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'Etat et 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 public privé. Le Code des marchés publics ne s'applique cependant aux Délégation de Service Public (« 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 de 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 viabilité sont 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 service 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 oeuvre 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.

Antananarivo le,

Le Ministre d'Etat Chargé des Projets Présidentiels,

Rivo RAKOTOVAO

Le Ministre des Finances et du Budget de l'Aménagement du territoire et de l'Equipement

François M. M. Gervais RAKOTOARIMANANA