REPOBLIKAN'I MADAGASIKARA

Fitiavana-Tanindrazana-Fandrosoana

_____

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE

_____

LOI N° 2015-039

Sur le Partenariat Public Privé.

EXPOSE DES MOTIFS

L'Etat a confirmé sa volonté de développer les Partenariats Publics Privés ("**PPP"**) dans une démarche qui allie la mise en place d'un cadre favorable au développement du secteur privé, la construction et la réhabilitation d'infrastructures clés, le renforcement de la capacité des collectivités locales, tout en veillant aux volets sociaux et environnementaux.

Pour compléter ses ressources financières et face à ses besoins croissants en matière d'infrastructures et de prestations de services publics, l'Etat souhaite disposer d'outils de financement additionnels et favoriser la contribution du secteur privé au développement, notamment en matière d'infrastructures et de logistique. A cet effet, l'Etat veut s'appuyer sur les compétences et ressources du secteur privé afin de réaliser les programmes sectoriels d'investissement public de l'Etatet d'améliorer la qualité des services publics fournis.

Madagascar dispose d'une réglementation en matière de commande publique, et notamment la loi n°2004-009 portant Code des marchés publics. Désormais avec cette loi sur le PPP, il est permis d'avoir recours à une panoplie complète de projets de partenariats publics privés, Le Code des marchés publics ne s'applique cependant aux Délégations de Services Publics ("DSP") que pour un nombre très limité de ses dispositions (articles 4 et 15 à 21) qui ne sont autrement réglementées que par des dispositions sectorielles relatives aux concessions. Ces lois sectorielles qui se réfèrent aux concessions sont également d'un usage limité car elles ne prévoient

pas notamment les modalités de passation.

Les insuffisances du Cadre juridique

Le Code des marchés publics ne permet pas le financement privé d'infrastructures dans des conditions de sécurité juridique suffisantes par des contrats de partenariat public privé de type concession ou par des contrats de type "Conception, Exploitation, Transfert" ("CET") ou ses multiples formes dérivées qui concourent également au financement privé de projets d'infrastructures.

Le Code interdit même l'utilisation de techniques contractuelles innovantes et globales, telle que celle appelée "contrat de partenariat", selon laquelle un partenaire privé peut financer, concevoir, réaliser une infrastructure d'intérêt public et soit l'exploiter pour le compte de l'entité publique, soit seulement l'assister dans cette exploitation par des services de maintenance ou d'opération, dans les deux cas sans délégation du service public. Le titulaire du contrat de partenariat est essentiellement rémunéré par la personne publique cocontractante pour la mise à disposition de l'investissement par une sorte de loyer fixé contractuellement et pour les services rendus tout au long de l'exécution du contrat, en tenant compte des performances.

Au plan sectoriel la plus grande partie des secteurs concernés par les infrastructures et en particulier l'eau, l'énergie et les transports a été en partie libéralisée et autorise à présent l'implication du secteur privé dans certaines de ces activités notamment par l'octroi de concessions. Ces législations sectorielles ne contiennent cependant pas de dispositions sur la passation des PPP qu'une loi nationale multisectorielle organisant la passation des PPP pourrait apporter. Une telle loi assurerait une politique cohérente de développement contrôlé des infrastructures nécessaires au développement du pays.

(i) Optimiser la dépense publique

Le PPP est un montage juridico-financier innovant qui favorisera le financement en grandes et moyennes infrastructures structurantes pour la population et pour le développement de l'économie malgache.

La présente loi a donc pour objectif que la passation des PPP soit réalisée

dans la plus grande transparence et dans des conditions socio-économiques efficaces afin de mettre en concurrence les candidats potentiels et d'obtenir le meilleur engagement possible de la part des partenaires privés, d'assurer la faisabilité financière et économique et la soutenabilité budgétaire des projets retenus, le tout dans un objectif d'optimisation des dépenses publiques.

(ii) Faciliter le financement privé

Des dispositions spécifiques, telles que la cession de créances, l'accord direct ou la substitution et la création de fonds de développement, de garantie ou de viabilitéont prévues afin de faciliter le financement des infrastructures par des institutions financières nationales et internationales.

Les projets réalisés dans le cadre d'un PPP sont en outre éligibles à l'ensemble des dispositifs en place pour l'incitation et l'assistance aux investissements ainsi qu'aux avantages fiscaux qui pourraient être prévus par la loi.

Les modes contractuels concernés

La présente loi concerne d'une part les financements de projet dans le cadre juridique des concessions traditionnelles avec délégation de service public y compris les formes plus récentes des contrats de type "Construction, Exploitation, Transfert" ("CET") et toutes ses formes dérivées et d'autre part les contrats de partenariat et autres formes de contrat répondant à la définition de PPP avec ou sans délégation du service public.

- ***La concession et l'affermage***

Les ***concessions*** considérées comme des PPP au sens de la présente loi sont les concessions de travaux ou de services qui sont des contrats par lesquels une personne publique confie à un titulaire l'exécution de travaux ou la prestation de services en lui offrant notamment en contrepartie le droit d'exploiter les ouvrages ou les services, à charge pour le titulaire de supporter tout ou partie du risque d'exploitation.

A l'inverse, les ***concessions de bien public*** ou de domaine public et les

autorisations d'occupation temporaire du domaine public, sans obligation d'investissement et sans cahier des charges exprimant les exigences de la personne publique en ce qui concerne l'usage du bien ou du domaine, ne sont pas considérées comme des PPP.

De même les ***licences*** qui au sens de la présente loi ne sont que de simples autorisations d'exercice d'activité octroyées unilatéralement par l'autorité publique compétente, si certains critères de qualification sont réunis alors que l'opérateur économique conserve la liberté de renoncer à la fourniture de travaux ou de services, ne répondent pas à la définition de PPP et n'entrent donc pas dans le cadre d'application de la présente loi.

En revanche, les contrats qualifiés de licence donnant accès à des droits exclusifs à un nombre limité de candidats avec négociation d'un cahier des charges et obligation de fourniture de travaux ou de services jusqu'au terme de la licence et qui participent au financement privé d'infrastructure, entrent dans le cadre de la présente loi.

Les ***contrats d'affermage***, par lesquels le titulaire supporte certaines obligations de gros entretien, de maintenance lourde ou de renouvellement et supporte un risque d'exploitation, entrent également dans le cadre de la présente loi bien que la personne publique prenne en charge l'essentiel des investissements.

Un ***contrat de concession*** ou tout autre contrat de ***cession de droits exclusifs entre deux personnes publiques****,* considéré comme un contrat interne (*in house*), n'entre pas dans le cadre de la présente loi.

La présente loi en revanche ne sera pas applicable aux cessions de participation de sociétés publiques bénéficiaires de concession ou de droits exclusifs. Ces cessions sont assujetties aux dispositions afférentes aux privatisations qui n'entrent pas dans le cadre de la présente loi.

- ***Le contrat de type CET et ses formes dérivées***

Les contrats de type Construction, Exploitation, Transfert ("CET") sont des PPP par lesquels un titulaire s'engage à assurer et financer la conception, la construction et l'exploitation d'une infrastructure avant son transfert à

titre gratuit à l'entité publique en fin de contrat. Le contrat CET ("BOT" Build -Operate - and - Transfer en anglais) fait l'objet d'une multitude de déclinaisons, qui répondent également à la définition de PPP.

- ***Le contrat de partenariat***

La présente loi concerne également les contrats dits "de partenariat" qui sont des PPP essentiellement rémunérés par la personne publique par une sorte de loyer en contrepartie de la disponibilité de l'infrastructure, auquel s'ajoute la rémunération des services rendus pendant toute la durée du contrat.

Ce mode de financement d'infrastructures essentiellement sociales (écoles, hôpitaux, bâtiments publics, etc.) ou non rentables est aujourd'hui de plus en plus développé dans le monde et peut être très utile pour le pays. Il requiert cependant une attention toute particulière et un contrôle renforcé dans la mesure où il engage directement, bien que de façon différée, le paiement de ces investissements, par des budgets publics.

Ces contrats PPP obligent de ce fait à une plus grande préparation notamment par une évaluation comparative préalable et à une vigilance accrue en cours de contrat.

Un tel dispositif permettrait à Madagascar de s'engager dans de grands travaux d'infrastructures, nécessaires à son développement économique et social ne pouvant pas être actuellement réalisés de manière satisfaisante, pour l'ensemble des parties prenantes, au moyen d'un marché public ou d'une simple délégation de service public.

Le cadre institutionnel

Le cadre institutionnel des PPP est placé sous la haute autorité du Président de la République et piloté par le Comité National PPP chargé d'assister le gouvernement dans la définition de sa politique et des stratégies PPP.

Cette politique sera mise en œuvre au niveau national par une entité spécialisée autonome dénommé "Unité PPP" qui sera notamment chargée

d’assister toute personne publique, à sa demande, dans le cadre de ses projets de PPP.

Des correspondants PPP nommés au sein de chaque administration de l’Etat, des établissements publics ou des collectivités territoriales concernés par un ou plusieurs projets PPP seront les interlocuteurs privilégiés de l’Unité PPP et le point focal de l’Unité PPP dans ces divers démembrements de l’Etat.

La procédure de passation s’effectuera sous le contrôle de l’Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP).

Le ministère en charge des finances vérifiera la soutenabilité financière et budgétaire des projets présentés.

Les autorités de régulation sectorielles demeureront pleinement compétentes pour les activités de leur secteur.

Tel est l’objet de la présente loi.

REPOBLIKAN'I MADAGASIKARA

Fitiavana-Tanindrazana-Fandrosoana

_____

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE

_____

LOI N° 2015-039

Sur le Partenariat Public Privé.

L’Assemblée nationale a adopté en sa séance du 09 décembre,

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

- Vu la Constitution,
- Vu la décision n°10 -HCC/D3 du 29 janvier 2016 de la Haute Cour Constitutionnelle,

PROMULGUE LA LOI DONT LA TENEUR SUIT :

TITRE PREMIER

DISPOSITIONS GENERALES

Article premier. **Objet**

La présente loi a pour objet de définir le cadre juridique et institutionnel de passation et d'exécution des Partenariats public privé dans des conditions socio-économiques efficaces et transparentes, conformément au principe de bonne gouvernance et en vue de l'optimisation des dépenses publiques.

Article 2. **Définitions**

Au sens de la présente loi,

- **"Accord direct"** désigne les accords conclus directement par les personnes publiques, l'Etat ou ses démembrements et une institution financière participant au financement des projets de PPP ou à l'octroi de garanties afférentes aux obligations de la Personne publique au titre des contrats PPP tels que visés à l'article 45.

- "**Affermage"**, désigne un contrat essentiellement de type locatif pour lequel la Personne publique supporte les obligations d'investissement, de gros entretien et de maintenance lourde et pour lequel le fermier titulaire supporte le risque d'exploitation et prend en charge l'entretien courant et éventuellement le renouvellement des équipements ou installations.

- "**Affilié"** désigne toutes entités, organisations ou individus qui contrôlent ou sont contrôlés effectivement l'un par l'autre ou sont contrôlés par un même tiers ou associés à d'autres entités, organisations ou individus sous un même contrôle ou avec un propriétaire commun.

- **"Approvisionnement public"** désigne toute forme de commande publique permettant l'acquisition ou la construction d'ouvrages ou de services par la Personne publique, contribuant ou non au service public,

- **"Autorité de Régulation des Marchés Publics"** ou **"ARMP"** désigne l'autorité instituée par la loi N° 2004-009 du 24 juin 2004 portant Code des marchés publics,

- "**Commission d'Appel d'Offres"** désigne la commission désignée par la Personne publique afin de procéder au suivi de la procédure de passation dont les attributions sont précisées par décret,

- "**Concessions"** désigne les concessions de travaux ou de service qui sont des contrats par lesquels une Personne publique confie à un titulaire l'exécution de travaux ou de la prestation de services en lui offrant notamment en contrepartie le droit d'exploiter les ouvrages ou les services, à charge pour le titulaire de supporter tout ou partie du risque d'exploitation,

- **"Contrats de partenariat"** sont des PPP pour lesquels la rémunération du titulaire provient majoritairement de la Personne publique au titre de la disponibilité des investissements conçus, réalisés et financés par le titulaire, de leurs performances et des services d'opération et de maintenance rendus tout au long de la période contractuelle par le titulaire pour le compte de la Personne publique,

- **"Construction, Exploitation, Transfert"** ("**CET**") (ou **"BOT**" en langue anglaise) désigne un contrat par lequel l'autorité contractante confie à un opérateur la construction, le financement, l'exploitation et l'entretien d'infrastructures lequel opérateur reçoit en contrepartie sa rémunération sur les tarifs payés par les usagers, afin de recouvrer ses coûts; l'usager peut être une Personne publique, unique bénéficiaire de la production ou du traitement; l'installation est transférée à la Personne publique à l'expiration du contrat.

- **"Délégation de service public",** désigne les contrats pour lesquels l'autorité contractante délègue à une personne physique ou morale la réalisation des prestations de service public, comportant ou non un investissement préalable, lorsque la rémunération du délégataire est principalement constituée par les redevances payées par les usagers de service,

- **"Droit d'exclusivité":** La détention d'un droit d'exclusivité confère au candidat une situation de monopole de droit qui écarte automatiquement la concurrence, et par voie de conséquence le recours à l'appel d'offres ou toute autre forme de mise en concurrence.

- **"Etude de préfaisabilité"** désigne l'étude sommaire technique, économique, financière, environnementale, sociale, juridique et administrative réalisée afin d'évaluer l'intérêt potentiel du projet ainsi que la pertinence de la forme de contrat envisagé entre les différentes formes d'approvisionnement public disponibles, telle que visée à l'article 8 de la présente loi.

- **"Etude de faisabilité"** désigne l'étude préalable obligatoire pour tout contrat PPP visant à démontrer la faisabilité technique,

économique, financière, environnementale, sociale, juridique et administrative du projet sous forme de PPP, telle que prévue à l'article8 de la présente loi. L'étude de faisabilité comprend une étude d'impact économique, social et environnemental, et un plan de remédiation éventuelle.

- **"Etude de soutenabilité financière et budgétaire"** désigne un ensemble de procédures visant à vérifier la capacité pour la Personne publique de faire face à l'ensemble des engagements financiers issus du contrat pour l'ensemble de sa durée.

- **"Etablissement public"** désigne les établissements prévus par, la loi n° 98-031 du 20 janvier 1999 portant définition des établissements publics et des règles concernant la création de catégorie d'établissements publics

- **"Formes dérivées des contrats CET",** désigne d'autres formes de montage juridico financier répondant à la définition de PPP au sens de la présente loi. Ces formes dérivées des contrats CET, sont désignées par de multiples acronymes d'origine anglo-saxons -**DBFO, BOO, BTO, DOT, ROT, ROO** et autres, qui reflètent l'objet du contrat suivant qu'il s'agit de construction neuve, de réhabilitation, d'extension ou d'amélioration, ou qui signalent un régime différent de propriété, avec ou sans transfert de celle-ci à différents stades du projet, ou d'autres particularités,

- "**Licence"** désigne une autorisation d'exercer une activité en considération de certaines qualifications requises et dont l'octroi peut être soumis à un cahier des charges non négociable précisant les conditions d'exercice de l'activité, alors que l'opérateur économique conserve la liberté de renoncer à la fourniture de travaux ou de

services.

- **"Offre irrecevable"** désigne une offre irrégulière, qui ne remplit pas les conditions stipulées dans le dossier d'appel d'offres, soit incomplète car ne contenant pas toutes les pièces ou renseignements requis, soit inappropriée car sans rapport avec le besoin de la Personne publique.

- **"Offre inacceptable"** désigne une offre dont les conditions techniques, économiques, sociales, juridiques, environnementales, financières ou autres ne sont pas favorables à la Personne publique, dont les conditions d'exécution du PPP méconnaissent la législation et la réglementation en vigueur, ou qui est contraire à la législation et la réglementation en vigueur.

- **"Personne publique"** désigne soit l'Etat, soit une collectivité territoriale, soit un établissement public décidant de confier à un tiers la réalisation des missions prévues par le contrat PPP.

- **"PPP"** ou **"partenariat public privé"** désigne un contrat quelque soit sa forme ou sa dénomination, par lequel une Personne publique, confie à un tiers, pour une période déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenus, une mission ayant pour objet :

  - tout ou partie du financement, d'infrastructures, ouvrages, équipements ou de biens immatériels, nécessaires au service public, ainsi que,
  - tout ou partie de leur construction, réhabilitation, transformation,

entretien, maintenance, exploitation, ou gestion, avec ou sans délégation de services public.

- **"Titulaire"** désigne la société commerciale de droit malgache cocontractante de la Personne publique en charge des missions prévues par le PPP

Article 3. **Champ d'application général et sectoriel**

Les dispositions de la présente loi s'appliquent à l'ensemble des secteurs économiques et sociaux y compris ceux gérés par des réglementations particulières, à l'exclusion du secteur minier et des hydrocarbures.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent à l'ensemble des personnes publiques au sens de la présente loi.

Sur avis favorable de l'Unité PPP, peuvent être volontairement soumis à l'ensemble des dispositions de la présente loi :

- Les projets de PPP relevant d'une procédure simplifiée en vertu des seuils prévus par l'article 10

- Tout projet qui ne rentre pas dans le champ d'application général et sectoriel tel que défini au présent article mais que la Personne publique concernée souhaite soumettre au régime des PPP

Dans les cas prévus à l'alinéa ci-dessus, lorsque l'assistance de l'Unité PPP est sollicitée, cette dernière s'assure du respect des procédures prévues par la présente loi.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent à l'ensemble des contrats répondant à la définition de PPP au sens de la présente loi quel que soit la

forme ou la dénomination du contrat.

Sont ainsi régis par la présente loi, quelle que soit l’appellation utilisée :

- les Concessions traditionnelles avec délégation de service public;

- les contrats de type "Construction, Exploitation, Transfert" ("CET") et toutes leurs formes dérivées;

- les contrats d’affermage sauf ceux visés par le paragraphe suivant ;

- les contrats de partenariat.

Sont exclus du champ d’application de la présente loi :

- les contrats de prêt ou les opérations de type crédit-bail;

- les contrats de service et d’assistance technique ou de cession de savoir-faire;

- les contrats d’opération et maintenance, les contrats de gestion, les régies et les formes de concession, d’affermage ou d’autorisation d’occupation temporaire, sans obligation d’investissement et sans délégation de service public, n’apportant aucun concours au financement d’infrastructure ou à leur renouvellement ou ne contribuant pas directement ou indirectement à la délivrance d’un

service par la personne publique;

- les contrats de concession ou de cession de droits exclusifs entre deux personnes publiques;

- les autorisations de type "licence";

- les autorisations d'occupation temporaire du domaine public sans obligation d'investissement.

Le simple financement d'une infrastructure, l'acte de construction lui-même ou de simples prestations de service d'opération, maintenance ou autre sans participation au risque global de construction et d'exploitation n'entrent pas dans le champ d'application de la présente loi.

TITRE II

LE CADRE INSTITUTIONNEL

Article 4. **Le cadre institutionnel PPP**

Le cadre institutionnel des PPP est placé sous l'autorité du Président de la République. Il comprend un Comité National PPP, une Unité PPP ainsi que des correspondants PPP nommés au sein de chaque administration de l'Etat, des établissements publics ou des collectivités territoriales concernés par un ou plusieurs projets PPP.

L'ARMP, le ministère en charge des finances et les autorités de régulation sectorielle interviennent chacun en ce qui les concerne dans le contrôle de la passation des contrats de PPP, l'évaluation de la soutenabilité financière et budgétaire des projets présentés, et la régulation sectorielle des PPP.

Article 5. **Le Comité National PPP**

Il est créé un Comité National PPP dont le rôle est :

- l'élaboration de la politique nationale de développement des PPP, et

- l'assistance au gouvernement pour l'orientation de ses décisions stratégiques et de sa politique en matière de PPP.

Les attributions, l'organisation et le fonctionnement du Comité National PPP sont précisés par décret.

Article 6. **L'Unité PPP**

Il est créé une Unité PPP qui :

- assiste toute Personne publique au niveau national, régional et municipal dans l'étude de préfaisabilité et la passation des contrats PPP,

- s'occupe du développement et de la promotion des projets PPP à Madagascar, de l'information du public,

- effectue le suivi et l'évaluation de la pratique des PPP à Madagascar.

Sans préjudice des compétences d'un régulateur au plan sectoriel, les missions dévolues par la présente loi à l'Unité PPP sont accomplies par celle-ci en accord avec les principes et missions fixés par les

réglementations applicables aux secteurs économiques.

Les attributions, l'organisation et le fonctionnement de l'Unité PPP sont précisés par décret.

TITRE III

REGLES APPLICABLES A LA SELECTION DES PROJETS

ET A LA DESIGNATION DES TITULAIRES

Article 7. **Principes généraux de la passation**

Quel que soit le type de PPP, le montant des investissements ou des revenus escomptés du projet ou la durée des contrats PPP concernés, la passation des PPP, respecte les principes généraux suivant :

- le principe de la liberté d'accès à la commande publique,

- le principe de l'égalité de traitement des candidats,

- le principe de la transparence des procédures.

La liberté d'accès des candidats nécessite une publicité adaptée et la mise en place de toute mesure garantissant l'égalité d'accès à l'information pour tous les opérateurs économiques.

L'égalité de traitement repose sur la fixation de critères clairs et précis, y compris le cas échéant des critères socio-économiques ou environnementaux en complément des critères techniques, de qualité, de performance, financiers ou autres, permettant l'objectivité et l'impartialité des choix par la Personne publique.

L'obligation de transparence dans la procédure de passation consiste, pour la Personne publique, à garantir en faveur de tout candidat, la définition à

l’avance d’un ensemble de règles claires et le respect de ces règles par tous, ainsi que la publication des résultats de la procédure.

Ces principes permettent d’assurer l’efficience du contrat PPP et la bonne utilisation des deniers et des biens publics.

Ils exigent :

- une définition préalable des besoins de l’usager ou de l’acheteur public;

- une planification rigoureuse des opérations de mise à la concurrence;

- le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et

- le choix de l’offre évaluée comme étant socio économiquement la plus avantageuse.

Article 8. **Procédure préparatoire des projets PPP**

Avant de s’engager dans un projet PPP, la Personne publique concernée doit effectuer une étude de préfaisabilité technique, économique, financière, environnementale, sociale, juridique et administrative afin d’évaluer l’intérêt potentiel du projet.

Les conditions et modalités de cette étude ainsi que le modèle type de rapport d’étude de préfaisabilité sont fixées par décret.

Article 9. **Etude de faisabilité et de soutenabilité financière et budgétaire**

Pour tout projet PPP, une étude de faisabilité émanant de la personne publique est obligatoire. Sur la base de cette étude de faisabilité, la Personne publique prépare une étude de soutenabilité financière et budgétaire et la transmet avec l'étude de faisabilité à l'Unité PPP.

En tout état de cause, tout au long du processus, la Personne publique et l'Unité PPP peuvent solliciter le ministère en charge des finances pour émettre des recommandations en vue de la soutenabilité financière et budgétaire du projet.

Avant signature et en cas de renégociation ou de modification, tout contrat PPP ou ses avenants impliquant les finances publiques est soumis à l'avis favorable du ministère en charge des finances pour approbation, sous peine de nullité telle que prévue à l'article 48 de la présente loi.

Article 10. **Procédures relatives aux projets de moindre envergure**

Les procédures prévues à l'article 8 et à l'article 9 ne s'imposent cependant pas aux personnes publiques pour les PPP considérés comme des petits projets de courte durée, dont le montant d'investissement attendu, le revenu estimé devant être généré tout au long de la vie du contrat PPP ou le risque encouru et la durée ne dépassent pas les seuils fixés par décret.

Pour ces projets PPP de moindre importance et de courte durée, dans une optique de réduction de coûts et de délais de passation, la Personne publique peut procéder par voie d'appel à la concurrence suivant des règles de procédures simplifiées qui ne sont pas assujetties aux obligations d'études préalables, aux clauses obligatoires et aux règles de procédure et de publication fixées à la présente loi, selon les modalités précisées par décret.

Le respect des principes régissant les contrats PPP et leur passation ainsi que les exclusions figurant aux articles 7, 11 et 33 de la présente loi s'imposent néanmoins à ces projets pour lesquels les dispositions du Code des Marchés Publics s'appliquent s'il y a lieu à titre supplétif avec également pour objectif l'optimisation et la maitrise des dépenses publiques.

Article 11. **Interdiction de soumissionner**

Ne peuvent soumissionner à un PPP :

- les personnes physiques ou morales en état de liquidation des biens et les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée;

- les personnes physiques ou morales admises en redressement judiciaire qui ne peuvent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité;

- les personnes physiques ou morales qui n'ont pas souscrit à leurs obligations fiscales, parafiscales ou sociales à la date limite fixée pour le dépôt des candidatures;

- les personnes physiques ou morales qui ont fait l'objet d'une condamnation pénale ou d'une sanction prononcée par l'ARMP pour atteinte à la réglementation des marchés publics;

- les personnes sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales ou d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

- les personnes disqualifiées à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation;

- les entreprises dans lesquelles un membre de la Commission d'Appel d'Offres possède des intérêts financiers ou personnels de

quelque nature que ce soit;

- les prestataires de services et les entreprises Affiliées aux prestataires de services ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel d'offres;

- les entreprises dont l'un des cadres dirigeant a exercé une fonction de direction au sein de la Personne publique ou d'une entité publique affiliée au cours des trois dernières années.

Article 12. **Projet d'initiative privé**

Lorsque la Personne publique est saisie d'un projet PPP par une entreprise ou un groupement d'entreprises issues du secteur privé qui ne se réfère pas à un projet déjà engagé ou figurant dans les plans de développement à l'échelon national, régional ou local ou dans les projets de la Personne publique, et si celle-ci envisage, après réalisation d'une pré-étude indépendante de l'initiateur du projet d'y donner suite éventuellement sous la forme d'un PPP, elle conduit la procédure de passation du PPP dans les conditions prévues par la présente loi.

Dès lors que l'auteur du projet de PPP ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 11 et possède les capacités techniques, professionnelles et financières suffisantes, il est admis à participer aux procédures de passation précitées qui devront préserver les droits de propriété intellectuelle éventuels et respecter la confidentialité des informations fournies par l'initiateur du projet pour ne pas porter préjudice aux principes généraux de la passation énoncés à l'article 7 de la présente loi.

La Personne publique doit prévoir le remboursement par le titulaire et au profit des initiateurs privés de projets retenus, de tout ou partie des coûts de développement dûment justifiés qu'ils auraient encourus pour un projet qui

ne leur serait pas attribué. Ce remboursement est effectué dans les conditions et limites fixées par décret après approbation de l'Unité PPP.

Nonobstant les dispositions de l'article 24 de la présente loi, le projet d'initiative privé ne peut en aucun cas faire l'objet d'une procédure de gré à gré.

Article 13. Participation d'un organisme international

Lorsqu'un organisme international participe au financement d'une infrastructure faisant l'objet d'un PPP, la procédure de passation du contrat peut faire l'objet d'ajustements pour tenir compte des procédures propres à cet organisme international.

Ces mesures d'ajustement sont discutées par la Personne publique cocontractante avec l'organisme international et sont soumises à l'avis de la Commission d'appel d'offres. Ces mesures d'ajustement sont décrites dans l'avis d'appel public à la concurrence mentionné à l'article 17 de la présente loi.

Article 14. **Compétence simultanée de plusieurs personnes publiques**

Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, celles-ci peuvent désigner, par convention et sur proposition de l'Unité PPP, celle d'entre elles qui conduira la procédure de passation, signera le contrat PPP et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences, d'information des personnes publiques compétentes sur la passation et l'exécution du projet et en fixe le terme.

TITRE IV

LES PROCEDURES DE PASSATION DES CONTRATS

Article 15. **Les responsables de la passation des contrats**

Les intervenants au niveau du secteur public dans le processus de passation d'un PPP sont :

- La Personne publique;

- La Commission d’Appel d’Offres;

- L’Unité PPP;

- Le Ministère en charge des finances;

- L’Autorité de Régulation des Marchés Publics, le cas échéant, le régulateur du secteur concerné.

En l’absence de délégation spécifique, le représentant de la Personne publique est :

- Pour l’Etat, le Ministre ordonnateur compétent au regard du ministère destinataire du contrat PPP;

- Pour les Provinces, le Chef de Province;

- Pour les Régions, le Chef de Région;

- Pour les Communes, le Maire;

- Pour les Etablissements Publics, le directeur de l'Etablissement public.

Article 16. **Les différents modes et procédures de passation des contrats PPP**

Les différents modes de passation des contrats PPP peuvent être effectués selon les procédures suivantes :

- appel d'offres, ouvert ou restreint;

- gré à gré;

- dialogue compétitif.

Le choix de ces modes est déterminé suivant les critères définis de l'article 18 à l'article 25 de la présente loi. La procédure d'appel d'offres, ouvert est la règle en matière de PPP et les autres modes ne peuvent s'appliquer que dans les cas spécifiquement prévus à la présente loi.

Article 17. **La publicité préalable**

Chaque PPP passé par appel d'offres ouvert ou par la procédure de Dialogue compétitif est précédé d'un avis spécifique d'appel public à la concurrence établi conformément à un modèle type fixé par voie réglementaire et publié selon des modalités fixées par décret.

Selon la procédure choisie, l'avis d'appel public à la concurrence précise les critères de pré-qualification à l'appel d'offres ou les critères d'attribution du contrat.

La Personne publique publie l'avis dans la presse écrite habilitée à recevoir

des annonces légales ainsi que sur le site internet de l'Unité PPP. Toutefois, pour les projets PPP inférieurs aux seuils fixés par Décret, la publication pourra se faire par voie d'affichage et sur le site internet de l'Unité PPP.

Article 18. **La procédure d'appel d'offres**

L'appel d'offres est une procédure concurrentielle par laquelle, la Personne publique choisit, conformément aux dispositions de la présente loi et dans les dispositions fixées par un dossier d'appel d'offres préalablement défini et mis à la disposition de tout candidat intéressé ou pré-qualifié, l'offre socio-économique la plus avantageuse.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

Il est dit "ouvert" lorsque tout candidat peut remettre une offre. L'appel d'offres ouvert peut intégrer une phase de pré-qualification;

Il est dit "restreint"lorsque seuls peuvent remettre une offre les candidats qui y ont directement été invités par la personne publique.

L'appel d'offres, ouvert ou restreint, peut être organisé en une ou plusieurs étapes.

Article 19. **Appel d'offres ouvert sans pré-qualification**

L'appel d'offres ouvert sans pré-qualification est la procédure par laquelle la Personne publique invite à travers un avis d'appel public à la concurrence prévu à l'article 17 de la présente loi tout candidat intéressé à soumettre une offre, et choisit, conformément aux dispositions de la présente loi et dans les conditions fixées par un dossier d'appel d'offres préalablement défini et mis à la disposition des candidats intéressés, l'offre socio-économique la plus avantageuse.

Les modalités de l'appel d'offre ouvert sans pré-qualification sont précisées par décret.

Article 20. **Appel d'offres ouvert avec pré-qualification**

L'appel d'offres ouvert avec pré-qualification est la procédure par laquelle la Personne publique invite les candidats pré-qualifiés à soumettre une

offre, et choisit, conformément aux dispositions de la présente loi et dans les conditions fixées par un dossier d'appel d'offres préalablement défini et mis à la disposition des candidats pré-qualifiés, l'offre socio-économique la plus avantageuse.

La phase de pré-qualification a pour objet d'éliminer les candidats n'ayant pas l'aptitude à exécuter un PPP de manière satisfaisante compte tenu notamment de sa longue durée, de sa taille ou de sa complexité.

Les modalités de la procédure d'appel d'offres ouvert avec pré-qualification sont précisées par décret.

Article 21. **Appel d'offres restreint**

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats que la Personne publique a décidé de consulter. La Personne publique doit au moins consulter trois candidats. Aux fins de l'établissement de la liste restreinte, la publication d'un avis d'appel à manifestation d'intérêt est facultative.

Il ne peut être procédé à un appel d'offres restreint que sur proposition motivée de la Personne publique et après avis favorable de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics quant à la composition de la liste restreinte et la pertinence de la procédure. En tout état de cause, la procédure d'appel d'offres restreint ne peut être justifiée que dans les cas suivants :

- lorsque les montants estimés des investissements du projet, des revenus escomptés ou des risques encourus ainsi que de la durée du PPP sont inférieurs aux seuils fixés par décret;

- lorsque les prestations, objet du contrat revêtent un caractère confidentiel qui ne peut objectivement pas faire l'objet d'une publication sans risque de trouble à l'ordre public;

- lorsqu'il s'agit de faire exécuter des prestations et/ou des travaux en urgence en lieu et place d'un prestataire défaillant;

- lorsque seul un petit nombre d'entreprises consultées par la Personne publique sont susceptibles d'exécuter le PPP

Le dossier d'appel d'offres dont le contenu est précisé par décret est transmis à l'ensemble des candidats inscrits sur la liste restreinte. Le choix de l'offre évaluée comme étant socio-économiquement la plus avantageuse s'effectue dans les conditions fixées par le dossier d'appel d'offres et conformément aux dispositions de la présente loi.

Article 22. **Sélection en deux étapes**

Dans le cas de PPP d'une certaine complexité ou lorsque la Personne publique souhaite faire son choix sur la base de critères de performance ou de niveau de satisfaction des spécifications fonctionnelles requises, la Personne publique peut demander aux candidats de présenter des propositions techniques permettant de satisfaire au mieux ses exigences. Le PPP fait alors l'objet d'une attribution en deux étapes, au choix de la Personne publique selon les modalités précisées par Décret. Cette procédure est envisageable aussi bien pour un appel d'offres ouvert que restreint.

La remise, l'ouverture et l'examen des propositions, ainsi que le choix de l'offre évaluée comme socio économiquement la plus avantageuse s'effectuent dans les conditions fixées par le dossier d'appel d'offres et conformément aux dispositions de la présente loi.

Article 23. **Interruption d'un processus d'appel d'offres**

La Personne publique peut à tout moment décider de ne pas donner suite à un appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

A cet effet, elle doit publier un avis d'interruption, dans la même forme que l'avis initial d'appel public à la concurrence, qui mentionne le(s)dit(s) motif(s) l'ayant conduit à ne pas donner suite à la procédure.

La personne publique, après avis de la Commission d'Appel d'Offres

déclare un appel d'offres infructueux :

1) lorsqu'aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite de remise des offres;

2) lorsque l'examen des offres laisse apparaître que toutes les offres sont irrecevables ou inacceptables;

3) lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres restreint, une seule offre a été remise.

Elle en avise immédiatement tous les candidats. La Personne publique procède à une analyse des raisons de l'échec de l'appel d'offres et décide s'il faut abandonner le processus ou démarrer une nouvelle procédure d'appel d'offres dans des conditions identiques ou modifiées.

Article 24. **La procédure de gré à gré**

La procédure est dite de gré à gré lorsque la personne publique engage directement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite le PPP à un candidat pré-identifié à l'avance.

Il ne peut être passé de PPP de gré à gré que dans les cas suivants :

- pour les PPP portant sur des prestations devant être tenues secrètes pour des raisons de sécurité publique ou de défense nationale;

- pour les PPP qui ont fait l'objet de deux appels d'offres consécutifs identiques ou améliorés, infructueux;

- pour les PPP pour lesquels l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour la Personne publique n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres,

et notamment lorsqu'il s'agit de faire exécuter des prestations en lieu et place d'un Titulaire défaillant ou encore lorsqu'il est nécessaire de faire face à des situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe naturelle ou technologique;

- pour les PPP destinés à répondre à des besoins qui, pour des raisons tenant à la détention d'un Droit d'exclusivité ou d'un droit minier ou pétrolier, ne peuvent faire l'objet de solutions alternatives par d'autres techniques, une localisation différente ou l'acquisition de ces droits;

- Pour les PPP relevant de cas d'exception dûment motivés par l'intérêt public et sur autorisation accordée par décret pris en conseil des ministres;

- pour des prestations qui complètent celles ayant précédemment fait l'objet d'un premier PPP exécuté par le même Titulaire.

Le recours aux contrats complémentaires n'est possible qu'à la condition que le contrat initial ait été passé selon la procédure d'appel d'offres et pour des prestations qui ne figurent pas dans le PPP initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue et extérieure aux parties, à la bonne exécution des prestations et qu'elles ne peuvent être techniquement séparées du PPP principal à la condition que les termes et conditions du contrat complémentaire proposé soient au moins aussi favorable que l'engagement initial et tiennent compte des gains de productivité résultant de ce contrat. Le montant cumulé estimé du revenu des prestations complémentaires ne doit pas dépasser 20% des revenus initialement estimés, ramenés à leur valeur actuelle ajustée en fonction du taux d'inflation, et il en va de même pour la valeur estimée des investissements du projet principal. Ce contrat complémentaire ne doit pas

dépasser les seuils de montant maximum ou la durée qui auraient initialement justifié une procédure simplifiée.

Dans tous les cas, le recours à cette procédure doit faire l'objet d'un avis favorable de l'ARMP après examen d'un dossier soumis par la Personne publique.

La procédure de dialogue compétitif

La procédure de dialogue compétitif est une procédure réservée à la Personne publique pour tout PPP de nature particulièrement complexe au-dessus des seuils minimum d'investissement ou de revenu escompté prévus par décret lorsque la Personne publique n'est pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique.

La Personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats sur la base du programme des besoins qu'elle a établi pour le projet, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à la complexité de ses besoins.

Le recours à la procédure de dialogue compétitif peut intervenir directement ou en cours de procédure, dès lors que cette faculté a été prévue par la Personne publique dans le cahier des charges de l'appel d'offre ouvert ou restreint.

Le recours à cette procédure doit être approuvé par l'ARMP.

Les modalités de mise en œuvre de la procédure de dialogue compétitif sont fixées par décret.

Article 26. **Critères d'attribution du contrat PPP**

Les critères d'attribution sont définis dans la version définitive du dossier d'appel d'offres communiqué au préalable aux candidats potentiels.

Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement :

- le coût global de l'offre qui comprend le coût et le montant du financement offert, le coût total des travaux ainsi que les charges liées

à l'exploitation des ouvrages, installations et équipements, le montant des tarifs, redevances, honoraires, subsides ou loyers acquittés par les usagers et/ou la Personne publique contractante, ainsi que les autres recettes perçues par le Titulaire sur toute la durée du PPP,

- les objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat PPP,

- la robustesse du montage financieren fonction des résultats attendus,

- la répartition des risques entre les parties.

Peuvent également être pris en compte des critères d'ordre économique et social comme la part d'exécution du contrat PPP que le candidat s'engage à confier à des entreprises de droit malgache détenues majoritairement par des nationaux malgaches, ou à des artisans malgaches, ainsi que des critères environnementaux, sociaux et de gouvernance.

D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat PPP, peuvent être retenus, notamment la qualité technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.

Article 27. **Ouverture et évaluation des offres, adjudication provisoire et finalisation du contrat**

Les modalités d'ouverture, d'évaluation, d'adjudication provisoires et de finalisation du contrat sont déterminées par décret.

Article 28. **Information de l'attribution du contrat PPP et archivage**

La Personne publique procède à l'information sur l'attribution du contrat PPP et à l'archivage selon des modalités précisées par décret.

TITRE V

LES GARANTIES

Article 29. **Garantie de soumission**

Pour être admis à présenter une offre, les candidats aux PPP doivent fournir une garantie de soumission.

Le montant de la garantie de soumission est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence et le dossier d'appel d'offres.

Il est fixé par la Personne publique en fonction du montant estimé de l'investissement du projet et sans pouvoir dépasser 5% du montant des investissements attendus.

La garantie de soumission est libérée au plus tard à son expiration ou au plus tard à la date de mise en vigueur du contrat PPP attribué.

Article 30. **Garantie d'achèvement des investissements**

Le Titulaire d'un PPP est tenu de fournir une garantie de bonne exécution des investissements prévus.

Les termes et conditions de la garantie sont indiqués dans le projet de contrat joint au dossier d'appel d'offres.

Lorsque les investissements concernés prévus au PPP sont achevés, la garantie doit être restituée. Le contrat PPP peut prévoir des modalités de réduction partielle des garanties en fonction des étapes de réalisation des investissements. Le contrat PPP peut également prévoir la substitution de cette garantie par la garantie des constructeurs retenus par le Titulaire pour ces investissements ou la cession de ces garanties au bénéfice des organismes prêteurs participant au financement du projet afin d'éviter le cumul des garanties.

Article 31. **Garantie d'opération et maintenance**

Le contrat PPP peut également prévoir des garanties d'opération et

maintenance à mettre en place par le Titulaire à l'achèvement des investissements et renouvelables tout au long du contrat pour couvrir les obligations du Titulaire au cours de cette période d'opération, ainsi qu'une garantie de remise en état à l'approche du terme de la période d'opération du PPP.

Les termes et conditions de la garantie sont indiqués dans le projet de contrat joint au dossier d'appel d'offres.

Article 32. **Forme des garanties**

Les garanties de soumission et les garanties d'achèvement sont émises sous la forme de garanties bancaires à première demande ou de cautionnement.

Les cautionnements sont établis dans les conditions définies par voie réglementaire.

Les garanties d'opération et maintenance peuvent également prendre la forme de lettre de support ou de garantie d'actionnaire ou de maison mère de la société Titulaire, jugée satisfaisante par la Personne publique.

L'ensemble de ces garanties ou cautions peuvent être transférées aux institutions financières participant au financement des projets de PPP ou à l'octroi de garanties afférentes aux obligations de la Personne publique au titre des contrats PPP afin d'en alléger le coût.

TITRE VI

LE CONTENU DES CONTRATS PPP

Article 33. **Les principes régissant les contrats PPP**

Les contrats PPP et la documentation contractuelle relative aux PPP déterminent librement les droits et les obligations des parties et la façon dont les risques sont répartis entre le Titulaire et la Personne publique.

Le contrat PPP fixe également les conditions dans lesquelles sont assurées en toutes circonstances la continuité du service public éventuellement concerné, l'égalité des usagers devant le service public dans de tels cas, et la neutralité financière de ce service public vis-à-vis du Titulaire.

Lors de la rédaction des contrats PPP, il y a lieu de tenir compte des principes du droit des contrats, du caractère administratif des contrats PPP, des principes contractuels internationalement reconnus et des pratiques internationales en matière de financement de projet et de PPP. Le contrat PPP devra en outre comporter des clauses obligatoires dont le contenu est déterminé par décret.

Afin de maximiser les bénéfices réciproques, le contrat PPP doit être basé sur les principes suivants, inhérents aux contrats PPP :

a) Accélération de la construction ou de la réhabilitation d'une infrastructure ou amélioration d'un service par l'allocation des responsabilités principales pour la conception, la construction, l'opération et la maintenance de l'infrastructure ou d'un service à un partenaire privé Titulaire, combiné à des paiements liés à la disponibilité de l'infrastructure ou à la fourniture du service;

b) Optimisation de l'allocation des risques par leur attribution à la partie la mieux à même de le gérer ou du moins d'en supporter les coûts afin d'optimiser la dépense publique;

c) Utilisation si possible de technologie de pointe et encouragement de solutions techniquement ou financièrement innovantes;

d) Engagement actif et parfaite coopération de la Personne publique contractante avec les autres entités publiques et autorités gouvernementales concernées, à tous les niveaux de l'Etat et de ses démembrements, pour encourager la réalisation de l'infrastructure ou du service objet du PPP tout au long de la vie du contrat PPP;

e) Usage de mécanismes de paiement appropriés et fiables pour assurer le recouvrement des coûts et une juste rémunération du Titulaire; Utilisation de clauses contractuelles visant à l'optimisation de la dépense publique telles que celles visant à l'établissement de spécifications fonctionnelles sur base de performance, l'exigence de maintenance préventive pendant toute la durée de vie du contrat PPP ou les incitations pour améliorer la qualité du service.

Article 34. **Redevabilité**

La Personne publique ayant conclu un contrat PPP doit en effectuer une évaluation de performance, selon une périodicité et des modalités déterminées dans le contrat PPP. L'Unité PPP est destinataire de cette évaluation.

Article 35. **Rémunération du Titulaire d'un contrat PPP, hors contrat de partenariat**

La rémunération du Titulaire d'un contrat PPP, autre qu'un contrat de partenariat, est librement déterminée par les stipulations du contrat qui peut fixer des plafonds en matière de tarif, redevances, honoraires, loyer, ou de prix de prestations ou de services et les clauses d'indexation ou d'évolution tarifaires.

Il appartient au régulateur du secteur concerné ou en l'absence de régulateur, à la Personne publique concernée, assistée de tout expert de son choix de s'assurer de la régularité des calculs et autres modalités d'ajustement tarifaire prévues au contrat.

Article 36. **Rémunération du Titulaire d'un contrat de partenariat**

La rémunération du titulaire d'un contrat de partenariat fait l'objet d'un paiement par la Personne publique pendant toute la durée du contrat à compter de la réalisation de l'investissement correspondant et de sa mise en service.

La rémunération dans le cadre d'un contrat de partenariat est obligatoirement liée à des objectifs de performance assignés au contrat et à la disponibilité de l'investissement.

La personne publique peut donner mandat au Titulaire d'un contrat de partenariat d'encaisser, au nom et pour son compte, les recettes d'exploitation du service dont la Personne publique conserve la charge.

Peuvent venir en compensation de la rémunération versée par la Personne publique dans le cadre d'un contrat de partenariat :

- la perception, au moyen d'un mandat accordé par la Personne publique cocontractante, de redevances pour service rendu, perçues

sur les usagers du service à moins que ces redevances soient convenues comme étant une partie intégrante aléatoire de sa rémunération,

- les recettes annexes tirées par le Titulaire du contrat de l'exploitation, pour d'autres besoins que ceux de la Personne publique et sans porter préjudice à la continuité et l'exécution du service à la Personne publique, du domaine, des ouvrages ou des équipements dont il a la charge, à moins que ces recettes soient convenues comme étant une partie intégrante aléatoire de sa rémunération,

- les pénalités ou sanction au titre de l'exécution du contrat de partenariat.

TITRE VII

DIVERS REGIMES APPLICABLES AUX PPP

Article 37. **Régime des droits sur le domaine**

La Personne publique procède à une délimitation des biens appartenant au domaine public et au domaine privé, dans le respect des dispositions foncières applicables à Madagascar. Les opérations domaniales réalisées dans le cadre d'un PPP sont soumises aux lois et règlements en vigueur à Madagascar.

Lorsque le contrat PPP emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

L'Etat s'interdit, pendant la durée du contrat PPP, d'accorder tout droit réel relatif aux terrains objets du contrat PPP à un autre que le Titulaire sans son accord préalable et écrit. Toute attribution de terrain en violation de cette interdiction est nulle.

En cas de travaux à effectuer sur un terrain relevant de la propriété privée et de refus du propriétaire d'accorder un droit sur le terrain nécessaire à l'exécution du contrat PPP, l'Etat engage une procédure d'expropriation et de déclaration d'utilité publique dans un délai de un (1) mois calendaire après en avoir été saisi.

Le titulaire peut consentir des baux dans les conditions du droit privé pour les biens qui appartiennent au domaine privé. La durée de ces baux ne peut dépasser la durée du PPP, sauf accord préalable et écrit de la Personne publique cocontractante.

Aux fins d'application de la présente loi, toute Personne même étrangère, peut se voir consentir un bail emphytéotique d'une durée supérieure à dix huit (18) ans et sans excéder quatre-vingt-dix-neuf (99) ans, librement transmissible.

Article 38. **Régime des biens**

Le contrat PPP décrit le régime de propriété des ouvrages et des biens, ainsi que leur sort en fin de contrat, anticipée ou non, dans le respect des dispositions de l'alinéa premier de l'article 37 de la présente loi.

Le titulaire dispose de droits réels sur les biens, ouvrages et équipements qu'il a construit ou réhabilité. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat PPP ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public. Ces droits réels peuvent faire l'objet de sûretés dans les conditions prévues par la législation Malgache pour garantir les seuls besoins du financement des investissements du projet.

Le Titulaire est autorisé à valoriser le domaine, public ou privé, mis à sa disposition dans le cadre du PPP, notamment avec pour objet de réaliser des recettes annexes, telles que prévues à l'article 36.

Article 39. **Régime des cessions de créances**

Les contrats PPP précisent les obligations de chaque partie, s'agissant des conditions de transfert des actifs en cours de contrat.

La cession d'une créance détenue par le Titulaire sur la Personne publique cocontractante au titre d'un contrat PPP ne peut porter que sur un

pourcentage fixé par décret de la part de la créance correspondant à la rémunération due par la personne publique au seul titre des coûts d'investissements. Ceux-ci comprennent les coûts d'études et de conception, les coûts de construction et les frais financiers intercalaires.

Aucune cession de créance détenue par le Titulaire sur la Personne publique cocontractante ne peut intervenir sans l'autorisation préalable et écrite de la Personne publique cocontractante et cette cession ne peut intervenir que pour les besoins du financement des investissements du projet.

Article 40. **Régime fiscal, douanier et comptable**

Les contrats PPP sont soumis au régime fiscal, douanier et comptable de droit commun à Madagascar, y compris les bénéfices éventuels d'avantages accordés par la loi, ou tout autre régime d'incitation à l'investissement favorable à l'investisseur.

Le contrat PPP définit les modalités de gestion de la comptabilité du projet et des flux financiers qu'il génère, de leur répartition entre les parties au contrat, et de leur affectation à la mise en œuvre du projet et à son exécution.

Cette comptabilité doit être mise en œuvre selon un principe de transparence comptable entre les parties, d'obligation générale d'information notamment sur les modalités de calcul des coûts d'investissement ou d'exploitation, de nature à assurer d'une part, l'optimisation des dépenses publiques pour le développement des services en terme de coût et de qualité et de fournir d'autre part, les éléments d'appréciation de la réalité du coût de fourniture des services nécessaires au respect du principe d'équilibre économique et financier du contrat PPP tel que stipulé au contrat.

A cet effet, le contrat PPP précise les obligations du titulaire en termes de transmission des documents comptables, notamment analytiques et financiers, de la société de projet ainsi que les contrats qu'elle a pu passer avec des affiliés pour l'exécution du projet ou avec les prêteurs pour son financement.

Article 41. **Régime des investissements étrangers et des changes**

Les transactions opérées sous le régime des contrats PPP sont soumises au régime des changes en vigueur à Madagascar et bénéficient des garanties qui s'y attachent.

Le Titulaire bénéficie de plein droit de l'ensemble des garanties prévues par les lois et règlements en matière d'investissement incluant notamment, pour toute la durée du contrat PPP, la libre conversion et le libre transfert des fonds destinés au règlement de toutes dettes contractées auprès de créanciers, fournisseurs ou sous-traitants non Malgaches, ainsi que des bénéfices à distribuer aux associés et actionnaires non Malgaches. Il en est de même, après l'expiration du contrat PPP, des fonds provenant de la liquidation d'actifs, après le règlement des taxes, droits de douanes et impôts applicables le cas échéant.

Article 42. **Régime des subventions et autres moyens de participation publique**

Dans le cadre de tout PPP, l'Etat, une collectivité territoriale, ou un établissement public peut participer en partie, aux côtés de la Personne publique cocontractante, aux investissements, au moyen de subventions versées à la personne publique cocontractante en amont ou à différentes étapes du projet fixées au contrat PPP ou par une participation au capital de la société Titulaire du contrat PPP ou par des prêts, garanties ou tous autres moyens autorisés par la loi et mentionnés dans le Dossier d'appel d'offres au bénéfice du projet ou du Titulaire.

L'Etat, les collectivités territoriales, ou les établissements publics peuvent s'engager à acheter ou à garantir, l'achat de la production ou des services générés par des PPP ou un certain minimum de trafic ou de recettes, ou à rémunérer la disponibilité d'investissements et les services associés, ou à en garantir le paiement, pour les contrats de partenariat.

Article 43. **Régime de budgétisation et de comptabilisation des engagements de la Personne publique**

La Personne publique est tenue de publier chaque année une liste des PPP qu'elle prévoit de passer durant l' exercice budgétaire, quel que soit la forme de procédure envisagée, comprenant une description précise des engagements qu'elle prévoit globalement de prendre au titre de chaque projet, en terme de paiement, de prêt, de subvention ou de garantie.

Cette même liste devra également mentionner de façon détaillée tous les engagements financiers ou de garantie de toute nature pris au titre de PPP de l'exercice en cours et des exercices antérieurs ayant des effets en termes de paiement ou de risque de garantie sur l'exercice budgétaire à venir.

Cet avis général de passation des PPP fait l'objet d'une publication dans au moins un journal quotidien habilité à recevoir et publier les annonces légales ou sur le site internet du Ministère en charge des finances.

Le seuil maximum des engagements de l'Etat au titre des PPP ou à titre de garantie de l'exécution des PPP, pour une année considérée, doivent être explicitement mentionnés et inscrits dans la loi de Finances.

L'Etat ou un établissement public de l'Etat ne peut souscrire un engagement financier ou de garantie de toute nature au cours d'une année considérée ayant pour effet de faire dépasser un seuil annuel ou un seuil global d'engagement PPP de la Personne publique concernée par rapport à son budget, ou un engagement de l'Etat par rapport au budget de l'Etat, correspondant à des ratios maximum fixés par Décret.

De même, une collectivité territoriale ou un établissement public territorial à l'échelon régional ou municipal ne peut souscrire un engagement financier ou de garantie quelconque au titre d'un contrat PPP qui aurait pour effet de faire dépasser un seuil annuel ou un seuil global d'engagement PPP de l'entité publique considérée par rapport à son budget, correspondant à des ratios maximum fixés par Décret.

Le montant cumulé des engagements au titre de projet PPP individuellement au-dessous des seuils fixés par Décret devra être pris en compte pour le calcul des ratios d'engagement PPP.

TITRE VIII

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 44. **Fonds de développement, de garantie ou de viabilité**

L'Etat se réserve la possibilité de créer ou d'autoriser la création par des entités publiques ou privées :

- de fonds de développement visant à permettre de financer les études préalables et les opérations de lancement des projets PPP,

- de fonds de garantie visant à prendre en charge les éventuelles conséquences financières de défaillance de Personne publique dans l'exécution d'un PPP,

- ou de fonds de viabilité destiné à prendre en charge le différentiel de financement pour des projets insuffisamment rentables.

Les conditions de création et d'intervention de ces fonds sont précisées par Décret.

Article 45. **Accord direct**

La personne publique, l'autorité à laquelle elle est administrativement attachée ou l'Etat peuvent conclure des accords directs avec les institutions financières participant au financement des projets de PPP ou à l'octroi de garanties afférentes aux obligations de la Personne publique au titre des contrats PPP.

Ces accords directs peuvent avoir pour objet, notamment, de permettre aux prêteurs de régler avec la Personne publique directement les questions relatives à la substitution prévue à l'article 46 de la présente loi ou à la mise en jeu de sûretés afférentes aux actifs ou aux contrats.

Article 46. **Substitution**

Le contrat PPP et l'Accord Direct peuvent prévoir les conditions et modalités dans lesquelles les prêteurs ayant participé au financement et/ou au refinancement des investissements peuvent se substituer ou substituer une entité qualifiée de leur choix au Titulaire initial dans les droits et obligations résultant du contrat PPP en cas de défaillance du titulaire ou de défaut au titre du contrat PPP ou des accords de financement ou de

garantie y afférents.

A cet effet, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, notamment en cas de liquidation du Titulaire initial, la substitution emporte dévolution à la nouvelle entité desdits droits et obligations, y compris des droits d'occupation et de superficie, ainsi que des installations et infrastructures nécessaires à la poursuite du PPP.

Le tiers, à qui le contrat PPP est transféré, le cas échéant, par le prêteur bénéficiaire de la clause de substitution, devra présenter des garanties financières, techniques et juridiques suffisantes et être, en outre, capable d'assurer la continuité du service transféré et l'égalité des usagers devant ce service.

Article 47. **Résiliation**

Le contrat PPP peut être résilié par anticipation d'un commun accord ou, à l'initiative de l'une des parties, en cas de faute grave de l'autre partie, de force majeure, ou de bouleversement de son équilibre financier, dans les conditions définies au contrat.

Le contrat PPP peut être résilié unilatéralement par la Personne publique pour une raison d'intérêt public. La mise en œuvre de ce pouvoir de résiliation implique que la Personne publique puisse d'une part démontrer l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant la légitimité de cette résiliation et d'autre part indemniser le Titulaire de l'intégralité de son préjudice et de son manque à gagner.

Le contrat PPP fixe les modalités d'indemnisation due à chaque partie dans chacun des cas de résiliation.

Article 48. **Nullité du contrat PPP**

La nullité d'un contrat PPP ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 7, 9, 11, 21, et 24 de la présente loi ou de la violation d'une disposition expresse régissant la validité des contrats.

Toute pratique de corruption et infractions assimilées constitue un motif suffisant pour justifier l'annulation du contrat PPP et pour engager les actions appropriées devant des juridictions civiles et/ou pénales, selon le cas.

Article 49. **Litiges liés aux projets PPP**

Tout litige né directement ou en relation avec la passation d'un PPP est soumis à la juridiction administrative compétente.

Tout litige né directement ou en relation avec l'exécution, la résiliation, l'annulation ou l'interprétation d'un contrat PPP, est soumis aux mécanismes de règlement des différends tels que convenus par les parties dans le contrat.

A cet effet, le recours à une procédure d'arbitrage nationale ou internationale est autorisé au titre de la présente loi. A défaut, le litige est soumis à la juridiction administrative compétente.

Article 50. **Dispositions transitoires**

Les dispositions de la présente loi sont applicables à toutes les opérations dont l'avis d'appel public à la concurrence mentionné à l'article 17 a été publié postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

Les opérations de passation de PPP pour lesquelles une publication d'avis d'appel public à la concurrence ou d'appel d'offres ou de demande de candidature ou d'expression d'intérêt a été effectuée préalablement à l'entrée en vigueur de la présente loi, se poursuivront dans les conditions initialement prévues, sauf accord contraire des parties.

Les opérations pour lesquelles un contrat PPP aurait été signé préalablement à la mise en vigueur de la présente loi dans une forme qui ne viole pas les dispositions légales applicables à la date de cette signature produiront tous leurs effets jusqu'à leur terme, mais ne pourront être prolongées ou renouvelées que dans les conditions prévues à la présente loi, sauf si les conditions de cette extension ou de ce renouvellement ont été expressément prévues dans le contrat PPP en cause auquel cas ces stipulations s'appliqueront.

Article 51. Le Code des marchés publics n'est applicable aux PPP que dans les cas visés spécifiquement par la présente loi.

Article 52. Des textes réglementaires sont pris, en tant que de besoin, pour fixer les modalités d'application de la présente loi.

Article 53. La présente loi sera publiée au *Journal Officiel* de la République.

Elle sera exécutée comme loi de l'Etat.

Article 54. En raison de l'urgence et conformément aux dispositions des articles 4 et 6 de l'Ordonnance n°62-041 du 19 Septembre 1962 relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé, la présente loi entre immédiatement en vigueur dès sa publication par voie radiodiffusée, télévisée ou par affichage, indépendamment de son insertion au *Journal Officiel* de la République.

Promulguée à Antananarivo, le 03 février 2016

RAJAONARIMAMPIANINA Hery Martial