

La gestion déléguée du service public au Maroc

Mohammed Amine BENABDALLAH (♦)
*Professeur à l'Université Mohammed V
Rabat-Souissi*

Avec la fonction de police administrative, la fonction de service public se situe au cœur de toute activité administrative. De cette lapalissade, dont on excusera la naïveté de la formulation, découlent des réalités d'autant moins controversées qu'il peut paraître fortement déplacé de les reprendre ou les rediscuter. Mais si, dans la plupart des sociétés, le service public en tant qu'institution, avec, certes dans une moindre mesure, la police administrative, n'avait pas subi une profonde mutation quant à son mode de gestion et tout ce qui le caractérisait dans le passé, il n'y aurait aucune raison d'en faire un sujet de communication et encore moins un thème de colloque portant sur « le service public, aujourd'hui ». A lui seul, ce titre, à tout le moins très suggestif, est révélateur d'une problématique tellement chargée d'interrogations qu'il apparaît tout à fait justifié que chacun d'entre nous expose une facette des changements si ce n'est des métamorphoses qui ont marqué le service public ⁽¹⁾ dans son environnement au point que ses traits de jadis ⁽²⁾ se rapprochent davantage de ceux qui ont constamment distingué le secteur privé.

Au sein du paysage juridique marocain, la physionomie du service public n'a pas échappé à la rigueur du temps. Fini l'époque où le service public dans la tourmente de ses crises parvenait néanmoins à s'imposer tant comme critère d'application des règles de droit public que comme fonction par nature publique. Avec le désengagement de l'Etat, il a subi une série de mutations quant à sa gestion qui n'était que le propre de la puissance publique. En ce sens les années quatre-vingts demeureront marquées par une redéfinition du rôle de l'Etat avec l'adoption du plan d'ajustement structurel, puis à la fin de la même décennie par l'amorce d'une politique de privatisation des établissements publics à caractère industriels et commercial ⁽³⁾. Plus tard, est apparue la pratique par laquelle l'administration passe le relais au secteur privé ⁽⁴⁾ pour la gestion du service public.

Régie désormais par la loi promulguée le 14 février 2006 ⁽⁵⁾ dont l'article premier précise qu'elle s'applique aux contrats conclus par les collectivités locales ou leurs groupements et par les établissements publics, ce qui exclut les contrats de l'Etat, la gestion déléguée est définie comme *un contrat par lequel une personne morale de droit public délègue, pour une durée déterminée, la gestion d'un service public dont elle a la*

♦ <http://aminebenabdallah.hautetfort.com>

¹ I. Benjelloun, La gestion déléguée du service public entre les contraintes de la modernisation et le devoir de sa protection par l'Etat, REMALD n° 86, 2009, en langue arabe p. 50.

² M. Smires, La mort lente du service public, *in* Le service public face aux nouveaux défis, REMALD n° 35, « Thèmes actuels », 2002, p. 41.

³ M. Assouali, Le processus de privatisation, REMALD n° 7, « Thèmes actuels », 1996, p. 93.

⁴ A. Regala Ouazzani, Le secteur public, de la réforme à la privatisation, *in* Le service public face aux nouveaux défis, REMALD n° 35, « Thèmes actuels », 2002, p. 115.

⁵ Pour une étude critique de cette loi quant à la forme et au contenu, voir A. Mecherfi, Lecture de la loi relative à la gestion déléguée des services publics, REMALD n° 80, 2008, en langue arabe, p. 11.

responsabilité à une personne morale de droit public ou privé, en lui reconnaissant les droits de percevoir une rémunération sur les usagers et/ou de réaliser des bénéfices, la gestion déléguée du service public a pour objet divers domaines, elle peut s'appliquer indifféremment selon que le service public est administratif ou industriel et commercial.

Pour l'histoire, on retiendra que la pratique a devancé la loi. En effet, au lendemain de la politique de privatisation annoncée à la fin des années quatre-vingts, le désengagement de l'Etat s'est accentué au profit du secteur privé, et dans la foulée plusieurs contrats de gestion déléguée ont été conclus alors qu'aucune loi n'existait encore. C'est ainsi que dans le cadre des services publics locaux, plusieurs partenariats ont eu lieu dans les domaines de distribution d'eau et d'électricité par les villes de Casablanca en 1997 ⁽⁶⁾, Rabat en 1999, Tanger et Tétouan en 2001. Ce n'est donc que bien plus tard, en 2006, que la loi a vu le jour pour finalement accorder le sacre juridique à une pratique qui s'était imposée avec force.

Les raisons à la base du recours à la gestion déléguées sont fort nombreuses, mais on peut les résumer comme suit : Sans doute des raisons financières dans la mesure où il s'est avéré que les modes classiques, tels la régie directe ou la gestion par un établissement public local, n'échappaient pas toujours à des déficits budgétaires et créaient des problèmes de trésorerie que la collectivité avait du mal à surmonter. A cela, également, on ne manquera pas d'ajouter des problèmes de savoir-faire en matière de services publics nécessitant une certaine expertise technique comme le transport collectif, la collecte et le traitement des ordures ménagères, l'assainissement liquide. Mais on ne doit pas aussi oublier les offres globales que peuvent faire les entreprises privées comportant le financement, la construction, l'exploitation et la maintenance des équipements. Tout cela a dû inspirer l'idée d'instituer un mode qui permet d'assurer la prestation de service public et, en même temps, de rendre la gestion plus rationnelle et à moindre coût.

C'est dans cet esprit que vraisemblablement est intervenue la loi relative à la gestion déléguée des services publics, promulguée le 14 février 2006. Pour essentiels que soient les éléments innovants de la loi, celle-ci, dans la pratique, n'est pas sans recéler des limites non négligeables !

- I -

Les éléments essentiels de la loi

La loi marocaine sur la gestion déléguée se caractérise par une série de facteurs dont les plus importants ont trait à la définition de la notion, à l'idée de transparence qu'elle institue et à l'arbitrage qu'elle permet dans le traitement des litiges.

⁶ A. Bekkali, La pratique de la gestion déléguée au Maroc, Réflexions sur la portée de la convention conclue entre la communauté urbaine de Casablanca et la Lyonnaise des eaux, REMALD n° 25, 1998, p. 55.

D'abord une **différence de définition** avec la délégation de service public retenue en droit français.

En droit français (⁷), l'accent est mis sur le fait que « *la rémunération du délégataire soit substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service* ». Par cette mention, l'équilibre financier du contrat implique que la rémunération perçue par le délégataire en tant que recette liée au service permet de considérer celui-ci comme « *substantiellement rémunérée par le résultat de l'exploitation* ». C'est sur ce critère que se fonde la jurisprudence pour distinguer la délégation de service public du marché de service public (⁸).

En droit marocain, la référence à la rémunération substantielle est totalement absente pour laisser place à un article 24 précisant que « *le délégataire gère le service public à ses risques et périls et en bon père de famille* ». De ce fait, la législation ne lui permet que de percevoir une rémunération sur les usagers et/ou de réaliser des bénéfices et il n'est pas nécessaire qu'elle soit substantielle pour la qualification du contrat comme concernant une délégation de service public ou un marché de service public.

La distinction n'est pas sans intérêt. Alors que dans le marché de service public la contrepartie rémunératrice est certaine et émerge au budget de la collectivité, dans la gestion de service public sa part essentielle pour l'opérateur provient des résultats de l'exploitation du service public. Ainsi, peut-on relever que le législateur marocain a fondé la gestion déléguée du service public non point sur l'apport substantiel du prestataire, mais plutôt sur l'engagement du délégataire à gérer le service dont l'administration lui est déléguée. Il y a donc une volonté manifeste de ne pas faire dépendre le résultat de la gestion du service public de l'apport substantiel du prestataire.

Ensuite, une deuxième particularité qui concerne **l'appel à la concurrence, procédure contrebalancée par la négociation directe**.

Sur ce point, autant le législateur a insisté sur l'obligation pour le délégant de faire appel à la concurrence en vue d'assurer l'égalité des candidats et la transparence des opérations, autant il a tout de suite prévu dans un article suivant la procédure de la négociation directe justifiée soit par l'urgence, soit par des raisons de défense nationale ou de sécurité publique, ou encore par des 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. D'autre part, il est ajouté que si le délégant est une collectivité locale et lorsqu'aucune offre n'a été présentée ou lorsque l'appel à la concurrence a été déclaré infructueux, il peut recourir à la négociation directe sous réserve de l'approbation de l'autorité de tutelle.

Il est clair que le législateur a eu pour souci principal de permettre la conclusion du contrat de gestion déléguée non seulement sur la base de la concurrence mais, surtout,

⁷ Alinéa ajouté par la loi du 11 décembre 2001 à la loi Sapin du 29 janvier 1993.

⁸ C.E. 30 juin 1999, *SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marnais*, Leb. p. 229, concl. C. Bergeal, AJDA 1999, p. 714. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat français, à propos d'un contrat qualifié de « régie intéressée » avait apporté des précisions sur le caractère substantiel de la rémunération par le résultat de l'exploitation.

dans le but d'avoir comme cocontractant de la collectivité locale ou de l'établissement public le partenaire le plus à même de présenter efficacement et durablement la prestation objet du service public. C'est d'ailleurs dans le même esprit qu'il est mentionné que le contrat est conclu à raison des qualités personnelles du délégataire et qu'il ne peut être cédé s'il est passé par une collectivité locale. Comme, du reste, s'il est passé par un établissement public, il ne peut l'être avec l'accord écrit de celui-ci et dans les conditions fixées dans le contrat de gestion déléguée.

On remarque donc que tout en insistant sur la notion d'égalité des candidats, le législateur a pris la précaution de permettre la négociation directe et ainsi il n'a fait que consacrer la pratique qui avait précédé la loi avec les contrats conclus entre 1997 et 2001.

Enfin, troisième élément à retenir, c'est celui du recours, pour le règlement des litiges, à **la voie de l'arbitrage** ⁽⁹⁾.

C'est, pourrait-on dire, l'innovation majeure de la loi ; d'autant plus que, postérieurement à celle-ci, en 2007, le chapitre VIII traitant de l'arbitrage dans le code de procédure civile a été enrichi de plusieurs articles le renforçant en le détaillant ⁽¹⁰⁾. Ce n'est pas trop dire dans la mesure où, pour être une réussite, un contrat de gestion déléguée doit impérativement se distinguer par un équilibre dans la relation contractuelle et une véritable démarche de partenariat entre les parties, entendu que dans la pratique l'expérience a montré que les contentieux en ce domaine n'étaient pas rares. A ce titre, comme partout ailleurs, les litiges relatifs à ce type de contrats ressortissent à la compétence des juridictions administratives, mais, soucieux de rassurer les investisseurs, surtout étrangers, le législateur a institué le recours à l'arbitrage. A cet égard, l'article relatif au règlement des litiges précise que le contrat de gestion déléguée peut prévoir cette possibilité soit selon la législation en vigueur, soit en vertu d'une convention internationale bilatérale ou multilatérale.

On précisera, cependant, que le recours à la procédure d'arbitrage était déjà prévu dans certains contrats de concessions de service public avant même la promulgation de la loi sur la gestion déléguée, mais on conviendra que son insertion dans le texte n'est pas sans constituer un encouragement à y recourir surtout que la procédure arbitrale est tenue par des délais courts de procédure qui diffèrent énormément de ceux des juridictions.

Outre cela, il est à mentionner que dans le même esprit, l'article traitant du règlement des litiges précise que le contrat de gestion déléguée prévoit une procédure de conciliation préalablement à tout recours arbitrale ou judiciaire.

⁹ Sur l'arbitrage de manière générale, A. Regala Ouazzani, L'arbitrabilité du droit public marocain, REMALD n° 54-55, 2004, p. 87, M. Rousset, L'arbitrage et les personnes publiques au Maroc, Revue Marocaine des Contentieux (REMARC) n° 5-6, 2007, p. 23 ; A. Janati-Idrissi, L'intervention juge en amont et en aval de la sentence arbitrale, REMARC, n°5-6, 2007, p. 35 ; Th. Dal Farra, L'arbitrage international et les personnes publiques au Maroc, REMARC n° 5-6, 2007, p. 59.

¹⁰ M. Rousset, La nouvelle loi 08-05 du 30 novembre 2007 sur l'arbitrage et les collectivités publiques, REMARC n° 10, 2010, p. 11.

Par cette obligation, il va sans dire que le législateur a cherché à instituer un climat fondé sur l'entente des partenaires et non point miné par la perspective de se perdre dans les arcanes de la justice avec la fatalité inévitable d'avoir un vainqueur et un vaincu.

A la lumière de ces innovations, il ne fait aucun doute que la loi sur la gestion déléguée a encadré une pratique qui s'était installée dans certaines villes du Royaume et qui avait besoin d'être soumise à un texte. Ceci s'est avéré d'autant évident que par le recours à des opérateurs animés par la volonté d'investir et de réaliser des bénéfices, la collectivité locale s'épargne le lourd investissement qu'implique toute action de grande envergure. Toutefois, il n'en demeure pas moins vrai que comparé au service public classique pris en charge par l'administration, le service public confié à un tiers se heurte à des limites que la pratique a révélées.

- II -

Les limites de la pratique de la gestion déléguée

C'est, naturellement, confrontée à la réalité que la gestion déléguée de service public peut être réellement évaluée. La question est de savoir si le service public en tant que mission incombant à la puissance publique dont la vocation est de satisfaire des besoins d'intérêt général sans se préoccuper des bénéfices demeure fidèle à lui-même lorsque dans sa gestion il est délégué au privé. C'est, pensons-nous, au regard des principes sacro-saints qui le caractérisent qu'il doit être apprécié. Ceci est d'autant plus évident que la loi rappelle des principes du service public en imposant au délégataire des obligations importantes, exorbitantes du droit commun. Elle 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 qu'au moindre coût et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité et de protection de l'environnement* ». Sans doute, le principe de continuité ne subit-il aucune bousculade, mais à prendre celui de la gratuité ou de l'égalité, on a peine à dire que la situation est pareille.

A ce titre, sur le dur terrain de la pratique, force est de relever que divers obstacles ont jonché son chemin au point que les résultats obtenus n'ont pas été à la hauteur des attentes tant des délégants que des destinataires du service public. Car, en toute honnêteté, qui dit gestion de service public accepte évidemment que le délégataire ne soit pas forcément pourvu des mêmes buts que le délégant. A celui-ci, la satisfaction de l'intérêt général au moindre coût, à celui-là l'amortissement de son investissement et la réalisation de bénéfices ; et ce sont bien deux visées contradictoires.

A la lumière de la pratique dans un domaine vital, à savoir l'eau et l'électricité, on peut dénombrer quelques problèmes ne manquant pas d'importance et qui concernent l'accès premier au service public et la tarification de son utilisation ⁽¹¹⁾.

En 1997, la ville de Casablanca avait conclu un contrat de gestion délégué avec la société LYDEC. Parmi les engagements de cette société figurait le projet « *Branchements bleus* » ayant pour objectif de faciliter l'accès à l'eau potable et à l'assainissement dans les quartiers populaires. Mais il y a loin de la coupe aux lèvres.

Au cours de l'année 2007, une enquête menée par une équipe indépendante au sujet de la distribution de l'eau et de l'électricité et de l'assainissement par la société en question a révélé divers dépassements et défaillances quant aux engagements contractuels du délégataire. En fait, les opérations de branchements sociaux qui devaient faciliter l'accès de la population démunie au réseau de distribution étaient loin des résultats escomptés. Devant réaliser 50 000 opérations de branchements tous les cinq ans, soit 10 000 par an, la LYDEC n'en a réalisé que 10 000 en huit ans, soit quelque 1 250 par an.

Néanmoins, il ne conviendrait pas de tout mettre sur le compte du cocontractant sans considération pour la réalité de la situation. Le problème concerne moins la capacité du délégataire à présenter la prestation objet du contrat que celle de la population à accéder au service qui lui est proposé.

S'élevant à près de 8 000 dirhams par branchement, le coût du raccordement s'est avéré hors de portée d'une population au revenu ne dépassant guère les 16 000 dirhams par an. De plus, quand bien même le branchement est effectué, le problème devient celui du paiement des factures mensuelles.

Sur ce plan, compte tenu des règles qui gouvernent tout commerce, les tarifs n'ont pas été sans mettre en péril les bourses modestes d'une population qui s'est amassée devant le siège du gestionnaire délégué pour manifester sa colère contre la flambée des factures d'eau et d'électricité. En fait, l'augmentation de la facturation était également due à l'abaissement en 2006 de la tranche de consommation sociale de l'eau de 8 à 6 mètres cube. D'ailleurs au vu de cette réalité, le ministre de l'Intérieur, interpellé par les parlementaires avait annoncé que son département veillerait à l'accélération d'une révision globale du contrat de gestion déléguée conclu par la société LYDEC ⁽¹²⁾.

Des problèmes pareils révèlent les limites de la gestion déléguée face à des réalités sociales incontournables. Pour prendre en considération une telle situation, le cadre de la gestion déléguée doit donc se caractériser par une tendance à réduire les risques qu'encourent les opérateurs. Le contrat doit pouvoir faire l'objet d'ajustements selon les besoins qui s'imposent afin de faciliter la gestion des situations de crise suite à un imprévu qui rend difficile sinon impossible la poursuite de sa mise en œuvre. C'est d'autant plus indiqué que les investissements effectués sont extrêmement importants et difficiles à supporter par les budgets de la quasi totalité des collectivités locales.

¹¹ N. Benslimane, *La gestion déléguée des services publics : Cas de la LYDEC et de REDAL*, Thèse, Rabat, 2009, p. 352 et suiv.

¹² N. Benslimane, *op. cit.* p. 359.

*

* *

Après une dizaine d'années d'expérience, la gestion déléguée permet sans doute de tirer quelques enseignements propres à permettre son amélioration. Ainsi, s'il est certain que le recours au partenariat privé peut contribuer à une plus grande efficacité du service public, il n'en reste pas moins vrai que l'on ne doit pas perdre de vue la vocation première de la fonction de service public où l'utilisateur doit en principe constituer l'élément central. Tous les domaines qui jusqu'à maintenant ont fait l'objet d'une gestion déléguée ont révélé des insuffisances importantes quant à la satisfaction de l'administré. Sans doute, les projets entrepris sont-ils d'un impact considérable sur le plan des infrastructures que les collectivités locales ne peuvent facilement réaliser⁽¹³⁾, néanmoins, il est des défis⁽¹⁴⁾ à relever qui consistent à assurer aux populations nécessiteuses d'accéder aux prestations qui leur sont offertes. Quelle utilité de confier en gestion déléguée des services publics vitaux tels le transport, l'assainissement, la distribution de l'eau et de l'électricité, alors que la majeure partie de la population peut avoir du mal à y accéder ? C'est, nous semble-t-il, la question cruciale de l'accès au service public. En somme, toute la problématique de la gestion déléguée dans les pays en développement où la nécessité du partenariat entre le public et le privé doit impérativement se conjuguer avec celle de la satisfaction réelle du besoin d'intérêt général.

¹³ M. Anwar, L'impact de la gestion déléguée sur le développement local, REMALD n° 89, 2009, p. 95.

¹⁴ M. El Yaagoubi, Le service public entre la crise et les défis, *in* Le service public face aux nouveaux défis, REMALD n° 35, « Thèmes actuels », 2002, p.11.