financier**, c'est-à-dire déduire fiscalement des annuités d'amortissement du capital investi au titre de ces installations (la durée d'amortissement étant la durée de la concession).

En fin de concession, le solde éventuel des emprunts est pris en charge par le concédant. Il en résulte un **profit exceptionnel ou une perte exceptionnelle** selon que la valeur nette comptable (« VNC ») des installations rétrocédées gratuitement est inférieure ou supérieure au solde des emprunts.

▮ au cas des installations remises, en fin de concession, **contre indemnité**, le concessionnaire ne peut constater **que l'amortissement pour dépréciation**.

En fin de concession, si **l'indemnité est égale à la VNC** de l'installation rétrocédée, le concessionnaire ne réalise ni perte ni gain. Si **l'indemnité est inférieure à la VNC**, le concessionnaire constate une **perte déductible**. Si **l'indemnité est supérieure à la VNC**, le surplus est traité comme une plus-value nette de cession d'immobilisations corporelles et bénéficie donc d'**abattements selon la durée de détention de l'installation** (25% en cas de détention entre 2 et 4 ans et 50% en cas de détention supérieure à 4 ans).

Rien n'est précisé en ce qui concerne les éventuelles provisions pour remise en état ou pour renouvellement, comme le prévoient

respectivement le droit fiscal et la doctrine administrative français.

2. Les principaux apports de la Loi relative à la gestion déléguée des services publics

Le législateur marocain a souhaité créer un cadre légal en matière de gestion déléguée des services publics qui soit susceptible d'attirer les investisseurs.

Les principaux objectifs de cette Loi étaient :

1. de moraliser la vie publique et de favoriser la transparence dans l'attribution des conventions de gestion déléguée, à travers la mise en concurrence et le traitement égalitaire des candidats ;
2. de favoriser une véritable démarche de partenariat, basée sur une relation contractuelle équilibrée entre délégant et délégataire ;
3. et de mettre en place un cadre normatif permettant aux autorités délégantes d'assurer le suivi et le contrôle des gestions déléguées.

En élaborant la Loi, le législateur marocain s'est principalement inspiré des législations européennes en la matière, en tentant de les adapter au contexte marocain.

Les principaux apports de la Loi adoptée sont les suivants :

1. l'adoption d'une définition de la notion de « gestion déléguée » en droit marocain ;
2. l'obligation pour les autorités délégantes de faire appel à la concurrence et la mise en place de mesures de publicité, destinées à rendre plus transparentes, les modalités d'attribution des conventions de gestion déléguée ;
3. la possibilité pour les opérateurs privés de proposer spontanément leurs offres ;
4. l'énumération d'obligations importantes mises à la charge du délégataire, notamment justifiées par les impératifs du service public et l'intérêt général ;
5. en contrepartie de ces obligations, un souci constant du législateur de préserver l'équilibre de la relation contractuelle entre délégant et délégataire, afin de favoriser la réussite de la démarche de partenariat ;

6. une précision sur le régime de mise à disposition du domaine public, pour les besoins de la gestion déléguée ;
7. une ébauche de régime juridique et comptable applicable aux biens de la gestion déléguée ;
8. la possibilité d'un recours à la voie de l'arbitrage, pour le règlement des litiges entre délégant et délégataire.
9. et la mise en place d'un cadre normatif permettant le suivi et le contrôle des gestions déléguées par les autorités délégantes ;

Les apports de la nouvelle Loi sont donc nombreux. Après avoir rappelé le champ d'application de la Loi (2.1) et le mode de passation des conventions de gestion déléguée (2.2), nous examinerons les caractéristiques de ces conventions (2.3), ainsi que les dispositions relatives à leur suivi et à leur contrôle (2.4).

2.1. Champ d'application de la Loi

Une Loi non applicable aux contrats de l'Etat

L'article 1^{er} de la Loi énonce que celle-ci s'applique « *aux contrats de gestion déléguée de services et d'ouvrages publics passés par les collectivités locales ou leurs groupements et par les établissements publics* ».

Ainsi, et contrairement à ce qui avait été initialement envisagé dans le projet de Loi, **les contrats passés par l'Etat ne sont pas concernés par la Loi.**

On remarquera néanmoins que les règles énoncées par celle-ci, notamment en matière de transparence et de recours à la publicité préalable à l'attribution d'une convention de gestion déléguée sont aisément transposables aux projets concernant l'Etat, ceci ayant d'ailleurs été récemment confirmé par la Direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation du Ministre des finances et de la Privatisation⁷.

⁷ Revue Trimestrielle du Ministère des Finances et de la Privatisation, n°38, juin 2006.

Une Loi applicable à tous les types de services publics

Contrairement à ce qui avait été initialement envisagé dans le projet de Loi, il n'a finalement pas été décidé de distinguer selon que le service public dont la gestion sera déléguée est administratif ou industriel et commercial.

Il en résulte, en pratique, que les autorités délégantes pourront avoir recours à la gestion déléguée des services publics, sans avoir à distinguer selon que le service public concerné est administratif ou industriel et commercial.

Une définition extensive de la gestion déléguée

L'une des innovations de la Loi est d'énoncer une définition de la « gestion déléguée », jusqu'alors inexistante dans la législation marocaine.

L'article 2 de la Loi définit ainsi la gestion déléguée comme « *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 « **déléataire** » **en lui reconnaissant le droit de percevoir une rémunération sur les usagers et/ou de réaliser des bénéfices sur ladite gestion.*** »

La gestion déléguée peut également porter sur la réalisation et/ou la gestion d'un ouvrage public concourant à l'exercice du service public délégué ».

Ce deuxième alinéa ouvre, selon nous, la voie à des contrats de partenariats, dans lesquels le gestionnaire privé ne sera pas exclusivement rémunéré par les usagers, cette possibilité étant d'ailleurs confirmée par l'article 29 de la Loi qui ne mentionne la perception de redevances que comme une simple possibilité.

Pourraient être concernés, selon nous, des contrats en vertu desquels le partenaire privé ne serait pas rémunéré par les usagers, mais par le délégant ou par une autre personne, comme par exemple des conventions de type B.O.T. relatives au financement, à la construction et à la gestion de bâtiments et infrastructures, tels des écoles, des prisons ou des hôpitaux.

Une définition légèrement différente de celle retenue par le droit français

Bien que s'inspirant largement de la loi française, la définition marocaine de la gestion déléguée diffère de la définition de la délégation de service public retenue par le droit français.

Ainsi, tandis que le droit français vise expressément, dans la définition de la délégation de service public, le fait que « **la rémunération du délégataire soit substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service** »⁸, le droit marocain ne fait pas référence à un tel critère.

En droit français, l'équilibre financier du contrat doit donc conduire à ce que la rémunération perçue par le délégataire, au titre des recettes du service et des recettes annexes permette de considérer qu'il est « *substantiellement rémunéré par le résultat de l'exploitation* ».

La majorité de la doctrine, ainsi que certaines décisions des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel montrent que derrière ce critère est sans doute recherché le fait de savoir si le délégataire supporte le **risque financier d'exploitation du service**, sur lequel sa bonne ou mauvaise gestion doit pouvoir peser⁹.

⁸ L'alinéa 1 de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, tel que modifié par la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite loi « MURCEF »), qui retranscrit la jurisprudence du Conseil d'Etat énonce en effet qu'« *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.* »

⁹ Dans un arrêt SMITOM, le Conseil d'Etat français avait apporté des précisions, sur le caractère « substantiel » de la rémunération par le résultat de l'exploitation, à propos d'un contrat qualifié de « *régie intéressée* » par les parties :

« *Considérant [...] qu'il ressort des pièces du dossier que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par le SMITOM devait être d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant du SMITOM, que, dans ces conditions, la rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ; que, dès lors, le contrat envisagé [devait] être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public [...] ».*

On doit noter qu'il résulte très nettement des conclusions du Commissaire du gouvernement, comme de la rédaction de la décision SMITOM, que ce « seuil » des 30 % n'en constitue pas un. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat juge que, en fonction des circonstances de l'espèce, et notamment de la structure économique du contrat, une rémunération par 30 % de recettes autres que celle correspondant au prix payé par le SMITOM

On peut, à cet égard, remarquer que la Loi marocaine dispose elle-même que « *Le délégataire gère le service à ses risques et périls et en bon père de famille* »¹⁰.

Cette notion afférente au risque financier peut avoir son importance car elle peut être un des moyens d'opérer la distinction entre un marché public et une délégation de service public.

▮ Une distinction marchés/délégation de service public qui pourrait s'avérer délicate, en pratique

En droit français, il résulte de la définition retenue que le fait que la rémunération du délégataire soit substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service constitue le **critère principal de distinction entre une délégation de service public et un « marché de service public »**¹¹.

Le droit marocain, lui, énonce simplement le fait que le délégataire a le droit de « *percevoir une rémunération sur les usagers* » et/ou de « *réaliser des bénéfices sur ladite gestion* ».

On peut penser qu'en l'absence d'un critère similaire à celui adopté en droit français, dans le droit marocain, il pourra parfois être délicat de distinguer les hypothèses dans lesquelles on se trouve en présence d'une délégation de services publics, de celles où l'on est en présence d'un marché public.

Existence de dérogations à l'application de la Loi

La Loi a prévu des dérogations à son application.

1. L'article 33 de la Loi institue ainsi un régime dérogatoire pour les « petits » contrats, passés par les établissements publics et concernant un nombre d'usagers inférieur à un seuil qui sera fixé par voie réglementaire ;
2. Le même article dispose, par ailleurs, que « **Lorsque le secteur ou l'activité concernés ou le nombre d'usagers de**

suffisait en l'occurrence pour qualifier de « substantielle » la rémunération liée au résultat d'exploitation. Mais ce seuil pourrait être inférieur (voire supérieur) dans d'autres cas (CE, 30 juin 1999, SMITOM Centre ouest Seine-et-Marnais, Rec. Lebon p. 229 conclusions C. Bergeal, AJDA 1999 p. 714).

¹⁰ Article 24 de la Loi.

¹¹ D. Moreau, les marchés de service public, Editions du Moniteur 2005.

services publics ne justifient pas ou ne permettent pas l'application de la présente loi, la collectivité locale ou son groupement peuvent demander à l'autorité gouvernementale chargée de la tutelle des collectivités locales une autorisation de procéder à la gestion déléguée envisagée par négociation directe ou selon une procédure simplifiée. »

Il convient néanmoins de noter que la Loi a encadré les modalités pratiques d'une telle dérogation en indiquant :

1. d'une part, que **l'autorisation de l'autorité gouvernementale** chargée de la tutelle des collectivités locales devait être accordée par décision **motivée et publiée au Bulletin officiel** ;
2. et d'autre part, qu'**une telle autorisation ne pouvait être accordée lorsque la gestion déléguée concerne certains secteurs, limitativement énumérés, à savoir l'eau, l'assainissement, l'électricité, le transport public urbain et la gestion des déchets.**

Application de la Loi dans le temps

La Loi est entrée en vigueur dès sa publication au Bulletin Officiel, le 16 mars 2006.

Néanmoins, la Loi énonce expressément qu'elle « **ne sera pas applicable aux contrats de gestion déléguée et aux procédures d'appel à la concurrence ou de négociation directe entamées antérieurement à sa date d'entrée en vigueur.** »

2.2. Mode de passation des conventions de gestion déléguée

La Loi énonce des principes généraux, en matière de transparence et de publicité, mais ne fait référence à aucune forme particulière de passation, tel que par exemple l'appel d'offres avec présélection existant en matière de marchés publics.

Transparence dans la procédure d'attribution des conventions

Le principe de l'appel à la concurrence

L'un des apports essentiels de la nouvelle Loi est d'imposer aux délégants de faire appel à la concurrence.

Ce principe est énoncé à l'article 5 de la Loi qui énonce que « **Pour le choix du délégataire, le délégant est tenu, sauf exceptions prévues à l'article 6 ci-après, de faire appel à la concurrence en vue d'assurer l'égalité des candidats, l'objectivité des critères de sélection, la transparence des opérations et l'impartialité des décisions.** » Le même article ajoute notamment que « **La procédure de passation du contrat de gestion déléguée doit faire l'objet d'une publicité préalable.** »

On peut néanmoins regretter l'absence de définition des critères d'attribution et de choix du délégataire.

Le principe d'appel à la concurrence connaît néanmoins un nombre limitatif d'exceptions permettant le recours à la négociation directe.

Les exceptions au principe permettant le recours à la négociation directe

L'article 6 de la Loi prévoit que « **Le délégataire peut être sélectionné par voie de négociation directe dans les cas exceptionnels suivants :**

a) lorsqu'il y a **urgence à assurer la continuité du service public ;**

b) pour des raisons de **défense nationale ou de sécurité publique ;**

c) pour les **activités dont l'exploitation est exclusivement réservée à des porteurs de brevets d'invention ou pour les prestations dont l'exécution ne peut être confiée qu'à un délégataire déterminé.** »

L'article 6 ajoute un **quatrième cas** dans lequel le délégant peut recourir à la négociation directe, **lorsque le délégant est une collectivité locale et qu'aucune offre n'a été présentée ou que l'appel à la concurrence a été déclaré infructueux.**

Dans ce dernier cas, la Loi prévoit que le délégant doit établir un rapport précisant les raisons qui ont conduit au recours à cette voie et au choix du délégataire proposé et précise que ce rapport est soumis à l'approbation de l'autorité de tutelle des collectivités locales pour décider de la gestion déléguée du service public en cause.

Possibilité de soumettre une proposition spontanée

Une autre innovation de la Loi consiste à permettre aux opérateurs privés maîtrisant une technique ou une technologie de soumettre une proposition spontanée.

La Loi énonce ainsi que « *Toute personne maîtrisant une technique ou une technologie qui s'avérerait utile à la gestion d'un service public peut soumettre, de manière spontanée, sa candidature accompagnée d'une offre comportant une étude de faisabilité technique, économique et financière à l'autorité compétente pour décider de la délégation de la gestion du service public en cause* » et précise que « *Ladite autorité est tenue d'examiner cette offre et de porter à la connaissance du candidat la suite qui lui a été donnée.* »

On remarquera, à titre de comparaison, que cette possibilité de proposition spontanée n'existe pas en France, pour les délégations de service public, bien qu'elle soit prévue pour les contrats de partenariats.

En adoptant une telle disposition, le législateur marocain a notamment souhaité **inciter les opérateurs spécialisés, à prendre des initiatives**, afin de proposer aux délégants potentiels, leurs produits et services susceptibles d'améliorer la gestion des services publics.

La Loi rappelle toutefois le principe d'appel à la concurrence en énonçant que si l'autorité

« décide d'entamer une procédure de délégation de la gestion du service objet de la proposition spontanée, elle se réserve le droit d'utiliser ladite offre **pour faire appel à la concurrence, en informant ledit candidat et en respectant les brevets et droits de propriété industrielle liés à la proposition du candidat.** »

Publication d'un extrait du contrat

Dans le cadre de sa volonté de favoriser la transparence et la publicité en matière de gestion déléguée, le législateur a en outre prévu qu'un **extrait du contrat de gestion déléguée** comportant le nom et la qualité des contractants, l'objet, la durée, la consistance de la délégation, ainsi que **les clauses concernant les usagers devra être publié dans le Bulletin Officiel** correspondant à l'autorité délégante.

2.3. Les contrats de gestion déléguée

Composants du contrat

La Loi indique que le contrat de gestion déléguée est notamment composé, **par ordre de primauté**, de la convention, du cahier des charges et des annexes, dont les contenus respectifs sont précisés.

Une telle hiérarchisation des composants du contrat pourra probablement permettre, selon nous, une interprétation plus aisée des documents contractuels de la gestion déléguée, dans le cas d'une éventuelle contradiction entre plusieurs documents et ainsi faciliter l'exécution de la convention.

Durée limitée de la gestion déléguée

Dès sa définition, le législateur a insisté sur la durée limitée de la gestion déléguée.

L'article 13 rappelle ce principe en disposant que « **Tout contrat de gestion déléguée doit être limitée dans sa durée** ».

Le même article précise les conditions dans lesquelles cette durée doit être déterminée et énonce qu'elle doit tenir compte de la nature des prestations demandées au délégataire et de l'investissement qu'il devra réaliser. Elle ne doit toutefois pas dépasser la durée normale de

l'amortissement des installations lorsque les ouvrages sont financés par le délégataire.

Les conditions de prorogation de cette durée limitée sont très strictement encadrées par la Loi qui impose, dans les hypothèses limitatives visées, le respect d'un formalisme important.

On remarquera néanmoins que contrairement au droit français, **aucune limite de durée chiffrée¹² n'est énoncée par la Loi.**

2.3.1. Obligations mises à la charge du délégataire

Rappel des principes du service public et des obligations en découlant pour le délégataire

La loi dispose que « *Le délégataire assume la responsabilité du service public en respectant les principes d'égalité des usagers, de **continuité du service** et de son **adaptation aux évolutions technologiques et sociales*** » et que « *Le délégataire assure ses prestations au **moindre coût** et dans les **meilleures conditions de sécurité, de qualité et de protection de l'environnement*** ».

Ce rappel des principes du service public impose au délégataire des obligations importantes, exorbitantes du droit commun.

Ainsi, on peut par exemple penser que même dans l'hypothèse où le délégant n'exécuterait pas ses obligations envers le délégataire, ce dernier devrait tout de même continuer à poursuivre l'exécution de ses obligations, sans pouvoir invoquer le principe de l'exception d'inexécution et cela, afin de respecter le principe de « *continuité du service* »¹³.

En contrepartie de ces obligations, justifiées par l'intérêt général, le législateur, soucieux d'attirer les investisseurs a néanmoins tenté d'assurer aux délégataires, le respect d'un certain équilibre dans la relation contractuelle (cf. infra – paragraphe 2.3.2).

¹² L'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales énonce notamment que « Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, **les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans**, sauf examen préalable par le trésorier-payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. »

¹³ Sous réserve de ce qui sera mentionné au paragraphe 2.3.2. relatif à l'équilibre des sanctions.

▮ Société délégataire

Tout délégataire doit se constituer en **société régie par le droit marocain**, dont l'**objet exclusif** est la gestion du service public défini dans le contrat de délégation.

Le délégataire peut néanmoins exploiter des activités complémentaires, commerciales ou industrielles nécessaires pour les usagers des services publics ou susceptibles de contribuer à une meilleure prestation.

▮ Obligations d'information et de communication mises à la charge du délégataire

Il est mis à la charge du délégataire, un certain nombre d'obligations d'information et de communication que nous précisons dans le paragraphe 2.6. relatif au suivi et au contrôle de la gestion déléguée.

▮ Obligations de reprise du personnel de la gestion déléguée

Prenant en considération l'enjeu social de la gestion déléguée, la Loi dispose que **sauf clause contraire** du contrat de gestion déléguée, **le personnel relevant du service délégué est repris** à la date de mise en vigueur du contrat par le délégataire **avec maintien de ses droits acquis**.

La Loi précise que **lorsque le délégataire prévoit des réajustements significatifs des effectifs dudit personnel**, les niveaux et modalités de ces réajustements doivent figurer dans le contrat.

2.3.2. Recherche de l'équilibre dans la relation contractuelle

Afin qu'un Partenariat Public-Privé soit une réussite, la pratique a démontré qu'il était essentiel que soit recherché un équilibre dans la relation contractuelle.

▮ Equilibre financier

La loi dispose que « **les parties contractantes veillent au maintien de l'équilibre financier du contrat de gestion déléguée en tenant compte des impératifs de service public et de la juste rémunération du délégataire** ».

La Loi précise que « *Le contrat de gestion déléguée fixe les principes et les modalités de*

tarification ou de rémunération du service délégué ainsi que les conditions de réajustement et de modification ou de révision des tarifs ou de la rémunération » et que « **Ces clauses tarifaires ou de rémunération doivent tenir compte non seulement de l'équilibre financier de la gestion déléguée, mais aussi des gains de productivité, des économies découlant de l'amélioration de la gestion et du rendement du service public délégué.** »

Mais la recherche de l'équilibre dans la relation contractuelle est plus large que celle du seul équilibre financier.

▮ Equilibre des sanctions

Lorsque la Loi prévoit que le contrat de gestion déléguée détermine les sanctions qui pourront être prises par le délégant, à l'encontre du délégataire, en cas de manquement à ses engagements ou d'infractions aux clauses contractuelles, elle énonce dans le même temps, que le contrat **prévoit le principe et les modalités de l'indemnisation du délégataire en cas de non exécution, par le délégant, de ses obligations ou de résiliation du contrat pour une raison non imputable au délégataire.**

Le législateur tente une fois encore de rassurer les investisseurs en leur offrant une contrepartie réelle à leurs obligations de respecter, dans l'intérêt général, les impératifs du service public.

▮ Réciprocité des causes de fin anticipée du contrat

La recherche de l'équilibre dans la relation contractuelle se retrouve également dans les hypothèses possibles de fin anticipée du contrat.

Une telle fin anticipée du contrat peut ainsi intervenir notamment :

- en cas de déchéance du délégataire prononcée par le délégant, en cas de faute d'une particulière gravité du délégataire ;
- mais également en cas de **résiliation du contrat, par le délégataire, en cas de faute d'une particulière gravité du délégant.**

Dans cette dernière hypothèse, nous avons néanmoins tendance à considérer qu'il conviendrait que le délégataire saisisse le tribunal (ou le tribunal arbitral) compétent, d'une

demande tendant à voir ce dernier, prononcer la résiliation de la convention de gestion déléguée, la gravité de la faute reprochée au délégant relevant alors de l'appréciation du tribunal saisi.

2.3.3. Mise à disposition du domaine public

La Loi énonce que le délégataire peut, pour les besoins de la gestion déléguée, obtenir de l'autorité compétente, un **droit d'occupation du domaine public attaché au contrat pour toute sa durée**.

La Loi ne précise néanmoins pas expressément si une telle disposition est de nature à constituer une exception au principe général de précarité de l'autorisation d'occupation du domaine public.

2.3.4. Régime juridique et comptable des biens de la gestion déléguée

Avant l'entrée en vigueur de la Loi, le régime juridique et comptable relatif à la propriété des biens de la gestion déléguée était quasiment inexistant.

Certains contrats de concession et de délégation de services publics avaient néanmoins déjà utilisé, en pratique, des notions comme celles de « biens de retour » ou de « biens de reprise », mais le droit positif marocain n'y faisait pas référence. La Loi a donné à ces notions, issues de la jurisprudence administrative française, une consécration légale.

▮ Définition des « Biens de retour »

La Loi dispose que **les biens de retour doivent revenir obligatoirement au délégant à la fin de la gestion déléguée**. Ils comportent notamment les terrains, bâtiments, ouvrages, installations, **matériels et objets mobiliers** mis à la disposition du délégataire par le délégant ou **acquis par le délégataire dans les conditions fixées dans le contrat** de gestion déléguée. Ils incluent également les biens relevant du domaine public.

Elle ajoute que **les biens de retour peuvent comporter les biens meubles qui, en raison de leur importance, contribuent substantiellement au fonctionnement du service délégué**.

Cette définition légale appelle, selon nous, les commentaires suivants :

1. cette définition tente de transposer des principes issus de la jurisprudence administrative française.

En matière de propriété des ouvrages et outillages inclus dans une concession, on distingue en effet, en droit administratif français et en général dans les pays francophones, entre « biens de retour », « biens de reprise automatique », « biens de reprise éventuelle » et « biens propres » : cette catégorisation peut paraître complexe, mais a notamment pour vocation d'éviter les contentieux en fin de concession.

La jurisprudence française a en particulier estimé que les biens de retour étaient la propriété *ab initio* du concédant, ce qui se comprend, dans les conventions comportant souvent des occupations du domaine public.

2. Bien que l'article 16 de la Loi énonce que **les biens de retour doivent revenir obligatoirement au délégant à la fin de la gestion déléguée**, le fait que la Loi précise que ces biens ne peuvent faire l'objet d'aucune cession, aliénation, location ou sûreté quelconque par le délégataire, pendant toute la durée de la gestion déléguée, sous réserve des dispositions permettant, sous certaines conditions, de mettre en hypothèques certains biens de retour, tend à nous faire considérer que le régime de propriété des biens de retour devrait être le même qu'en droit français.
3. Or, en général, les biens qualifiés de biens de retour sont des terrains, ouvrages et équipements lourds et fixes **et non des biens mobiles**.
4. En France, la propriété appartient au concédant *ab initio*, le jour même du début de la construction ou mise en place, **parce que, s'agissant d'ouvrages ou d'outillages ayant reçu un aménagement spécial pour les rendre aptes à la prestation de service public, ils appartiennent immédiatement au domaine**. Cette règle sévère est d'origine jurisprudentielle et la jurisprudence est demeurée constante sur ce point.

En dépit du fait qu'il finance ces biens, le concessionnaire n'en est donc jamais le propriétaire et n'en a que la jouissance.

Cette notion de biens de retour appartenant *ab initio* au concédant se comprend en droit français dans des conventions de concessions qui comportent souvent des occupations du domaine public.

Ainsi, par exemple, lorsqu'une autoroute est construite sur le domaine public, on comprend que cette autoroute, construite par le concessionnaire, appartienne *ab initio* au concédant. On peut également comprendre cette appartenance *ab initio*, au profit du concédant, pour des conduites enterrées ou encore pour la construction d'un terminal d'hydrocarbures.

5. **On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de qualifier de biens de retour, des biens meubles, acquis par le concessionnaire, ainsi que sur les problèmes pratiques qu'une telle qualification serait susceptible de générer, notamment en terme de financement desdits biens meubles.**

Le fait que les biens meubles concernés ne soient pas la propriété du concessionnaire pourrait en effet, selon nous, réduire sensiblement la capacité du concessionnaire à mettre en place un plan de financement de leur construction.

La question des garanties nécessaires pour le financement de la construction des biens meubles qualifiés de « biens de retour » pourrait ainsi, selon nous, se poser en pratique.¹⁴

6. Par ailleurs, la question de savoir à qui appartiendra la propriété desdits biens meubles pourra selon nous générer en outre des incertitudes, notamment en matière :
- d'assurances ;
 - de demandes d'autorisations et de démarches administratives à

accomplir, en cours de construction desdits biens ;

- de détermination de la personne sur qui pèsera la charge des risques susceptibles d'entraîner la perte ou la détérioration de ces biens, en cas d'évènements de force majeure ;
- et de détermination de responsabilité, en cas de dommages causés à un tiers par lesdits biens meubles, qualifiés de biens de retour de la concession.

▮ Définition des « Biens de reprise »

La Loi dispose que les biens de reprise, affectés au service public, pourront devenir en fin de gestion déléguée, la propriété du délégant, si ce dernier exerce la faculté de reprise prévue dans le contrat de gestion déléguée et que ces biens appartiennent au délégataire pendant la durée de la délégation.

▮ Possibilité de constituer des hypothèques sur certains biens de retour

La Loi énonce que **les contrats de gestion déléguée, passés par les établissements publics**, peuvent comporter une clause prévoyant que les biens de retour peuvent faire l'objet d'une hypothèque.

Une telle disposition devrait a priori faciliter le financement de tels biens.

Néanmoins, cette possibilité de constituer une hypothèque sur les biens de retour ne devrait, selon nous, pouvoir concerner que les biens de retour de nature immobilière¹⁵, la question du financement des biens de retour de nature mobilière demeurant.

En pratique, il semblerait que la difficulté soit parfois résolue, dans la pratique des contrats de concession, par une garantie de l'Etat aux prêts consentis au concessionnaire, ce qui peut constituer une meilleure garantie pour les banques qu'une hypothèque autorisée par la Loi, dans la mesure où une hypothèque sur des biens

¹⁴ Cf. le paragraphe ci-après relatif à la possibilité de constituer une hypothèque sur certains biens de retour.

¹⁵ Le régime applicable aux hypothèques est défini aux articles 157 et suivants du Dahir de 1915 fixant la législation applicable aux immeubles immatriculés, l'hypothèque étant définie comme un « droit réel immobilier sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation ».

meubles qu'on ne peut saisir ou exploiter sans l'accord du concédant est une garantie relativement médiocre.

Nous n'avons néanmoins pas connaissance, en pratique, d'un recours fréquent à ce type de garantie de l'Etat, au Maroc.¹⁶

▮ Régime comptable des biens de la gestion déléguée

L'article 15 de la Loi apporte des éléments nouveaux relatifs aux obligations comptables du délégataire.

Le délégataire doit établir des états de synthèse annuels donnant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'activité déléguée.

C'est ainsi que **la comptabilité du délégataire doit faire ressortir l'intégralité du patrimoine mis en délégation, par le délégant et/ou le délégataire, comportant en particulier les biens de retour et les biens de reprise.**

La comptabilité des opérations relatives à la délégation doit donc être intégrée aux comptes du délégataire, en application du principe selon lequel la délégation ne constituant pas une personne morale distincte, elle ne peut être considérée comme une entité comptable.

Rien n'est indiqué en ce qui concerne une éventuelle distinction de ces opérations avec les autres opérations du délégataire dans la comptabilité de ce dernier. En revanche, on peut en présumer puisqu'il est prévu que si le délégataire est délégataire de plusieurs activités de service public, il doit établir des états de synthèse annuels pour chaque activité déléguée. L'article 15 de la Loi apporte également des éléments nouveaux en ce qui concerne le régime comptable auquel est soumis le délégataire, régime spécifique qui concerne la **définition de l'actif du bilan**, le régime d'**amortissement des biens de la délégation** et la **possibilité de constater certaines provisions.**

¹⁶ Si le principe d'un cautionnement de l'Etat marocain existe, en pratique, de tels cautionnements de dettes par l'Etat marocain sont, à notre connaissance, passés par décret et le plus souvent, pour des prêts consentis, notamment par la Banque Européenne d'investissement, au profit d'Offices nationaux. De tels engagements de cautionnements par l'Etat marocain ne sont toutefois pas d'usage pour garantir le paiement de marchés publics, ou de prestataires, dans le cadre de contrats de gestion déléguée de services publics.

La loi prévoit ainsi que les **biens de la délégation** doivent être inscrits à l'**actif immobilisé** et que leur valeur d'entrée correspond à la **valeur estimée au moment de leur mise à disposition** au profit du délégataire. Le délégataire a donc la possibilité d'inscrire à l'actif du bilan l'ensemble des biens de la délégation, qu'il en ait ou non la propriété pendant la délégation (cf. régime juridique des biens de retour).

En outre, il est prévu que *« le délégataire constate, dans sa comptabilité, les amortissements pour dépréciation, les amortissements de caducité et provisions nécessaires pour maintenir le potentiel productif des installations et ouvrages délégués et pour permettre la reconstitution des capitaux investis. »*

Le législateur semble avoir considéré que le maintien au niveau exigé par le service public, du potentiel productif des installations concédées, doit être recherché par le jeu d'amortissements et de provisions adéquates.

En revanche, rien n'est spécifié sur la nature des biens pouvant faire l'objet des amortissements pour dépréciation ou dits de caducité ni sur le type de provisions pouvant être dotées par le délégataire. Le seul indice est que ces déductions ont pour objet le maintien du potentiel productif des installations **et** ouvrages délégués et la reconstitution des capitaux investis.

Si l'on considère que les déductions doivent avoir les deux objets précités de façon cumulative, elles ne peuvent concerner que les biens financés par le délégataire (première hypothèse). Si l'on considère que ces déductions peuvent ne viser que le maintien du potentiel productif des installations et ouvrages délégués, elles peuvent concerner également les biens mis dans la délégation par le délégant (deuxième hypothèse).

Quelque que soit l'hypothèse, de nombreuses questions restent en suspens.

- Dans la première hypothèse, il conviendrait de distinguer entre les immobilisations renouvelables ou non renouvelables et de différencier le cas où ces immobilisations sont, à la fin de la délégation, remises au délégant gratuitement ou contre indemnité.

L'amortissement de dépréciation ne devrait pas pouvoir être pratiqué dans les conditions de droit commun (débit d'un compte de charge) au cas des biens non renouvelables

remis gratuitement au délégant à la fin de la délégation. Dans la mesure où la valeur utile d'une installation peut être conservée par un entretien convenable, ladite installation ne doit pas faire l'objet, au niveau des charges d'exploitation du délégataire, de dotations aux amortissements pour dépréciation.

Les amortissements de caducité s'entendent des annuités que les sociétés délégataires sont autorisées à prélever sur leurs bénéficiaires en vue de l'amortissement tant de leur capital-obligations que de leur capital-actions investi en vue d'assurer l'exploitation d'un service public. Ces amortissements tendent donc :

- à rembourser avant la fin de la délégation, le capital emprunté ;
- à reconstituer dans le même délai le propre capital de la société.

Compte tenu de cette finalité, de tels amortissements ne devraient concerner que les biens qui doivent être remis à l'échéance sans indemnité.

La durée d'étalement des amortissements de caducité se pose également : durée totale de la délégation ou, s'agissant de la fraction du coût de revient des investissements financée par voie d'emprunt, au rythme des annuités de remboursement ?

S'agissant des biens renouvelables, on peut se demander si, comme pour les sociétés concessionnaires en France, le total des déductions susceptibles d'être opérées au titre des amortissements de caducité ne devrait pas correspondre uniquement au coût d'acquisition du dernier bien renouvelé (diminué, le cas échéant, des subventions perçues et des provisions pour renouvellement).

En ce qui concerne les provisions, on pourrait penser aux provisions pour renouvellement au cas des immobilisations renouvelables, que celles-ci soient ou non remises gratuitement en fin de délégation. Leur montant serait égal à la différence entre le coût estimé de remplacement et le coût d'achat ou de production du bien. Un plan de renouvellement pourrait alors être requis.

Des provisions pour grosses réparations ou pour remise en état pourraient également être envisagées au cas des immobilisations renouvelables remises, en fin de délégation,

sans indemnité, lorsque le cahier des charges prescrit de remettre le bien en bon état à la fin de la délégation.

- Dans la deuxième hypothèse, qui, rappelons le, consisterait à comptabiliser des déductions au cas des immobilisations mises dans la délégation par le délégant, il conviendrait de distinguer les cas de retour des biens en l'état et ceux de retour à l'identique et de déterminer les conditions dans lesquels les biens sont mis à la disposition du délégataire par le délégant (à titre gratuit, à titre onéreux ou à titre mixte).

Précisons, enfin, que ce régime comptable ne présage en rien du régime que l'administration fiscale marocaine considérerait comme applicable. Rappelons que jusqu'alors elle ne s'est prononcée qu'aux cas des immobilisations financées par les entreprises concessionnaires et remises en fin de concession à l'autorité délégante et qu'elle ne l'a fait qu'en ce qui concerne les amortissements financiers de caducité et l'indemnité. Rien n'a été précisé en matière de provisions.

L'esprit des notes circulaires émises par l'administration fiscale marocaine semble proche de celui de l'article 15 de la Loi puisqu'il est souhaité que la société concessionnaire reconstitue les capitaux investis en déduisant des annuités d'amortissement du capital investi au titre des installations appelées à être renouvelées en cours de concession et remises, en fin de concession, sans indemnité, à l'autorité concédante.

Pour autant, il conviendrait que le Conseil National de la Comptabilité et l'administration fiscale marocains se prononcent sur ce texte et éclaircissent les points ci-dessus évoqués.

2.3.5. Autres dispositions légales relatives au cours de la relation contractuelle

▮ Révisions périodiques

Les conventions de gestion déléguée des services publics sont souvent prévues pour être exécutées sur plusieurs années.

La Loi dispose à cet égard que le contrat doit prévoir la tenue de réunions, à intervalles réguliers, entre le délégant et le délégataire, afin d'examiner l'état d'exécution dudit contrat.

Si la durée de la gestion déléguée est supérieure à dix ans, le contrat doit en outre prévoir une évaluation commune, **au moins une fois tous les cinq ans** et une éventuelle révision de certaines de ses dispositions, sans préjudice des clauses prévoyant les modalités de révisions périodiques.

Le contrat peut autoriser le délégant et le délégataire à réexaminer les conditions de fonctionnement de la gestion déléguée, en vue de l'adapter aux besoins conformément au principe d'adaptation du service public et dans le respect de l'équilibre financier de la gestion déléguée.

On rappellera enfin que **le contrat de gestion déléguée fixe les conditions et les règles d'ajustement et de modification ou de révision des tarifs ou de la rémunération du service délégué.**

Faculté de rachat de la gestion déléguée

La Loi prévoit qu'outre les hypothèses de fin anticipée de la gestion déléguée déjà évoquée ci-dessus¹⁷, le contrat comporte également des stipulations relatives à la fin anticipée de celui-ci, dans l'hypothèse d'un **rachat de la gestion déléguée par le délégant, après l'expiration d'une période déterminée dans le contrat.**

2.3.6. Règlement des litiges : possibilité de recourir à la voie de l'arbitrage

Comme nous l'avons évoqué précédemment, pour qu'une convention de gestion déléguée soit une réussite, il faut un équilibre dans la relation contractuelle que la Loi a tenté de préserver, ainsi qu'une véritable démarche de partenariat entre les parties.

La pratique des Partenariats Public-Privé a néanmoins montré que, statistiquement, les contentieux entre les parties n'étaient pas rares.

En principe, en droit marocain, les litiges relatifs aux contrats administratifs sont de la compétence des tribunaux administratifs marocains.

Toutefois, dans le cadre de sa volonté de rassurer les investisseurs, notamment étrangers, le législateur marocain a permis le recours à l'arbitrage dans les conventions de gestion

déléguée des services publics. Il s'agit, selon nous, de l'une des quelques innovations majeures de cette Loi.

La Loi énonce ainsi que « *Le contrat de gestion déléguée peut prévoir le recours à la procédure de l'arbitrage soit selon la législation en vigueur, soit en vertu d'une convention internationale bilatérale ou multilatérale applicable au contrat en question et ce, en cas de survenance de litiges entre les parties contractantes.* »

On pourrait notamment imaginer, en pratique, le recours à des institutions d'arbitrage comme, par exemple, le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI).

Le recours à une telle procédure d'arbitrage, en cas de litige, était déjà parfois prévu, en pratique, dans certains contrats de concessions de service public, avant l'adoption de la Loi. Néanmoins, l'insertion de cette possibilité dans la Loi constitue, selon nous, un élément susceptible de favoriser un recours effectif à la juridiction arbitrale, en cas de litige entre le délégataire et le délégant.

Le délégataire devrait ainsi être mieux protégé qu'auparavant, en cas de contentieux avec l'autorité délégante et pourra ainsi, en cas de litige, espérer voir ses droits reconnus par la présente Loi¹⁸ effectivement protégés par une décision arbitrale.

Par ailleurs, l'exécution au Maroc d'une sentence arbitrale étrangère favorable au délégataire devrait, en principe, être facilitée par la ratification de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères par le Maroc, avec la réserve néanmoins que ladite Convention s'appliquera à la reconnaissance et à l'exécution des sentences prononcées sur le territoire d'un autre Etat contractant.

La loi dispose enfin qu'en cas de litige « **entre le délégataire et les usagers, le contrat de gestion déléguée prévoit une procédure de conciliation préalablement à tout recours arbitral ou judiciaire.** »

¹⁷ Cf. paragraphe 2.3.2. relatif à la réciprocité des causes de fin anticipée du contrat.

¹⁸ Cf. notamment le paragraphe 2.3.2. relatif à la recherche de l'équilibre dans la relation contractuelle.

2.4. Suivi et contrôle de la gestion déléguée

Les services publics dont la gestion est déléguée à des opérateurs du secteur privé sont le plus souvent des services publics essentiels, voire stratégiques. La distribution de l'eau potable et de l'électricité aux usagers en est un bon exemple. L'autorité délégante se doit en conséquence de contrôler régulièrement et efficacement le délégataire et sa gestion.

Or, comme nous l'avons précédemment indiqué¹⁹, la défaillance du contrôle des gestions déléguées avait souvent été critiquée avant l'entrée en vigueur de la Loi.

C'est la raison pour laquelle cette dernière a prévu plusieurs mécanismes destinés à faciliter ce contrôle, ainsi que le régime des sanctions applicables, afin d'en permettre l'effectivité.

Mise en place de structures de suivi et de contrôle de la gestion déléguée

Le contrat de gestion déléguée doit prévoir des structures de suivi et de contrôle de l'exécution du contrat. Il doit en fixer les compétences et les attributions.

Obligations d'information et de communication, mises à la charge du délégataire

Le délégataire doit justifier de la mise en œuvre effective d'un système d'information, de gestion, de contrôle interne et de certification de qualité, dont le contenu est précisé par la Loi.

Il doit en outre publier ses états de synthèse, ainsi que les rapports des commissaires aux comptes, dans un journal d'annonces légales, au plus tard dans les six mois suivant la clôture de l'exercice.

Le contrat doit préciser la périodicité et les modes de contrôle que le délégant exerce sur l'exécution et le suivi de la délégation, ainsi que les documents techniques, comptables et financiers qui sont communiqués régulièrement par le

délégataire au délégant pour le suivi et le contrôle de la gestion déléguée.

Contrôle de la personne du délégataire

La Loi énonce un principe d'*intuitu personae* en disposant que « *Le contrat de gestion déléguée est conclu à raison des qualités personnelles du délégataire.* »

Il ajoute que « **Les contrats de gestion déléguée passés par les collectivités locales ne peuvent être cédés.** »

On remarquera à cet égard, à titre de comparaison, qu'**en France, les délégations de service public sont cessibles, sous réserve d'obtenir l'autorisation préalable de la personne publique délégante.**²⁰

Cette possibilité n'existe au Maroc que pour les contrats de gestion déléguée conclus avec les établissements publics. Ces contrats peuvent en effet être cédés à un tiers, en totalité ou en partie, avec l'accord écrit donné par le délégant, dans les conditions stipulées dans le contrat.

▮ Possibilité de recours à la sous-traitance

La sous-traitance est possible mais doit rester accessoire.

Le contrat de gestion déléguée peut ainsi **autoriser, à titre accessoire, le délégataire, à sous-traiter une partie des obligations** lui incombant au titre de la délégation.

Dans ce cas, **le délégataire demeure personnellement responsable envers le délégant et les tiers, de l'accomplissement de toutes les obligations que lui impose le contrat** de gestion déléguée.

Les modalités et conditions de la sous-traitance doivent être définies dans le contrat.

Contrôle de la gestion du délégataire

La Loi dote le délégant de droits et de pouvoirs de contrôle importants en énonçant que **le délégant dispose à l'égard du délégataire d'un pouvoir général de contrôle**

¹⁹ Cf. paragraphe 1.

²⁰ Avis du Conseil d'Etat du 28 juin 2000.

économique, financier, technique, social et de gestion.

Ainsi, le délégué :

- « dispose, d'une manière permanente, de tous pouvoirs de contrôle pour s'assurer sur pièce et sur place de la bonne marche du service délégué et de la bonne exécution du contrat » ;
- « peut demander communication ou prendre connaissance de tout document détenu par le délégataire ayant trait à l'exécution des opérations relatives à la gestion déléguée » ;
- « peut faire procéder, à tout moment à des audits ou contrôles externes ou se faire assister par des experts ou agents de son choix qu'il fait connaître au délégataire » ;
- et « peut, **sauf stipulation contraire dans le contrat de gestion déléguée**, assister ou se faire représenter, à titre consultatif, aux séances du conseil d'administration ou de l'organe délibérant ainsi qu'aux assemblées générales de la société délégataire. **Il reçoit communication d'un exemplaire des documents destinés aux participants à ces organes.** »

Ces pouvoirs de contrôle de l'autorité délégante sont assortis de sanctions dont le régime est prévu par la Loi.

Conclusion

La Loi relative à la gestion déléguée des services publics récemment entrée en vigueur s'inspire largement des principales législations européennes en la matière et prévoit des règles et principes dont le principal objectif est de rassurer et donc d'attirer les investisseurs intéressés par la gestion déléguée de services publics au Maroc.

Le texte de Loi adopté est ambitieux dans la mesure où il édicte en trente-quatre articles, un cadre légal unifié, destiné à régir les différents types de Partenariats Public-Privé dans lesquels la gestion d'un service public est déléguée.

Par ailleurs, comme tout instrument législatif récent, la Loi récemment entrée en vigueur énonce des principes dont il faudra étudier l'application, en pratique.

La juridiction administrative au Maroc est à notre connaissance très peu saisie en matière de contrats administratifs. Aussi, la faculté de stipuler, dans la convention de gestion déléguée, la possibilité de recourir à l'arbitrage, notamment international, en cas de contentieux, devrait selon nous, pouvoir favoriser l'émergence d'une jurisprudence interprétative en la matière.

Avertissement légal

Cette lettre d'information ne peut se substituer à des recommandations ou des conseils de nature juridique ou fiscale.

Titularité des droits

Cette lettre d'information est la propriété de CMS Bureau Francis Lefebvre. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

Directeur de la publication

Pierre-Sébastien Thill

CMS Bureau Francis Lefebvre Maroc
7, rue Assilah, 20000 Casablanca, Maroc
Tel. : +212 22 22 86 86 - Fax : +212 22 48 14 78

CMS Bureau Francis Lefebvre est membre de CMS, alliance de grands cabinets d'avocats européens offrant aux entreprises un éventail complet de services juridiques et fiscaux en Europe et dans le reste du monde. Fort de plus de 3800 collaborateurs, dont plus de 2000 avocats et 575 associés, CMS s'appuie sur 47 implantations dans le monde.

CMS Bureau Francis Lefebvre is a member of CMS, the alliance of major European law firms providing businesses with legal and tax services across Europe and beyond. Operating in 47 business centres around the world, CMS has over 575 partners, more than 2,000 legal and tax advisers and a total complement of over 3,800 staff.

Cabinets membres de CMS / CMS member firms:

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, CMS Albinana & Suárez de Lezo, CMS Bureau Francis Lefebvre, CMS Cameron McKenna LLP, CMS DeBacker, CMS Derks Star Busmann, CMS von Erlach Henrici, CMS Hasche Sigle, CMS Reich-Rohrwig Hainz.

Implantations mondiales principales et secondaires de CMS / CMS offices and associated offices worldwide: **Berlin, Brussels, London, Madrid, Paris, Rome, Utrecht, Vienna, Zurich**, Aberdeen, Amsterdam, Antwerp, Arnhem, Beijing,

Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucharest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Chemnitz, Cologne, Dresden, Dusseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Hilversum, Hong Kong, Leipzig, Lyon, Marbella, Milan, Montevideo,

Moscow, Munich, New York, Prague, Sao Paulo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Warsaw and Zagreb.

www.cms-bfl.com