

DECRET N°2014-349 DU 02 JUIN 2014

portant approbation de la note de cadrage des projets en partenariat public-privé (PPP) en République du Bénin.

**LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,
CHEF DE L'ETAT,
CHEF DU GOUVERNEMENT,**

- Vu** la loi n°90-032 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin ;
- Vu** la proclamation le 29 mars 2011 par la Cour Constitutionnelle des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 13 mars 2011 ;
- Vu** le décret n°2013-457 du 08 octobre 2013 portant composition du Gouvernement ;
- Vu** le décret n°2012-191 du 3 juillet 2012 fixant la structure-type des ministères ;
- Vu** le décret n°2012-544 du 17 décembre 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement du Ministère du Développement, de l'Analyse Economique et de la Prospective ;
- Vu** le décret n°2012-428 du 06 novembre 2012 portant attributions, organisation et fonctionnement du Ministère de l'Economie et des Finances ;
- Vu** l'acte de l'arbitrage pris en application du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ;
- Vu** la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- Vu** la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations des services publics dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain ;
- Vu** la loi n° 2009-02 du 17 juillet 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public en République du Bénin ;
- Vu** l'ordonnance n°2008-06 du 5 novembre 2008 portant modification des articles 11 nouveau, 33 nouveau, 47-1 et 47-2 de la loi 90-002 du 9 mai 1990 portant code des investissements telle que modifiée par l'ordonnance 2008-04 du 28 juillet 2008 et instituant par les articles 47-4 à 47-8 le régime « E » relatifs aux investissements structurants ;
- Vu** le décret n°2011-478 du 08 juillet 2011 portant code d'éthique et de

Handwritten signature or initials in blue ink.

moralisation dans les marchés publics et délégations de service public ;

Sur rapport du Ministre du Développement, de l'Analyse Economique et de la Prospective ;

Le Conseil des Ministres, entendu en sa séance du 02 mai 2014,

DECRETE :

Article 1^{er} : Est approuvée la note de cadrage des projets de partenariat public-privé (PPP) en République du Bénin telle qu'elle figure en annexe au présent décret.

Article 2 : Le Ministre d'Etat Chargé de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique, le Ministre du Développement, de l'Analyse Economique et de la Prospective et le Ministre de l'Economie et des Finances sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'application du présent décret qui sera publié au Journal Officiel de la République du Bénin.

Fait à Cotonou, le 02 juin 2014

Par le Président de la République,
Chef de l'Etat, Chef du Gouvernement,

Dr. Boni YAYI

Le Ministre d'Etat Chargé de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique,

François Adebayo ABIOLA

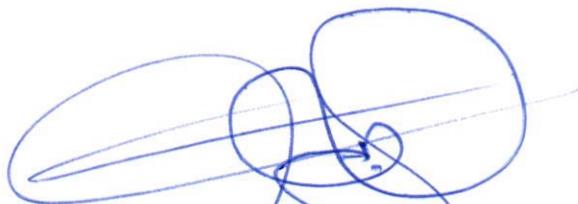
otb

le Ministre du Développement, de
l'Analyse Economique et de la
Prospective,

Le Ministre de l'Economie
et des Finances,



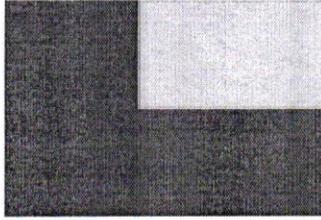
Marcel A. de SOUZA



Jonas GBIAN

AMPLIATIONS : PR 6 SGG 4 AN 4 CS 2 CC 2 CES 2 HAAC 2 HCJ 2 MECESRS 2 MDAEP 2 MEF 2 AUTRES
MINISTERES 25 DGBM-DCF-DGTCP-DGID-DGDDI 5 BN-DAN-DLC 3 GCOMB-DGCST-INSAE 3 BCP-CSM-IGAA 3
UAC- ENAM – FADESP 3- UNIPAR – FDSP 2 INTERESSES 07 JORB 1.-





REPUBLIQUE DU BENIN

**Comité technique de mise en place du cadre institutionnel et juridique
du partenariat public-privé au Bénin**

=====

NOTE DE CADRAGE RELATIF AUX PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE

(version à substituer à l'ancienne)

[Tapez ici]

cdh

ly

TABLE DES MATIERES

1. Contexte, justification et objectifs de la note de cadrage	3
1.1. Contexte	3
1.2. Justification.....	3
1.3 Objectifs de la note de cadrage.....	4
2. Considérations conceptuelles du PPP	5
2.1. Définition.....	5
2.2. Typologie des PPP objet de la présente note de cadrage.....	5
2.3. Principales caractéristiques des deux types de PPP.....	7
3. Du champ d'application et des principes directeurs des contrats ppp au Bénin	10
3.1. Champ d'application.....	10
3.1.1 Secteurs.....	10
3.1.2 Acteurs.....	10
3.2 Principes directeurs	11
3.2.1 Principes de bonnes pratiques.....	11
3.2.2 Principes aidant à favoriser l'adhésion aux PPP des acteurs concernés	11
4. Mesures de promotion des partenariats publics-privés.....	13
5. Cadre institutionnel	14
5.1 Les instances du cadre institutionnel	14
5.1.1 Le Conseil des Ministres	16
5.1.2 La Cellule d'appui aux PPP.....	16
5.1.3 La commission d'appel d'offres.....	16
5.1.4 Les autorités de régulation	16
6 - Processus de sélection des projets en mode PPP.....	15
6-1 Origine des projets en vue d'un financement en mode PPP	15
6.1.1 Projet issu du catalogue de projets PPP	15
6.1.2 Projet hors catalogue	15
6.1.3 Projet issu d'une offre spontanée	16
6-2 Préparation des projets	16
7. Structure du contrat de PPP	
8. Fiscalité applicable au PPP.....	25

Contexte, justification et objectifs de la note de cadrage

1.1. Contexte

Depuis 2006, le gouvernement du Bénin, confronté à la faiblesse et l'instabilité de la croissance économique, a engagé des réformes visant à améliorer l'environnement des affaires, à encourager l'initiative privée et à promouvoir l'emploi des jeunes. En dépit des efforts consentis, force est de constater que le taux d'investissement au Bénin demeure encore loin du niveau nécessaire pour atteindre le taux de croissance souhaité. Le niveau d'investissement privé reste encore loin de celui des pays émergents. Les investissements publics perdent en quantité et en qualité du fait, notamment, de la faible capacité technique des unités de coordination, de la lourdeur des procédures administratives et surtout, de l'insuffisante mobilisation des ressources. Dans ces conditions, les ambitions de réduction de la pauvreté exprimées dans la Stratégie de Croissance pour la Réduction de la Pauvreté (SCRPP) peinent à se réaliser puisque la croissance démographique se maintient à un rythme supérieur à 3,25%, renforçant la demande des services sociaux.

Une telle conjoncture exige des autorités politico-administratives, la recherche de sources alternatives et novatrices de financement des investissements publics.

1.2. Justification

La demande des services sociaux de qualité couplée au sous-équipement de notre pays en infrastructures requiert des investissements publics plus importants.

Les formes traditionnelles de financement des investissements publics ont montré leurs limites au regard de l'importance des besoins de services (infrastructures de transport, énergie, soins hospitaliers, approvisionnement en eau potable).

Le gouvernement béninois a donc décidé de promouvoir le mécanisme de partenariat public-privé (PPP). A cet effet, il a sollicité l'appui technique et financier de certains de ses partenaires.

Si le Bénin dispose déjà d'un cadre législatif spécifique aux délégations de service public à travers une loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics (CMP) et des délégations de services publics (DSP)[concession, régie intéressée, affermage], la partie relative aux délégations de service public ne traite pour l'essentiel que des procédures de passation et reste donc insuffisante.

Aussi, en l'absence de textes appropriés et devant les résultats mitigés des contrats de type concessif, est-il entrepris de créer un cadre institutionnel et juridique régissant l'ensemble des PPP au Bénin.

En prélude à l'élaboration de ces textes, la présente note de cadrage décrit les intentions du gouvernement.

1.3 Objectifs de la note de cadrage

La présente note définit les principes et les fondements devant présider à la mise en place d'un dispositif institutionnel et juridique des Partenariats Public-Privé (PPP) au Bénin.

La mise en place dudit dispositif vise quatre (4) objectifs spécifiques :

- instaurer les meilleures pratiques en matière de construction et de gestion d'infrastructures, et d'une manière générale des actifs, supports d'activités de services publics ou d'intérêt général;
- appuyer les pouvoirs adjudicateurs dans une démarche structurée pour une réalisation de projets offrant le meilleur rapport qualité/prix ;
- ériger un mécanisme de contrôle permanent de la passation des contrats de Partenariat Public-Privé ;
- favoriser l'adhésion des acteurs concernés.



2. Considérations conceptuelles des partenariats public-privé

2.1. Définition

« Les partenariats public-privé » (PPP) est un terme générique qui recouvre toutes les formes contractuelles de coopération d'une entité publique, voire d'une entité « sous influence publique » avec le secteur privé en vue notamment du financement, de la réalisation, de l'exploitation d'ouvrage(s) et/ou d'équipement (s) et, ou en vue de confier l'exploitation d'un service qu'il soit ou non public.

Pour autant, on distingue deux (2) grandes familles de PPP.

2.2.-Typologie des partenariats public-privé objet de la présente note de cadrage

Les PPP recouvrent deux (2) grandes familles de contrats : les concessions et contrats assimilés d'une part, les contrats de partenariat, d'autre part.

I -Les concessions et contrats assimilés

1° La concession, support d'une activité d'intérêt général

La concession de travaux, désigne le contrat par lequel une personne morale visée au point 3.1.2, charge un opérateur économique, le concessionnaire, pour une période déterminée, *de concevoir, financer et réaliser des ouvrages ou des investissements relatifs à de tels ouvrages*. La contrepartie pour le concessionnaire est soit uniquement le droit d'exploiter les ouvrages, soit ce droit accompagné d'un paiement. Ce droit d'exploiter implique le transfert au concessionnaire de l'essentiel du risque opérationnel.

La concession de service, support d'une activité autre que de service public, désigne le contrat par lequel une personne morale visée au point 3.1.2, charge un opérateur économique, le concessionnaire, pour une période déterminée, *d'exploiter des ouvrages ou des équipements existants en vue d'assurer un service d'intérêt général, soit encore d'exploiter des services*. La contrepartie pour le concessionnaire est soit uniquement le droit d'exploiter les ouvrages ou les services, soit ce droit accompagné d'un paiement. Ce droit d'exploiter implique le transfert au concessionnaire de l'essentiel du risque opérationnel.

2° La concession support de la délégation de service public

La délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un opérateur économique, le délégataire, pour une période déterminée. La rémunération du délégataire est substantiellement liée aux résultats provenant des revenus de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

La délégation de service public peut prendre plusieurs formes :

a) La concession de service désigne le contrat par lequel une personne morale de droit public charge un opérateur économique, le concessionnaire, pour une période déterminée, soit d'exécuter un ouvrage public ou de réaliser des investissements relatifs à un tel ouvrage et de l'exploiter en vue d'assurer un service public, soit uniquement d'exploiter un ouvrage ou des équipements publics existants en vue d'assurer un service public. Dans tous les cas, le concessionnaire exploite le service public, à ses risques et péril avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur les bénéficiaires du service public concédé.

b) Contrats assimilés

- **La régie intéressée**, désigne le contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un ouvrage existant à un opérateur économique, pour une période déterminée. Sa rémunération versée par la personne publique est liée aux résultats de l'exploitation que ce soit en termes d'économies réalisées, de gains de productivité ou d'amélioration de la qualité du service.

- **L'affermage**, désigne le contrat par lequel une personne morale de droit public charge un opérateur économique, le fermier, pour une période déterminée, de l'exploitation d'un ouvrage qu'elle a acquis afin que celui-ci assure la fourniture d'un service public, le fermier ne réalisant pas les investissements initiaux. Le fermier exploite le service public à ses risques et péril avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers.

Bien que dans ces deux (2) derniers contrats, l'investissement du premier établissement ne soit pas porté par le contractant, des investissements seront le plus souvent réalisés en cours de contrat tels que le gros entretien renouvellement (GER), voire l'extension de l'ouvrage, etc.

II- Le contrat de partenariat

I - Le contrat de partenariat désigne le contrat par lequel une personne morale visée au point 3.1.2 confie à un opérateur économique, pour une période déterminée, une mission globale ayant pour objet la conception, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public dont la personne publique à la charge, ainsi que tout ou partie de leur financement.

Le contrat peut également avoir pour objet des prestations de services qui concourent au service public.

II - La rémunération fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat, laquelle est liée aux objectifs de performances.

Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière.

III – Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

2.3. Principales caractéristiques des deux (2) types de partenariats public-privé

Les PPP se caractérisent principalement par :

➤ *Un contrat global*

Le PPP est un contrat global qui comprend au moins :

- le financement privé d'ouvrages ou d'équipements et d'investissements immatériels sur une longue durée ;
- la conception, la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements (y compris immatériels) ;
- l'entretien, la maintenance et/ou l'exploitation des ouvrages ou équipements ou d'autres investissements et pour la famille des concessions support d'un service public : l'exploitation du service public ;

➤ *Un contrat de longue durée*

Un PPP doit s'inscrire dans la durée, celle-ci étant déterminée en fonction de la période d'amortissement des investissements, des enjeux du gros entretien-renouvellement (GER), ou en fonction des modalités de financement retenues, voire également des délais nécessaires à la réalisation des objectifs et engagements de performance.

Pour les deux (2) partenaires public et privé, la durée conditionne l'intérêt économique du recours à un PPP.

Pour le partenaire public :

- par la baisse du coût du service attendu en confiant à la même personne la conception, la réalisation, et sur la durée l'exploitation, et la maintenance du bien ;
- par un meilleur entretien des ouvrages qui allonge leur durée de vie et accroît leur valeur patrimoniale ;

Pour le partenaire privé : un volume et un chiffre d'affaire contractualisés sur une longue période.

➤ *Un contrat performantiel* 

Le défaut de performance est sanctionné : l'objet premier d'un PPP est l'amélioration du service rendu aux usagers. Le non-respect de ces objectifs conduit à une pénalisation financière du cocontractant.

➤ *Un contrat permettant la mise en place de plusieurs modes de rémunération*

Pour le contrat de partenariat:

- versement direct par la personne publique ;
- recettes annexes issues de l'exploitation alternative de l'infrastructure.

Ces recettes annexes constituent une nouvelle source de financement complémentaire du financement budgétaire. Le partenaire public sera autorisé à imputer ces recettes par compensation sur la rémunération qu'il verse au partenaire privé.

Pour les concessions et contrats assimilés adossés ou non à un service public : perception de redevances sur les usagers de l'ouvrage, du service ou du service public. La redevance perçue sur les usagers ne peut pas couvrir des coûts étrangers au service rendu.

➤ *Nature juridique du partenariat public-privé :*

Les partenariats public-privé conclus par des personnes morales de droit public, sont des contrats administratifs.

Les partenariats public-privé conclus par les personnes morales de droit privé visées au point 3.1.1 sont des contrats de droit privé.

En conséquence, les litiges sont soumis selon les cas, aux juridictions administratives ou de droit commun.

2.4 Objectifs des partenariats public-privé

Plusieurs raisons justifient principalement le recours aux PPP. Celles-ci sont, entre autres, relatives :

➤ *Aux gains attendus par :*

- la contractualisation du coût global de possession ou du « coût complet » du projet (investissement, financement, ensemble des prestations de service) sur la durée du contrat ;
- l'intégration de contrats dans une procédure unique qui permet la réduction des risques d'interface entre conception, réalisation et exploitation ou gestion et de leurs conséquences en matière de délais et de coûts ;
- la prise en compte du développement durable, d'économies d'échelles potentielles et de gains de productivité tenant à une gestion privée dont la qualité est contractualisée

et financièrement sanctionnée.

➤ *Aux retombées attendues :*

- l'accélération de la mise en œuvre de programmes jugés prioritaires par les pouvoirs publics ;
- le respect des délais et des coûts ;
- la qualité de gestion contractualisée ;
- l'opportunité pour l'administration et les usagers de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée ;
- le recours à des solutions innovantes : la personne publique peut aussi bénéficier des gains de productivité sur les services rendus, résultant d'une meilleure gestion et de l'effet d'apprentissage que doit permettre la durée du contrat ;
- la valorisation de l'exploitation des ouvrages ;
- la transparence et la lutte contre la corruption : gestion budgétaire facilitée par des résultats clairement définis à un prix convenu, ce qui permet au partenaire public l'établissement de budgets à long terme avec une plus grande certitude (pour le contrat de partenariat).

3. Du champ d'application et des principes directeurs des partenariats public-privé au Bénin

La présente note de cadrage adoptée en Conseil des Ministres sera remplacée par une loi en cours d'élaboration instituant ainsi un cadre institutionnel et juridique des deux (2) types de PPP.

Elle fixe les objectifs et les principes qui sous-tendent le processus PPP et précise le cadre qui régit la mise en œuvre des projets validés en mode PPP.

Ce cadre de référence sera, par ailleurs, complété par des guides méthodologiques, des clausiers- types et d'autres outils qui seront mis à la disposition des personnes publiques pour leur faciliter le recours aux PPP.

3.1.Champ d'application

3.1.1 Champ sectoriel

Le champ sectoriel des deux (2) familles de PPP recouvre potentiellement tous les secteurs d'activités référencés aux Orientations Stratégiques de Développement (OSD) et définis par la Stratégie de Croissance et de Réduction de la Pauvreté (SCRP).

Il est rappelé que le Bénin s'est doté d'un document de perspectives de long terme « Bénin Alafia 2025 ». Sa mise en œuvre est séquencée à travers des documents stratégiques quinquennaux dits de stratégie de croissance et de réduction de la pauvreté (SCRP). La SCRП est déclinée à son tour, à travers le Plan d'Actions Prioritaires (PAP) qui recense les projets d'investissements de l'Etat pour le développement socio-économique du Bénin.

3.1.2 Acteurs

Acteurs publics (personnes publiques / partenaires publics)

Les personnes morales pouvant conclure des partenariats public-privé en tant qu'autorité contractante sont :

1° - l'Etat, les collectivités territoriales, les Etablissements publics, les sociétés à participation financière publique majoritaire, les Sociétés d'Etat, les organismes de droit public tels que définis dans la directive n°04/2005/CM/UEMOA, les associations formées par une ou plusieurs personnes morales de droit public.

Au sens de la présente note de cadrage, on entend par personne publique ou partenaire public les personnes morales ci-dessus visées.

2° -les autorités contractantes ci-dessus désignées peuvent conclure des concessions support d'une activité d'intérêt général et des contrats de partenariat.

3°- L'Etat et les collectivités territoriales peuvent conclure des concessions et assimilées support de la délégation de service public. *ly*

Acteurs privés (partenaires privés)

- Un opérateur économique ayant la personnalité morale.

3.2 Principes directeurs

Des principes directeurs sont retenus afin d'assister les personnes publiques dans leur démarche pour privilégier les meilleures pratiques et favoriser l'adhésion des acteurs concernés.

3.2.1 Principes de bonnes pratiques

- Le besoin doit être justifié par une demande économique et/ou sociale avérée et confirmée par son inscription comme prioritaire dans un document de stratégies sectorielles et gouvernementales ;
- Le projet doit faire l'objet :
 - d'une étude socio-économique et des externalités ;
 - d'une étude de faisabilité ;
 - d'une étude de soutenabilité budgétaire lorsqu'il est envisagé de recourir au contrat de partenariat ;
- Les contrats doivent notamment prévoir :
 - un mécanisme de révision consensuelle et périodique afin de prendre en compte les facteurs externes nouveaux intervenus au cours de la mise en œuvre des projets. La garantie de recourir aux dispositifs efficaces de gestion et de contrôle des contrats ; des mécanismes de résolution des litiges efficaces et indépendants au niveau de l'attribution comme de l'exécution.

3.2.2 Principes aidant à favoriser l'adhésion aux partenariats public-privé des acteurs concernés

L'intérêt public est assuré par un processus de consultation et de communication pour répondre aux préoccupations des divers acteurs concernés par les projets proposés, y compris les usagers et les citoyens

Acteurs publics (personnes publiques et usagers)

- Le processus PPP doit être transparent, juste, équitable et répondre au principe de non-discrimination des usagers. Les personnes publiques du projet sont à cet égard, les garants du principe de non-discrimination, de la qualité et de la continuité du service. A cet effet :
 - le partenaire privé se voit assigner des objectifs de performance ;
 - le partenaire privé est sanctionné en cas de sous-performance ;

- des clauses organisent les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat notamment en ce qui concerne le transfert de technologie, la propriété des ouvrages, équipements ou biens matériels ;
- Les personnes publiques conservent, en tout temps, le contrôle des projets réalisés en PPP et doivent donc rendre compte au Conseil des Ministres. A cet effet, elles s'assurent :
 - de mettre en place un mécanisme de contrôle ;
 - d'obtenir du partenaire privé toute information pertinente, dans le cadre du rapport annuel remis par ce dernier, pour leur permettre de faire état de la disponibilité et de la qualité de la prestation de services ;
 - de prendre en compte les questions environnementales et sociales :
 - les PPP devront être conformes aux lois et règlement visant la protection de l'environnement ;
 - et garantir un traitement juste et équitable des employés du secteur public. Ainsi, lorsque des travailleurs du secteur public se voient offrir par le partenaire des conditions d'emploi, celles-ci doivent être au moins équivalentes à celles offertes par le secteur public.

Acteurs privés (partenaires privés)

- les règles de passation des PPP obéissent aux principes de la commande publique d'égal accès, de transparence et d'égalité de traitement ;
- les droits des partenaires privés en matière de protection de l'information préjudiciable à leur situation concurrentielle sont réaffirmés ;
- les sanctions prévues par la loi 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes et le Code d'éthique et de moralisation des marchés publics sont applicables aux PPP;
- les engagements et les garanties de l'Etat sont affirmés dont ceux relatifs au maintien de l'équilibre du contrat et au droit à indemnisation lorsque la personne publique use de certaines de ses prérogatives telle que, notamment la résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général ;
- des mécanismes de règlement des différends sont prévus.

4. Mesures de promotion des partenariats public-privé.

Pour promouvoir les PPP, cette note de cadrage s'appuie sur des documents stratégiques et opérationnels et sur des réformes en cours, nécessaires à l'amélioration du climat des affaires en général. Les étapes de promotion des PPP sont les suivantes :

- la définition d'une politique nationale des PPP qui précise :
 - la stratégie PPP globale du Bénin (échelon national et local) ;
 - le potentiel des PPP au Bénin ;
 - les programmes et les projets à financer ;
- la mise en place d'un cadre juridique des PPP qui repose sur un ensemble de textes cohérents et complémentaires dont :
 - la présente note de cadrage approuvée en Conseil des Ministres et une loi en cours d'élaboration qui lui sera substituée et qui tire les leçons essentielles des premières expériences de PPP au Bénin ;
 - des décrets d'application.

L'objectif du cadre juridique est de s'aligner sur les bonnes pratiques internationales en matière de promotion et de management des PPP.

- la mise en place d'un cadre institutionnel du PPP qui passe par :
 - la création par décret en Conseil des Ministres d'une Cellule d'Appui aux Partenariats Public-Privé (CAPPP) rattachée à la Présidence. Un décret pris en Conseil des Ministres en détermine le statut juridique, les compétences, les fonctions et les ressources qui lui sont allouées pour son fonctionnement ;
 - le cas échéant, l'évolution de la CAPPP en une Agence Nationale des partenariats public-privé ;
- la mise en place d'outils de prise de décisions :
 - une base de données en ligne PPP (guide méthodologique, modèles types : étude socio-économique et des externalités, étude de faisabilité, catalogue des projets, documents types, données statistiques, avis de la CAPPP sur les projets éligibles etc.) ;
- la création d'un fonds d'études, pour faciliter le financement par les personnes publiques des études visées par la présente note de cadrage.
- la création d'un fonds de garantie pour garantir totalement ou partiellement les engagements financiers des personnes publiques.

Dans ce processus, le Bénin bénéficie constamment de l'appui d'experts internationaux afin de s'assurer que les réformes entreprises tirent les leçons des meilleures pratiques en matière de partenariat public-privé dans le monde. Par ailleurs, un vaste programme d'information et de formation en direction des partenaires privés nationaux, des administrations et des agents opérationnels des structures à mettre en place, est engagé. 

5. Cadre institutionnel

5.1 Les instances du cadre institutionnel

Le cadre institutionnel de promotion et de gestion des PPP comprend le Conseil des Ministres, la Cellule d'Appui aux partenariats public-privé, la commission d'appel d'offres, l'entité administrative compétente ayant en charge le contrôle de la commande publique et l'entité administrative compétente ayant en charge la régulation de la commande publique.

5.1.1 Le Conseil des Ministres est l'instance suprême de prise de décision dans le processus de mise en œuvre des projets en mode PPP :

- Il approuve certaines étapes clés du processus PPP ;
- Il autorise la signature des contrats.

5.1.2 La Cellule d'Appui aux Partenariats Public-Privé, organisme expert est la structure d'exécution du cadre institutionnel et de gestion des PPP. Elle est rattachée à la présidence de la République. Son efficacité repose sur une organisation pluridisciplinaire (économistes, financiers, juristes, administratifs, etc.). La CAPP est un centre de connaissance et d'expertise pour la mise en œuvre des projets en mode PPP. A cet égard, elle :

- conseille le gouvernement sur toute question relative aux PPP ;
- met à disposition des organismes porteurs un catalogue de projets éligibles au PPP ;
- apporte son concours aux organismes porteurs dans la réalisation des études socio-économiques des projets ne relevant pas du catalogue et des études de faisabilité ;
- émet un avis sur les études socio-économiques et des externalités et sur les études de faisabilité ;
- apporte son concours dans le processus d'attribution du contrat ;
- soutient les organismes porteurs dans la gestion de l'exécution des contrats.

5.1.3 La Commission d'appel d'offres

Une commission ad hoc d'appel d'offres est créée par décret pris en Conseil des Ministres, lequel fixe sa composition.

5.1.4 Les autorités de régulation :

- a) L'entité administrative compétente ayant en charge le contrôle de la commande publique et placée sous la tutelle du Ministre en charge des Finances assure le contrôle des opérations de passation des partenariats public-privé.

- b) L'entité administrative compétente ayant en charge la régulation de la commande publique, rattachée à la Présidence de la République, est l'organe de recours et de facilitation du dialogue entre les parties en cas de différends.

Dans l'attente de l'adoption du nouveau code de la commande publique, les organes de contrôle et de régulation du code des marchés publics demeureront compétents dans le cadre de la loi PPP.

Dans l'exercice de leurs fonctions, ces deux (2) entités doivent nécessairement s'appuyer sur l'expertise de la CAPPP dans les conditions précisées par décret portant création et modalités de fonctionnement de la CAPPP.

6 -Processus de sélection des projets en partenariat public-privé

6-1 Origine des projets en vue d'un financement en mode PPP

Le présent document énumère les personnes publiques pouvant soumettre à la CAPPP un projet en vue de son financement en mode PPP. La possibilité est également donnée aux opérateurs privés de proposer des offres spontanées dans des conditions qui respectent le processus de sélection des projets en mode PPP, mais également des principes de la commande publique. On distingue trois (3) origines de projets :

6.1.1 Projets issus du catalogue de projets PPP

Le catalogue est constitué de projets ayant rempli les critères de l'étude socio-économique et des externalités visés à l'étape 1 de la « Préparation des projets », lesquels répondent à des normes et pratiques internationales.

La CAPPP sélectionne périodiquement dans le programme d'actions prioritaires du Gouvernement (PAP), un certain nombre de projets parmi ceux qui sont jugés les plus urgents et dont les besoins de financement sont élevés. Elle les soumet à l'appréciation du Conseil des Ministres à l'issue d'une étude socio-économique et des externalités positive. Le Conseil des Ministres par décret retient ces projets comme devant prioritairement faire l'objet d'un financement en mode PPP.

Le processus de mise en œuvre des projets issus du catalogue commence à l'étape 3 « Etude de faisabilité » de la préparation des projets.

Le catalogue fait l'objet d'une actualisation périodique.

6.1.2 Projets hors catalogue

La personne publique peut soumettre des projets hors catalogue à la CAPPP en vue de leur financement en mode PPP. Pour les Ministères, ces projets doivent impérativement provenir des Programmes d'Action Prioritaires (PAP) du Gouvernement et du Plan de Développement Communal (PDC) pour ce qui concerne les collectivités territoriales. Dans ce cas, la personne publique soumet à la CAPPP pour avis, une étude socio-économique et

des externalités du projet dans les conditions définies à l'étape 1 « critères de priorisation des projets ».

6.1.3 Projets issus d'une offre spontanée

La personne publique peut être saisie par un opérateur privé de tout projet de PPP.

Dans le cas où la personne publique décide de donner suite à l'offre spontanée, le contrat ne pourra être conclu qu'après réalisation de l'étude socio-économique et des externalités mentionnée à l'étape 1 du point 6.2, de l'étude de faisabilité mentionnée à l'étape 3 du point 6.2, le cas échéant de l'étude de soutenabilité budgétaire mentionnée à l'étape 3 bis et l'application des procédures de passation.

Le processus compris entre le dépôt du projet jusqu'à la procédure de passation est conduit de manière à rendre impersonnel le projet ; à respecter la confidentialité de certaines caractéristiques de l'offre spontanée, et à permettre à tous les soumissionnaires de concourir sur une base égalitaire.

A l'examen des offres, si la proposition de l'opérateur privé à l'origine de l'offre n'est pas retenue, il lui est accordé un droit de préemption, lui permettant de s'aligner sur la meilleure offre. Ce droit de préemption est assujéti à la condition que l'écart des notes entre les deux (2) offres, n'excède pas 5%.

Une indemnité est versée au candidat arrivé en tête du classement lorsque le candidat à l'origine de l'offre spontanée use du droit de préemption.

6-2 Préparation des projets

Etape 1 - Critères de priorisation des projets de PPP

Les projets susceptibles d'être retenus pour le processus de sélection en partenariat public-privé doivent faire l'objet d'une étude socio-économique et des externalités afin de déterminer les coûts et bénéfices attendus pour la personne publique. Le dossier de l'étude socio-économique doit comporter un exposé détaillé du projet, les principales données sur son dimensionnement et son calendrier et notamment présenter :

- les indicateurs socio-économiques (TRI, VAN) démontrant la rentabilité économique et sociale sur le long terme ;
- les engagements financiers ayant un impact sur les finances publiques ;
- le cas échéant, la capacité contributive des usagers ;
- la capacité à fournir une contribution majeure au développement local, national et régional et à générer un développement « inclusif » ;
- l'impact sur le développement durable (environnemental et social) ;
- le degré de risque sur la base d'une cartographie des risques ;
- les variantes et des alternatives au projet d'investissement ;
- une première analyse comparée des modes de financement.

Les modalités d'établissement par la personne publique de l'étude socio-économique sont précisées dans des guides méthodologiques.

Etape 2 - Initiation

La personne publique porteuse d'un projet hors catalogue des projets, soumet pour avis à la CAPPP un dossier comportant une présentation détaillée du projet et une étude socio-économiques et des externalités conformément aux dispositions de l'étape 1 « Critères de priorisations des projets en PPP » visée au point 6.2 « Préparation des projets ».

A l'examen de cette étude, la CAPPP émet un avis motivé dans un délai de deux (2) mois maximum. Si cet avis est favorable, le processus se poursuit en passant à l'étape 3.

Etape 3 - Etude de faisabilité

La personne publique, avec le concours de la CAPPP, mène une étude selon une méthodologie définie par la Cellule d'appui aux partenariats public-privé afin de confirmer la faisabilité du projet et le recours au partenariat public privé.

Cette étude approfondit et complète l'étude socio-économique en termes notamment de coûts, de répartition des principaux risques et de développement durable en procédant à une analyse comparative avec un ou plusieurs autres modes de réalisation du projet.

L'étude est soumise pour avis à la CAPPP

Etape 3 bis - Etude de soutenabilité budgétaire (pour le contrat de partenariat)

Parallèlement à l'étude de faisabilité, les projets devant être réalisés en contrat de partenariat visé au II du point 2.2 « Typologie des PPP », font l'objet d'une étude de soutenabilité budgétaire visant à évaluer l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances publiques et la disponibilité des crédits. Elle est également exigée pour les projets devant être réalisés en concession dès lors que le versement de subventions au profit du partenaire s'avère nécessaire.

Cette étude de soutenabilité budgétaire est complétée au terme de la procédure d'attribution.

La poursuite du processus est conditionnée à l'avis de la CAPPP. Pour les contrats de partenariat et les concessions impliquant des financements publics, la poursuite du processus est également conditionnée à l'accord du Conseil des Ministres sur avis du Ministre de l'Economie et des Finances. Dans ce cas la demande de poursuivre est introduite par la CAPPP.

Etape 4 - Choix et préparation de la procédure

Si le Conseil des Ministres décide la poursuite de la mise en œuvre du projet en mode PPP, la CAPPP accompagne les personnes publiques dans les opérations préparatoires suivantes :

- la consultation préalable du marché, si nécessaire ;
- l'élaboration des projets (dossier de consultation, mode de passation, critères de présélection et d'évaluation des offres, projet de contrat) ;
- l'acquisition des biens fonciers (le cas échéant) ;
- les conditions de désignation des conseillers financiers, juridiques et techniques.

Etape 5 - Mise en concurrence et choix du partenaire

Il est fait application des procédures de passation de la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation des marchés et des délégations de services transposées dans la loi du n°2009-02 du 07 août 2009.

La personne publique pourra selon les cas, recourir à l'appel d'offres ouvert en une étape ou à l'appel d'offres ouvert en deux (2) étapes.

Un PPP est passé par appel d'offres ouvert en une étape lorsque la personne publique est en mesure de définir les prestations objets du contrat par référence aux normes, agréments techniques ou spécifications nationaux ou communautaires détaillées, ou à défaut par référence à des normes ou agréments techniques ou spécifications internationaux et dispose des critères de performance ou d'indicateurs de résultats précis.

Un PPP est passé par appel d'offres à deux (2) étapes lorsque le contrat envisagé est d'une grande complexité, la personne publique n'étant pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique, ou lorsque la personne publique doit l'attribuer sur la base de critères de performance et non de spécifications techniques détaillées.

Quel que soit l'appel d'offres ouvert, en une ou deux (2) étapes, il est précédé d'une pré-qualification.

Ces procédures obéissent aux principes de la commande publique d'égal accès, de transparence et d'égalité de traitement. Les principales étapes de ces deux (2) procédures sont :

I - La pré-qualification

- **Pré-qualification** des candidats en fonction de leur aptitude à exécuter le contrat selon les critères suivants :
 - a) références concernant des contrats analogues ;
 - b) moyens matériels et humains dont les candidats disposent pour exécuter le contrat ;

c) capacité financière.

- Publication d'un avis d'appel public à candidature mentionnant la liste des renseignements à produire.
- Examen par une commission des justifications et des qualifications des candidats sur la base des critères énoncés dans l'avis d'appel public à candidatures
- Possibilité de confirmation des qualifications conformément aux critères utilisés pour la pré-qualification.
- Liste des candidats pré qualifiés.

II – Appel d'offres ouvert

a) Appel d'offres ouvert en une étape :

- invitation des candidats pré qualifiés à l'issue de la phase de pré-qualification à remettre une offre ;
- ouverture et examen des offres remises ;
- détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse.

b) Appel d'offres ouvert en deux étapes :

- pour les contrats d'une grande complexité ou lorsque l'autorité publique souhaite faire son choix sur la base de critères de performance et non de spécifications techniques détaillées ;
- invitation des candidats pré qualifiés à l'issue de la phase de pré-qualification, à remettre une offre initiale comprenant des propositions techniques, sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception ou de normes de performance et sous réserve de précisions et d'ajustements ultérieurs d'ordre technique et financier [*dans le cadre de discussions avec les candidats en phase 1*].

Première étape, l'autorité contractante doit assurer l'égalité de traitement de tous les candidats. En particulier, l'autorité contractante doit s'abstenir de fournir de manière discriminatoire des informations susceptibles d'avantager certains candidats par rapport à d'autres ou de révéler aux autres candidats les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat sans l'accord de celui-ci.

- Après identification de la ou des solutions techniques, juridiques et financières susceptibles de répondre à ses besoins, l'autorité contractante informe les candidats de la fin de cette première étape.

Seconde étape, invitation des candidats à présenter une offre finale comprenant des propositions techniques et financières définitives, sur la base du dossier d'appel à la concurrence établi ou révisé par l'autorité publique en fonction des informations recueillies au cours de la première étape.

Remise, ouverture, examen des propositions et choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

IV – Détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse

La détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse est effectuée :

1° - Les concessions et contrats assimilés sont conclus avec les candidats ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de la combinaison optimale de différents critères d'évaluation prévus dans le dossier d'appel d'offres, tels que le coût, le montant et la rationalité du financement offert, toute autre recette que les équipements procureront à la personne publique et selon les cas la valeur de rétrocession des installations, les tarifs imposés aux usagers ou reversés à la personne publique reversées à selon les cas, la valeur des paiements direct que la personne publique sera éventuellement amenée à effectuer, la qualité des services publics visant à assurer leur continuité, les spécifications et normes de performance prévues ou proposées, la qualité des services, le potentiel de développement socio-économique offert, le respect des normes environnementales, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des sociétés locales.

2° - Les contrats de partenariats, sont conclus avec les candidats ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

La détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse est effectuée sur la base de la combinaison optimale du coût global et d'autres critères, tels que le coût d'utilisation, les performances techniques, la qualité architecturale, les mesures de protection de l'environnement, le délai de livraison ou d'exécution, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des sociétés locales.

3° - Les critères doivent être énumérés dans le dossier d'appel d'offres et être exprimés en termes monétaires ou sous la forme de critères éliminatoires.

A titre dérogatoire, un contrat relevant de la famille concessive peut être passé par entente directe :

1 – lorsqu'une offre spontanée concerne l'un des secteurs prioritaires pour la compétitivité de l'économie et limitativement fixés par décret pris en Conseil des Ministres.

L'offre spontanée doit comprendre des propositions techniques détaillées réalisées sur la base d'études de faisabilité technique, juridique et financière, des solutions de financement excluant toutes formes de financement public et une étude d'exploitation détaillée.

Les études remises à l'appui de l'offre spontanée demeurent la propriété exclusive de la personne publique.

La personne publique avec le concours de la Cellule d'appui aux partenariats public-privé procède à la contre-expertise des études remises par l'opérateur. Si la contre-expertise confirme la faisabilité du projet, ce dernier est invité dans un délai imparti à mobiliser les financements nécessaires avant la signature du contrat.

En cas de non-respect du délai visé à l'alinéa précédent, la personne publique se réserve le droit de procéder à une mise en concurrence.

2- lorsque la réalisation ou l'exploitation d'un projet ne peut être menée que par un opérateur économique déterminé en raison de l'absence de concurrence pour des raisons techniques, des raisons liées à la protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle ou de raisons liées à la protection d'autres droits exclusifs ;

3- lorsqu'une procédure a été déclarée infructueuse c'est-à-dire lorsqu' aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des offres ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées.

Une offre inappropriée dès lors qu'elle est :

- a) irrégulière, c'est-à-dire non conforme aux documents du dossier de consultation ;
- b) irrecevable, c'est-à-dire reçue hors délai, ou proposant un prix qui dépasse le budget de la personne publique tel que déterminé avant le lancement de la procédure d'attribution.

Etape 6 - Mobilisation du financement du projet.

Pour chaque projet sont identifiées la nature et les sources des financements mobilisés. A cet égard, et à titre d'exemple, les personnes publiques, avec le concours de la CAPPP, veilleront en phase de mise au point / négociation et préalablement à la signature du contrat :

- à obtenir le plan de financement (part des fonds propres et quasi fonds propres - avances d'actionnaires- et la part de la dette, notamment au vu du « termsheet » des contrats de financement) et un engagement financier ;
- à finaliser l'ensemble des documents contractuels.

Etape 7 -Phase de suivi

Le suivi de l'exécution du contrat est assuré par une équipe de suivi de la personne publique.

La CAPPP est chargée d'accompagner l'entité administrative de régulation dans l'audit ex-post des contrats.

Pour ce faire, les personnes publiques transmettent à la CAPPP les contrats signés et notifiés au partenaire privé, ainsi que les rapports d'activité produits par ce dernier.

Ces rapports d'activités comportent

Pour les contrats de concessions et contrats assimilés, ce rapport doit comprendre les éléments suivants :

- une présentation du service ;
- les conditions d'exécution du service ;
- une analyse de la qualité du service ;
- un compte rendu financier présentant les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat (compte de résultat, bilan et annexe comptable ainsi que la balance détaillée des comptes) ;
- un compte rendu technique.

Pour le contrat de partenariat : le rapport comprend les éléments suivants :

Les données économiques et comptables suivantes :

- le compte annuel de résultat de l'exploitation de l'opération rappelant les données présentées l'année précédente au même titre et présentant les données utilisées pour les révisions et indexations contractuelles et les justifications des prestations facturées à l'exploitation ;
- une présentation des méthodes et des éléments de calcul économiques retenus pour la détermination des produits et charges imputés au compte de résultat de l'exploitation, avec le cas échéant, la mention des changements, exceptionnels et motivés, intervenus au cours de l'exercice dans ces méthodes et éléments de calcul ;
- un état des variations du patrimoine intervenues dans le cadre du contrat et le tableau d'amortissement de ce patrimoine ;
- un compte rendu de la situation des autres biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage, équipements ou biens immatériels objet du contrat, mis en comparaison le cas échéant avec les tableaux relatifs à l'amortissement et au renouvellement de ces biens et immobilisations ;
- un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année ;
- les engagements à incidences financières liés au contrat et nécessaires à la continuité du service public ;

- les ratios annuels de rentabilité économique et de rentabilité interne du projet ainsi que la répartition entre le coût des fonds propres et le coût de la dette afférent au financement des biens et activités objets du contrat.

Le suivi des indicateurs correspondant :

- aux objectifs de performances prévus au contrat ;
- à la part d'exécution du contrat confiée à des PME et à des artisans nationaux ;
- le cas échéant, au suivi des recettes annexes perçues par le titulaire du contrat ;
- aux pénalités demandées au titulaire du contrat et à celles acquittées par lui.

7- Structure du contrat PPP

La CAPPP assiste les personnes publiques dans la conclusion des contrats.

Le contrat doit comporter les clauses relatives :

- a) à l'objet, la description et le périmètre des missions confiées ;
- b) à la durée ;
- c) aux conditions de partage des risques entre les parties ;
- d) à l'engagement du partenaire public à fournir ou à faire fournir les autorisations administratives nécessaires à la réalisation du projet ;
- e) aux objectifs de performance assignés au partenaire, notamment en ce qui concerne la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, la qualité des prestations de service, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;
- f) à la rémunération du partenaire :
 - *pour les concessions et assimilées* : identification des coûts du service rendu aux usagers, distinction des coûts d'investissement, des coûts de financement, des coûts de fonctionnement, des coûts d'exploitation, les modalités de variation, les financements publics éventuels,
 - *pour les Contrats de partenariat* : distinction des coûts d'investissement (qui comprennent les coûts d'étude, de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires), des coûts de fonctionnement et des coûts de financement, le cas échéant, les recettes annexes que le partenaire peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice, les modalités de ses variations, les modalités de paiement, notamment les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son contractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet de compensation ;

- g)** aux modalités d'occupation domaniale en précisant que le contrat vaut titre d'occupation, en précisant s'il confère au contractant des droits réels sur les ouvrages ou équipements qu'il réalise ;
- h)** aux conditions dans lesquelles la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément au contrat ;
- i)** aux garanties et autres sûretés constituées conformément à l'Acte Uniforme relatif à l'organisation des sûretés de l'OHADA, et s'agissant des nantissements de créances, leur notification au comptable de la personne publique ;
- j)** aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance dont ceux liés au développement durable, de la production par le partenaire des comptes et rapports d'exécution ;
- k)** aux modalités de contrôle par la personne publique d'une éventuelle cession du contrat, le cas échéant de l'évolution de l'actionnariat de la société dédiée ;
- l)** aux sanctions et pénalités pour manquement aux obligations contractuelles ;
- m)** aux conditions de modification du contrat par voie d'avenant pour tenir compte notamment de l'évolution des besoins, des changements législatifs ou réglementaires, des innovations technologiques ;
- n)** à la force majeure, l'imprévision, le fait du prince et leurs conséquences sur l'exécution du contrat, dont les conséquences financières ;
- o)** aux conditions de résiliation du contrat par la personne publique notamment pour faute du partenaire, pour un motif d'intérêt général ou suite à un cas de force majeure, et les conditions d'indemnisation s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des ouvrages réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre des parties, selon les cas ;
- p)** aux conditions de continuité du service en cas de défaillance du contractant ;
- q)** aux conséquences de la fin anticipée ou non du contrat (notamment celles relatives à la propriété des ouvrages et le transfert de technologie) ;
- r)** aux modalités de prévention et de règlement des litiges et les clauses de rendez-vous ;
- s)** aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage : les litiges peuvent être soumis à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'acte Uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage, ou à tout autre arbitrage international, à condition qu'une clause compromissoire ait été expressément prévue dans le contrat.

Cette liste n'est pas limitative.

8. Fiscalité applicable aux PPP

Les partenariats public-privé peuvent faire l'objet d'un traitement fiscal négocié entre l'opérateur économique et les autorités publiques, conformément aux textes en vigueur en matière de fiscalité en République du Bénin.

Le régime fiscal négocié sera notamment fonction des engagements du partenaire en matière d'insertion sociale.