

## ARTICLE

# Loi n°86-12 relative aux partenariats public-privé : entre ambition normative et réalités pratiques



**Saad EL MERNISSI**

*Conseil juridique et avocat au Barreau de Paris – Associé au Cabinet Figes Mernissi*

**Résumé** — Adoptée pour moderniser la structuration et le financement des infrastructures, la loi n° 86-12 relative aux partenariats public-privé a instauré un cadre contractuel ambitieux. Plus de dix ans après son entrée en vigueur, la pratique met toutefois en évidence un décalage persistant entre cette ambition normative et les montages effectivement retenus par les autorités publiques.

*Mots-clés* : Partenariats public-privé · Commande publique · Loi 86-12 · Loi 46-18 · Évaluation préalable · Gestion déléguée

## Introduction

1. - L'adoption de la loi n° 86-12 relative aux partenariats public-privé<sup>1</sup> (PPP) s'est inscrit dans une dynamique de modernisation du droit marocain de la commande publique et de diversification des modes de financement des infrastructures dans un contexte où l'investissement est porté pour les deux tiers par le secteur public. Face aux besoins croissants en équipements publics, la contrainte budgétaire de l'État et des établissements publics a conduit le législateur à promouvoir un modèle contractuel fondé sur la mobilisation du secteur privé, tant pour le financement que pour la réalisation et l'exploitation des projets.

2. - Inspirée des expériences étrangères, et notamment du modèle français des contrats de partenariat introduits en 2004 par l'ordonnance n° 2004-559<sup>2</sup>, la loi 86-12 a consacré un schéma contractuel ambitieux, reposant sur une approche intégrée du projet et sur un

transfert substantiel des risques au partenaire privé. Toutefois, plus de dix ans après son entrée en vigueur, la pratique révèle un recours limité aux partenariats public-privé au sens strict de ce texte, au profit de montages sectoriels ou hybrides.

3. - Cet écart entre l'ambition du dispositif et sa mise en œuvre effective tient à plusieurs facteurs structurels : la coexistence de cadres sectoriels concurrents, la complexité de certaines étapes procédurales, en particulier l'évaluation préalable ainsi que l'inachèvement de la réforme engagée par la loi n° 46-18<sup>3</sup>.

## I. L'ambition normative de la loi 86-12 face à la fragmentation du droit des infrastructures

1. Dahir n° 1-14-192 du 1er rabii I 1436 (24 décembre 2014) portant promulgation de la loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé B.O. n° 6332 du 5 février 2015.

2. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

3. Dahir n° 1-20-04 du 11 regeb 1441 (6 mars 2020) portant promulgation de la loi n° 46-18 modifiant et complétant la loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé B.O. n°6870 du 2 avril 2020.

## A. Le modèle juridique du PPP consacré par la loi 86-12

4. - La loi 86-12 définit le contrat de partenariat public-privé comme un contrat global par lequel une personne publique confie à un partenaire privé une mission intégrée comprenant le financement, la conception, la construction, la maintenance et, le cas échéant, l'exploitation d'un ouvrage ou d'un équipement public, moyennant une rémunération publique étalée dans le temps et conditionnée à la performance.

5. - Ce modèle se distingue des marchés publics classiques, caractérisés par une dissociation des prestations et un paiement immédiat ou échelonné sans transfert significatif de risques, ainsi que des concessions, dans lesquelles la rémunération du cocontractant repose principalement sur l'exploitation de l'ouvrage ou du service. Le contrat de partenariat repose, quant à lui, sur une logique de paiement public différé, fondée sur la disponibilité et la performance de l'infrastructure ou du service.

## B. La concurrence des textes sectoriels et de la gestion déléguée

6. - En pratique, le champ d'application de la loi n° 86-12 recoupe largement celui de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics<sup>4</sup>, ainsi que celui des régimes sectoriels encadrant des infrastructures stratégiques telles que l'électricité, l'eau, les ports, les chemins de fer, les autoroutes ou encore les infrastructures aéroportuaires. Cette superposition contribue à limiter le recours aux partenariats public-privé au sens strict, les autorités contractantes privilégiant des cadres juridiques perçus comme plus souples et mieux adaptés aux spécificités de chaque secteur.

7. - Le recours à la loi n° 54-05 demeure, à cet égard, particulièrement significatif. De nombreux projets ont été conclus sous ce régime, notamment dans le domaine de la gestion des services publics urbains, tels que la distribution d'eau et d'électricité, les transports urbains ou encore la gestion des déchets. Ce cadre, désormais bien maîtrisé notamment par les collectivités territoriales et les opérateurs, offre une sécurité ju-

ridique et une flexibilité contractuelle qui expliquent son attractivité. Il permet en particulier d'adapter l'allocation des risques et les mécanismes de rémunération aux réalités économiques locales, tout en assurant la continuité du service public.

8. - Par ailleurs, les textes sectoriels présentent des degrés variables d'encadrement, souvent perçus comme favorisant la souplesse et l'efficacité opérationnelle. Certains dispositifs se limitent à poser un principe général de recours à des opérateurs privés pour l'exécution de missions de service public, assorti d'exigences fondamentales telles que l'appel à la concurrence ou le maintien de l'équilibre économique du contrat. Tel est notamment le cas pour l'ONEE, où la législation applicable<sup>5</sup> prévoit uniquement un cadre de base laissant une large marge de manœuvre à l'opérateur public dans la structuration contractuelle des contrats d'achat et de fourniture d'électricité.

9. - À l'inverse, d'autres cadres sectoriels offrent un encadrement plus détaillé et particulièrement favorable à la bancabilité des projets. La loi n° 15-02<sup>6</sup> relative aux ports constitue, à cet égard, un exemple significatif. Elle prévoit non seulement les principales stipulations devant figurer dans les documents de concession portuaire, mais également des mécanismes favorables au financement des projets, notamment la possibilité pour les prêteurs d'obtenir des sûretés sur les ouvrages et équipements à travers la constitution de droits réels, tels que le droit de superficie, ainsi que la reconnaissance d'un droit de substitution en cas de défaillance du concessionnaire. Ces dispositions renforcent la sécurité juridique et de financement des projets et contribuent à l'attractivité de ces montages pour les investisseurs et les institutions financières.

10. - Dans ce contexte, le régime des contrats de partenariats apparaît souvent comme un cadre transversal mais plus contraignant, notamment en raison de ses exigences procédurales et de la rigidité perçue de certains mécanismes. Les autorités contractantes tendent dès lors à privilégier des montages sectoriels spécifiques ou des contrats hybrides, permettant une plus grande adaptabilité aux besoins opérationnels et aux attentes des financeurs.

4. Dahir n° 1-06-15 du 15 moharrem 1427 (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 mars 2006.

5. Dahir n° 1-11-160 du 1er kaada 1432 (29 septembre 2011) portant promulgation de la loi n° 40-09 relative à l'Office national de l'électricité et de l'eau potable « O.N.E.E. » B.O n° 5996 du 17 novembre 2011.

6. Dahir n° 1-05-146 du 20 chaoual 1426 (23 novembre 2005) portant promulgation de la loi n° 15-02 relative aux ports et portant création de l'agence nationale des ports et de la Société d'exploitation des ports B.O. n° 5378 du 15 décembre 2005.

## II. Les limites de la mise en œuvre et les perspectives ouvertes par la réforme

### A. L'évaluation préalable : entre exigence de rationalité et contraintes opérationnelles

11. - Sous le régime de la loi n° 86-12, le recours aux partenariats public-privé est conditionné par la réalisation d'une évaluation préalable. Elle a pour objet de démontrer la pertinence économique et financière du montage envisagé, en intégrant une analyse en coût global et une comparaison avec les modes alternatifs de réalisation, afin d'assurer une allocation optimale des risques et une utilisation efficiente des fonds publics.

12. - Si cette exigence s'inscrit dans une logique de bonne gouvernance et de rationalisation de la décision publique, elle s'est révélée, dans la pratique, particulièrement contraignante. La réalisation de l'évaluation préalable suppose en effet la mobilisation de compétences techniques et financières spécialisées, la production de modélisations complexes et la coordination d'acteurs multiples, ce qui allonge sensiblement les délais de structuration des projets. Dans des secteurs caractérisés par une forte pression opérationnelle, cette phase peut constituer un facteur de retard, voire de renoncement au recours au PPP.

13. - En outre, cette exigence expose l'autorité contractante à un risque de contrôle d'opportunité a posteriori, notamment par les organes de contrôle financier. La crainte d'une remise en cause ultérieure des choix économiques et stratégiques du projet contribue à renforcer la prudence des opérateurs publics, qui tendent alors à privilégier des cadres juridiques perçus comme plus sécurisés ou mieux maîtrisés, en particulier les textes sectoriels ou la gestion déléguée.

### B. La loi n° 46-18 : vers un rééquilibrage du dispositif et une harmonisation progressive

14. - La loi n° 46-18, modifiant et complétant la loi n° 86-12, permettra, une fois les textes nécessaires à son entrée en vigueur adoptés, de rééquilibrer le dispositif initial, en introduisant davantage de souplesse et en élargissant son champ d'application. L'un de ses apports majeurs réside dans l'inclusion explicite des collectivités territoriales, de leurs groupements et des autres personnes morales de droit public parmi les per-

sonnes publiques habilitées à recourir aux PPP. Cette évolution ouvre la voie à une territorialisation du recours à ce mode contractuel et à la structuration de projets de proximité, dans des domaines tels que les infrastructures urbaines, les équipements ou les services publics locaux.

15. - La réforme introduit également une flexibilisation significative de l'évaluation préalable, en instaurant une logique de seuils d'investissement en deçà desquels celle-ci devient optionnelle. Cette innovation vise à lever l'un des principaux freins identifiés sous le régime initial, en facilitant le lancement de projets de taille intermédiaire ou modeste. Toutefois, l'effectivité de cette mesure demeure étroitement liée à l'adoption des textes d'application appelés à préciser les seuils et leurs modalités d'appréciation.

16. - Par ailleurs, la loi n° 46-18 renforce la gouvernance du dispositif, en instituant une commission nationale du partenariat public-privé, placée sous la présidence du chef du gouvernement, ainsi qu'un comité permanent chargé de missions opérationnelles. Cette architecture vise à améliorer la coordination institutionnelle, la programmation stratégique et la visibilité du portefeuille de projets, répondant ainsi à une attente forte des investisseurs et des prêteurs.

17. - La réforme assouplit également les conditions de recours à la procédure négociée pour certains projets présentant un caractère stratégique, économique, social ou environnemental, sous réserve d'une autorisation préalable. Cette évolution introduit une flexibilité procédurale encadrée, mieux adaptée à la complexité de certains projets d'infrastructures.

18. - Enfin, la loi n° 46-18 amorce une dynamique d'harmonisation du droit des infrastructures. L'article 28-3 prévoit l'extension de certaines dispositions du régime des PPP, notamment l'évaluation préalable, aux projets relevant des lois sectorielles. Cette orientation traduit la volonté de généraliser une logique d'analyse en coût global et de renforcer la cohérence des choix publics.

19. - Consciente de la maturité et des spécificités des cadres sectoriels existants, la réforme prévoit toutefois un régime de dérogations permettant à la commission nationale d'autoriser certaines personnes publiques ou certains secteurs à demeurer régis par leurs textes propres. Ce mécanisme constitue un élément d'équilibre essentiel, visant à concilier l'objectif d'har-

monisation avec la préservation de l'efficacité opérationnelle et de la sécurité juridique des secteurs historiquement structurés.

## Conclusion

20. - La loi n° 86-12 relative aux partenariats public-privé demeure l'expression d'une ambition normative forte à savoir doter le Maroc d'un instrument contractuel moderne permettant d'optimiser la structuration, le financement et l'exécution des projets d'infrastructures. Toutefois, son effectivité a été freinée par plusieurs facteurs structurels, au premier rang desquels la fragmentation du droit des infrastructures, la concurrence des régimes sectoriels, la lourdeur de l'évaluation préalable et l'absence, à ce stade, de pleine visibilité institutionnelle.

21. - La réforme portée par la loi n° 46-18 apporte des réponses substantielles à ces limites, en élargissant le champ des personnes publiques habilitées à recourir aux PPP, en flexibilisant l'évaluation préalable par une logique de seuils, en renforçant la gouvernance stratégique et en amorçant une harmonisation avec les cadres sectoriels. Son entrée en vigueur effective, conditionnée à l'adoption des textes d'application, constituera un moment décisif. À défaut, le PPP risque de demeurer un outil juridiquement ambitieux mais marginal dans la pratique ; à l'inverse, une mise en œuvre pragmatique et sécurisée pourrait en faire un instrument pleinement intégré au droit marocain

des infrastructures.

22. - Au-delà de la seule réforme des PPP, l'enjeu apparaît plus large : celui d'une rationalisation et d'une harmonisation d'ensemble des législations relatives à la commande publique. Dans son avis de 2014 sur le projet de loi n° 86-12<sup>7</sup>, le Conseil économique, social et environnemental (CESE) soulignait déjà la nécessité de renforcer la cohérence globale du cadre juridique applicable aux contrats publics, afin d'éviter la dispersion normative et les incertitudes de qualification. Cette recommandation conserve aujourd'hui toute son actualité.

23. - L'expérience française offre, à cet égard, un éclairage utile. Le Code de la commande publique<sup>8</sup> entré en vigueur le 1er avril 2019, a permis d'unifier et de rationaliser les règles applicables aux marchés publics, concessions et contrats de partenariats, en assurant une meilleure lisibilité du droit positif et une plus grande sécurité juridique pour les acteurs économiques.

24. - Sans transposer mécaniquement ce modèle, la consolidation du droit marocain des infrastructures pourrait utilement s'inscrire dans une dynamique comparable à savoir celle d'un cadre harmonisé de la commande publique, conciliant sécurité juridique, efficacité opérationnelle et cohérence transversale des montages contractuels. C'est à cette condition que les PPP, au-delà de son ambition normative initiale, pourra pleinement contribuer au développement durable et structuré des infrastructures au Maroc.

7. Avis du Conseil économique, social et environnemental sur le projet de loi 86-12. Saisine n°09/2014.

8. Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.