

BURKINA FASO

UNITE-PROGRES-JUSTICE

ASSEMBLEENATIONALE

**IV^E REPUBLIQUE
SEPTIEME LEGISLATURE**

LOI N°032-2021/AN

**PORTANT CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL DU
PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE AU BURKINA FASO**

L'ASSEMBLEE NATIONALE

Vu la Constitution ;

Vu la résolution n°001-2020/AN du 28 décembre 2020 portant validation du mandat des députés ;

a délibéré en sa séance du 25 juin 2021

et adopté la loi dont la teneur suit :

CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS GENERALES

Article 1 :

La présente loi détermine le cadre juridique et institutionnel du partenariat public-privé au Burkina Faso.

Article 2 :

Au sens de la présente loi, on entend par :

- affermage : le partenariat public-privé à paiement par les usagers par lequel une autorité contractante confie à un partenaire privé, l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'un ouvrage existant afin qu'il assure la fourniture d'un service public. Le partenaire privé assume le risque d'exploitation et est chargé des travaux d'entretien courant de l'ouvrage, l'autorité contractante assumant la responsabilité des investissements sur l'ouvrage. Le partenaire privé verse à l'autorité contractante un loyer dont le montant est convenu à l'avance et est indépendant des résultats d'exploitation. Il peut être tenu d'atteindre des objectifs de performance ;
- appel d'offres : la procédure d'appel à la concurrence par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre évaluée la plus économiquement avantageuse et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification ;
- attributaire : le soumissionnaire dont l'offre a été retenue avant l'approbation du contrat ;
- autorisation d'occupation temporaire du domaine public en abrégé AOT : le contrat par lequel une autorité contractante, autorise un tiers à occuper temporairement son domaine public ou le domaine public mis à sa disposition, en vue de l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une mission d'intérêt général. L'occupation peut être constitutive de droits réels pour le tiers occupant sur les ouvrages qu'il construit sur le domaine public, dans les conditions fixées par l'autorisation pour la durée de l'AOT. L'AOT peut figurer dans le contrat de partenariat public-privé ou faire l'objet d'un contrat distinct. Lorsque la durée de l'autorisation d'occupation du domaine public dépasse

un an, elle devient une Convention d'occupation temporaire du domaine public ;

- autorisation ou délivrance irrégulière d'un ordre de paiement : l'autorisation de paiement donnée par tout agent public nonobstant l'absence ou l'irrégularité de pièce(s) justificative(s) conformément aux textes législatifs et réglementaires en vigueur ;
- autorité contractante : l'Etat, les collectivités territoriales, les groupements de collectivités territoriales, les établissements publics, les sociétés d'Etat, les sociétés à participation publique majoritaire, les organismes de droit public, les groupements dotés ou non de la personnalité juridique formés par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public ;
- candidat : l'opérateur économique qui manifeste son intérêt à participer ou qui est retenu par une autorité contractante pour participer à la procédure de passation d'un partenariat public-privé ;
- concession : le contrat par lequel une autorité contractante confie à un opérateur économique l'exécution de travaux et la gestion d'un service d'intérêt général ou d'un service public. Le risque d'exploitation est transféré à l'opérateur économique qui se rémunère auprès des utilisateurs de l'ouvrage ou du service. La concession est une des formes des contrats de partenariat public-privé à paiement par les usagers. Elle comprend notamment la concession de travaux, la concession de services et les concessions mixtes telles que la concession d'aménagement ;
- concession d'aménagement : le contrat de concession par lequel une autorité contractante confie à un opérateur économique une mission globale portant sur :
 - l'aménagement d'une zone à caractère urbain, industriel ou agricole ;
 - l'exploitation de la zone, telle que la fourniture de services, la gestion des équipements et des ouvrages ou la vente ou la location de biens immobiliers situés à l'intérieur de la zone d'aménagement ou l'octroi de conventions d'occupation domaniale.

Sont également des aménagements, les missions confiées au partenaire privé telles que l'acquisition de biens, la réalisation d'études de conception, la réalisation de travaux, d'ouvrages ou d'équipements, qui ont pour objets :

- de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat ;
 - d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques ;
 - de favoriser le développement des loisirs et du tourisme ;
 - de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur ;
 - de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux ;
 - de permettre le renouvellement urbain ;
 - de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels ;
- concession de service : le contrat de concession qui a pour objet principal la gestion d'un service. Elle comprend les variantes suivantes :
- lorsqu'elle a pour objet la gestion d'un service d'intérêt général qui ne constitue pas un service public, elle est qualifiée de concession de service d'intérêt général ;
 - lorsqu'elle a pour objet la gestion d'un service public, elle est qualifiée de concession de service public.

Le partenaire privé peut être, pour ces variantes, chargé de concevoir et de réaliser les ouvrages, les équipements, les biens immatériels ou d'acquérir les biens nécessaires au service ;

- concession de travaux : le contrat de concession qui a pour objet principal soit la réalisation, soit la transformation, soit la réhabilitation et l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité contractante. Le partenaire privé peut être chargé de concevoir l'ouvrage ou les travaux.

Une concession qui a pour objet à la fois des travaux et des services est, selon son objet principal, une concession de travaux ou une concession de services. Lorsque l'objet principal est la gestion d'un service public, la concession est une concession de service public ;

- contrôle de soutenabilité budgétaire et financière : l'ensemble des procédures visant à vérifier la capacité pour l'autorité contractante de faire face à l'ensemble de ses engagements financiers inconditionnels et conditionnels, issus du contrat de partenariat public-privé pour l'ensemble de sa durée ;
- crédit fournisseur : le contrat en vertu duquel le fournisseur permet à l'autorité contractante de différer ses paiements après la date à laquelle les biens sont livrés ou les services sont fournis. Le crédit fournisseur est fourni par le partenaire privé et peut provenir soit de ses capitaux propres soit au moyen d'une dette ;
- entrave à l'accès à la commande publique : le fait pour tout agent public de refuser la communication d'informations ou l'accès à des informations ou à des documents administratifs, ou d'user de toutes autres pratiques en violation des droits des candidats et des soumissionnaires dans le processus de sélection du partenaire privé ;
- entrave à la concurrence : le fait pour tout agent public d'élaborer un dossier d'appel à concurrence comportant des conditions de participation discriminatoires dans le but de limiter la concurrence ;
- établissement de fausses certifications : le fait pour tout agent public d'établir de fausses attestations de bonne exécution, de fausses attestations de service fait ou de toutes autres fausses attestations au détriment des intérêts de l'autorité contractante ;
- manipulation des offres : le fait pour tout agent public de retrancher, de remplacer ou d'ajouter à l'offre d'un soumissionnaire une ou plusieurs pièces en vue de la rendre conforme ou non aux critères définis dans le dossier d'appel d'offres ;
- négociation directe : la modalité de sélection de l'opérateur privé qui consiste à engager les discussions sur les éléments de son offre en vue de la conclusion du contrat de partenariat public-privé sans mise en concurrence ;

- objectifs de performance : les objectifs d'efficacité et d'efficience des prestations à atteindre par le partenaire privé. La performance est appréciée notamment en fonction de la qualité des prestations des services, du prix appliqué aux usagers, de la durabilité ainsi que de l'efficacité et de l'efficience des ouvrages, des équipements et des installations ;
- offre : l'ensemble des éléments techniques et financiers inclus dans le dossier de soumission ;
- offre spontanée : la proposition soumise par un opérateur économique à une autorité contractante, visant un projet d'infrastructure ou de services qui n'est pas encore inscrit dans une banque intégrée de projet. L'opérateur économique finance et réalise l'évaluation sommaire de son projet.

L'offre spontanée constitue une exception à la règle selon laquelle les projets d'infrastructures ou de services sont initiés par le secteur public ;

- opérateur économique : la personne morale de droit privé ou le groupement de personnes morales de droit privé ayant ou non la personnalité juridique, qui offre la réalisation de travaux, la fourniture d'équipements et/ou de biens immatériels, et/ou la fourniture de services ;
- partenaire privé : l'opérateur économique titulaire d'un contrat de partenariat public-privé approuvé ;
- partenariat public-privé (PPP) : le contrat administratif écrit conclu à titre onéreux par lequel une autorité contractante confie à un partenaire privé, pour une durée déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet de manière cumulative :
 - la réalisation et/ou l'aménagement et/ou l'acquisition et/ou la transformation et/ou la réhabilitation et/ou la maintenance et/ou le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens matériels ou immatériels nécessaires à un service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

- la gestion ou l'exploitation d'un service y compris un service d'intérêt général ou un service public, d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;
- le financement de tout ou partie des missions confiées.

Cette mission peut intégrer tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Le contrat de partenariat public-privé peut contenir une autorisation d'occupation temporaire du domaine public.

L'opérateur économique est tenu à l'atteinte d'objectifs de performance prévus au contrat et ces objectifs peuvent être révisables.

Le contrat fixe les conditions dans lesquelles sont établis le partage et le transfert des risques entre l'autorité contractante et le partenaire privé.

Le partenariat public-privé n'est pas un préfinancement ;

- partenariat public-privé à paiement par les usagers : le contrat de partenariat public-privé dans lequel la rémunération du partenaire privé consiste, en contrepartie des missions qui lui sont confiées, soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, le service ou la zone qui fait l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix.

La rémunération du partenaire privé peut être complétée par des recettes provenant d'activités annexes. Une part substantielle du risque d'exploitation doit être transférée au partenaire privé. La part de risque transférée implique une réelle exposition aux aléas du marché. Le partenaire privé assume une part substantielle du risque d'exploitation lorsque, dans les conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage, du service ou de la zone.

Les partenariats public-privé à paiement par les usagers sont constitués des concessions de service d'intérêt général, des affermage, des régies intéressées et des concessions de services publics ;

- partenariat public-privé à paiement public : le contrat de partenariat public-privé dans lequel la rémunération du partenaire privé consiste dans le versement d'un prix par l'autorité contractante pendant toute la durée du contrat, lequel est lié à des objectifs de performance. La rémunération du partenaire privé peut être complétée par des recettes provenant d'activités annexes. Le risque d'exploitation est assumé par l'autorité contractante.
- petite et moyenne entreprise (PME): toute personne physique ou morale productrice de biens et ou de services marchands, immatriculée ou ayant fait sa déclaration d'activité au registre du commerce et du crédit mobilier ou tout autre registre lui conférant la personnalité juridique selon les critères et conditions prévus par les textes en vigueur.

La notion de petite et moyenne entreprise inclut celle de la petite et moyenne industrie ;

- pratiques anticoncurrentielles : pratiques anticoncurrentielles au sens des textes en vigueur ;
- préfinancement: le contrat en vertu duquel l'autorité publique contractante confie à un opérateur économique la responsabilité d'exécuter des travaux publics, financés par un prêt commercial souscrit par lui et dans lequel l'autorité contractante s'engage à payer l'opérateur économique pendant toute la durée du prêt afin de lui permettre de rembourser le prêt. L'opérateur économique n'a pas d'engagement à long terme dans le projet et sa rémunération n'est pas liée à la performance globale du service délivré. Les garanties inconditionnelles fournies par l'Etat pour le prêt sont assimilables au préfinancement.

Le préfinancement est régi par les textes portant réglementation générale de l'endettement public et de la gestion de la dette publique au Burkina Faso ;

- programme de partenariat public-privé : le portefeuille de projets autorisés à être réalisés en partenariat public-privé et en cours d'exécution ;

- régie intéressée : le partenariat public-privé par lequel une autorité contractante confie à un partenaire privé, la gestion d'un service public, lié ou non à un ouvrage existant. Le partenaire privé bénéficie d'un mandat de l'autorité contractante pour encaisser, en son nom et pour son compte, les paiements dus par les usagers du service public exploité par le régisseur. La rémunération du régisseur, versée par l'autorité contractante, est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation et prend en compte les objectifs de performance mis à sa charge ;
- service d'intérêt général : tout service rendu au bénéfice de la collectivité nationale et non assimilable à un service public ;
- service public : tout service destiné à satisfaire les besoins essentiels de la personne humaine et ayant soit une finalité d'ordre et de régulation, soit une finalité de protection sociale et sanitaire, soit une finalité éducative et culturelle, soit une finalité économique ;
- société de projet : la société de droit burkinabè créée exclusivement pour l'exécution du contrat de partenariat public-privé et qui est sous le contrôle du partenaire privé ;
- soumissionnaire : la personne physique ou morale de droit privé qui participe à un appel d'offres en soumettant un acte d'engagement et les éléments constitutifs de son offre à une autorité contractante dans le cadre d'un projet de partenariat public-privé ;
- surfacturation : le fait pour un partenaire privé de majorer, sans justification, les prix de ses prestations ;
- urgence impérieuse : la situation résultant de circonstances imprévisibles et irrésistibles, qui n'est pas compatible avec le respect des délais et règles de forme exigés par la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint et nécessitant une réponse immédiate ;
- valeur estimée d'un partenariat public-privé : la valeur d'un contrat de partenariat public-privé correspondant au chiffre d'affaires total du titulaire pendant la durée du contrat, hors taxes, estimé par l'autorité contractante, eu égard aux travaux et services, en ce compris les travaux et services de maintenance, qui font l'objet du contrat, ainsi qu'aux fournitures liées auxdits travaux et services. Cette estimation est valable au moment de l'envoi de l'avis de publicité préalable ou, dans les cas où

un tel avis n'est pas prévu, au moment où l'autorité contractante engage la procédure de passation. Le choix de la méthode utilisée pour le calcul de la valeur estimée d'un partenariat public-privé ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire aux règles qui lui sont normalement applicables ;

- violation des règles de la confidentialité : le fait de communiquer, de diffuser ou d'exploiter sans autorisation des informations confidentielles dans le cadre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé.

CHAPITRE 2 : PRINCIPES GENERAUX ET CHAMP D'APPLICATION

Article 3 :

Le contrat de partenariat public-privé est soumis aux principes suivants :

- la concurrence dans la sélection du partenaire privé ;
- la transparence dans les procédures d'octroi et d'exécution d'un contrat de partenariat public-privé ;
- l'égalité de traitement des candidats et des soumissionnaires ;
- la légalité des prestations et l'égalité des usagers à l'accès au service public ;
- la promotion de l'expertise nationale ;
- la continuité et l'adaptation des services publics ;
- la sécurisation des investissements privés ;
- la performance et l'efficience des prestations ;
- la durabilité des infrastructures et/ou des services fournis ;
- le caractère abordable des infrastructures et/ou des services fournis aux usagers ou à la personne publique ;
- l'utilisation du partenariat public-privé pour des projets d'investissement prioritaires ;

- l'allocation optimale des risques entre la partie publique et la partie privée ;
- l'optimisation des ressources comme justification principale de l'utilisation du partenariat public-privé pour un projet.

Article 4 :

La présente loi s'applique aux partenariats public-privé tels que définis à l'article 2 ci-dessus, sous réserve des restrictions et interdictions visées à l'article 6 ci-dessous.

Les partenariats public-privé revêtent les formes contractuelles suivantes :

- partenariat public-privé à paiement par les usagers ;
- partenariat public-privé à paiement public.

Article 5 :

Sous réserve des dispositions de l'article 6 ci-dessous, le champ d'application de la présente loi couvre tous les secteurs d'activités.

En cas de contradiction entre une réglementation sectorielle et la présente loi, la réglementation sectorielle prévaut à l'exception des règles de passation de contrats de partenariat public-privé.

En l'absence de conflit, la réglementation sectorielle et la présente loi s'appliquent cumulativement et les autorités contractantes doivent donner un plein effet utile aux dispositions non contradictoires de la réglementation sectorielle et de la présente loi.

Article 6 :

La présente loi ne s'applique pas aux partenariats public-privé dans les secteurs de la défense et de la sécurité, lorsqu'ils concernent des projets pour lesquels la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat définis conformément à la réglementation en vigueur, est incompatible avec des mesures de publicité.

Font l'objet d'un encadrement spécifique et d'un contrôle de soutenabilité budgétaire et financière approfondi les partenariats public-privé présentant des caractéristiques de préfinancement et de crédit fournisseur.

Sont interdits les partenariats public-privé reposant sur les nantissements des ressources naturelles, ainsi que les contrats de partenariat public-privé conclus avec des entités contrôlées par une ou des autorité(s) contractante(s).

CHAPITRE 3 : GOUVERNANCE ET CADRE INSTITUTIONNEL

Section 1 : Gouvernance des partenariats public-privé

Article 7 :

La gouvernance du partenariat public-privé est caractérisée par le principe de la séparation des fonctions suivantes, de manière à garantir l'absence de risques de conflits d'intérêts, le chevauchement d'attributions, l'autonomie et l'indépendance des acteurs institutionnels :

- les fonctions d'identification des projets, de priorisation, de réalisation des évaluations sommaires, des analyses comparatives, des analyses de faisabilité, d'évaluation et de structuration des projets d'investissement, de conception des contrats, de passation, d'exécution et de suivi des contrats de partenariat public-privé sont assurées par l'autorité contractante ;
- les fonctions de conseil et d'expertise dans le processus de mise en œuvre des contrats de partenariat public-privé et de validation des évaluations sommaires, des analyses comparatives, des analyses de faisabilité sont assurées par l'Unité de partenariat public-privé qui participe également au processus d'analyse de la soutenabilité budgétaire. Elle assure également le rôle de suivi-évaluation du Programme de partenariat public-privé ;
- la fonction de validation de la soutenabilité budgétaire des projets de partenariat public-privé est assurée par la structure en charge du budget ;
- les fonctions de contrôle a priori et a posteriori de la procédure de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé sont assurées par les structures en charge de ce contrôle ;

- la fonction de régulation des contrats de partenariat public-privé est assurée par l'organe en charge de la régulation de la commande publique et les organes chargés de la régulation des secteurs concernés ;
- la fonction de validation du programme des projets de partenariat public-privé élaboré par l'Unité de partenariat public-privé, de formulation de recommandations pour le développement des projets en partenariat public-privé et de suivi-évaluation du Programme de partenariat public-privé est assurée par la commission de partenariat public-privé ;
- la fonction d'approbation du Programme de partenariat public-privé et d'autorisation de signature des contrats est assurée par le Conseil des ministres et l'organe délibérant de l'autorité contractante non étatique.

Section 2 : Cadre institutionnel

Article 8 :

Il est créé une structure nationale en charge du partenariat public-privé dénommée « Unité de partenariat public-privé », rattachée au cabinet du ministre en charge des finances.

L'Unité de partenariat public-privé a pour mission de promouvoir et d'accompagner les autorités contractantes dans le développement des projets de partenariat public-privé au Burkina Faso.

A cet effet, elle assure :

- le conseil et l'expertise en matière de partenariat public-privé ;
- l'assistance technique sur demande de l'autorité contractante dans l'élaboration d'une fiche de projet de partenariat public-privé et dans la réalisation des évaluations sommaires, des analyses comparatives et des études de faisabilité ;
- la validation des évaluations sommaires, des analyses comparatives et des études de faisabilité des projets de partenariat public-privé ;
- l'inscription des projets dans la banque intégrée de projets envisagés en partenariat public-privé (BIP-PPP) ;

- l'élaboration et le suivi-évaluation du Programme de partenariat public-privé ;
- la coordination et le suivi des partenariats public-privé en collaboration avec les autorités contractantes ;
- toutes autres activités à elle confiées dans le domaine du partenariat public-privé.

L'Unité de partenariat public-privé est composée d'experts dans les domaines économique, juridique, financier, technique et du suivi-évaluation.

Les attributions, l'organisation et le fonctionnement de l'Unité de partenariat public-privé sont déterminés par décret pris en Conseil des ministres.

Article 9 :

Le Conseil des ministres est l'instance chargée d'adopter par décret le Programme de partenariat public-privé validé par la commission de partenariat public-privé. Aucun projet ne peut être inscrit au Programme de partenariat public-privé s'il n'a fait l'objet de validation par la commission de PPP.

Le Conseil des ministres donne également l'autorisation pour la signature des contrats de partenariat public-privé qui lui sont soumis par l'autorité contractante, à l'exception de ceux des collectivités territoriales, des sociétés d'Etat et des établissements publics de l'Etat pour lesquels l'autorisation est donnée par leurs organes délibérants.

Article 10 :

Placée sous l'autorité du Premier ministre, la commission de partenariat public-privé est l'organe chargé de valider l'avant-programme de partenariat public-privé, de formuler les recommandations nécessaires au développement du partenariat public-privé au Burkina Faso, de s'assurer du suivi et de l'évaluation du Programme de partenariat public-privé.

Article 11 :

La structure en charge du budget est chargée de la validation de la soutenabilité budgétaire des partenariats public-privé sur la base du rapport produit par l'Unité de partenariat public-privé.

Article 12 :

Le ministère en charge des finances approuve les contrats de partenariat public-privé après avis de l'Unité de partenariat public-privé et visa de la structure en charge du contrôle a priori de la commande publique.

Article 13 :

L'autorité contractante identifie sur la base de sa politique de développement sectoriel des projets potentiels qui doivent être inscrits dans la banque intégrée des projets.

L'autorité contractante est chargée également de la réalisation des évaluations sommaires, des études de faisabilité et des analyses comparatives, de la conception des contrats de partenariat public-privé, de la passation, de l'exécution et du suivi des contrats de partenariat public-privé.

L'autorité contractante peut aussi se faire assister par des conseils externes.

Article 14 :

La commission de sélection du partenaire privé est l'organe ad hoc mis en place, conformément aux textes en vigueur, par l'autorité contractante. Elle est chargée de la sélection du partenaire privé pour la réalisation du projet en partenariat public-privé.

Article 15 :

L'autorité de régulation de la commande publique est compétente en matière de partenariat public-privé en tant qu'autorité administrative chargée de la régulation de la commande publique.

Article 16 :

Les régulateurs sectoriels interviennent dans les limites des compétences et missions qui leur sont reconnues par leurs lois sectorielles.

Dans le processus de partenariat public-privé, l'avis des régulateurs sectoriels est requis par l'Unité de partenariat public-privé et l'autorité contractante durant les étapes du développement du projet précédant le lancement de tout appel à la concurrence pour la sélection du partenaire privé.

Article 17 :

Les structures de contrôle sont chargées du contrôle a priori et a posteriori de la procédure de passation et d'exécution des contrats de partenariats public-privé, chacune dans les limites des attributions que les textes en vigueur leur confèrent.

CHAPITRE 4: PLANIFICATION DES PROJETS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Article 18 :

Les autorités contractantes identifient et priorisent les projets susceptibles d'être développés en partenariat public-privé. Cette identification et priorisation donne lieu à l'élaboration d'une fiche de projet qui présente les grandes lignes du projet et identifie si, de l'avis de l'autorité contractante, le projet doit être développé en partenariat public-privé. La fiche de projet identifie notamment la part du secteur privé et du secteur public dans la réalisation du projet d'un point de vue financier.

Article 19 :

Les projets priorisés sont inscrits dans la banque intégrée de projets.

Les conditions et modalités d'inscription d'un projet dans la banque intégrée de projets sont déterminées conformément aux textes en vigueur en la matière.

Article 20 :

Les projets de partenariat public-privé potentiels inscrits dans la banque intégrée de projets font l'objet d'une analyse comparative réalisée par l'autorité contractante avec l'appui de l'Unité de partenariat public-privé.

L'analyse comparative évalue les avantages et inconvénients des différents modes de la commande publique pour réaliser le projet, à savoir le marché public et le partenariat public-privé afin de déterminer le mode le plus adapté pour atteindre l'objectif poursuivi par le projet tout en tenant compte des attentes et contraintes pesant sur l'autorité contractante et tout futur partenaire privé. Il s'agit d'apprécier si le développement du projet en mode partenariat public-privé présente un avantage par rapport à d'autres modes contractuels, notamment en termes de financement, de coûts, de revenus globaux, de performance et de valorisation des risques.

L'analyse comparative doit étudier sommairement si des projets similaires au projet de partenariat public-privé considéré ont déjà été développés au plan national et au plan international et selon quel mode. L'analyse comparative doit faire l'objet d'une validation par l'Unité de partenariat public-privé.

Si l'analyse comparative validée par l'Unité de partenariat public-privé confirme la pertinence du mode partenariat public-privé mentionné dans la fiche de projet, le projet est inscrit dans la banque de projets présélectionnés en partenariat public-privé.

Les projets inscrits dans la sous-catégorie de la banque de projets présélectionnés en partenariat public-privé, appelée BIP-PPP, font l'objet d'une priorisation.

Les règles de priorisation des projets et les conditions et modalités d'inscription d'un projet dans la banque de projets présélectionnés en partenariat public-privé sont déterminés par voie réglementaire.

Article 21 :

Les projets de partenariat public-privé font l'objet d'une étude de faisabilité. Cette étude vise à démontrer la viabilité et la faisabilité du projet. Elle aborde les thématiques suivantes :

- la faisabilité technique qui consiste à évaluer le mode de réalisation du projet, les choix technologiques, les bénéfices et les contraintes techniques associés, etc. ;
- la faisabilité environnementale et sociale qui évalue les enjeux et les impacts environnementaux et sociaux ;

- la faisabilité économique qui permet de confirmer l'intérêt socio-économique du projet notamment sa capacité à répondre aux enjeux de développement du pays dans le cadre d'une analyse coûts/bénéfices ;
- la faisabilité commerciale qui consiste à apprécier l'appétence du secteur privé pour participer au projet et de son intérêt pour les utilisateurs du service ou de l'infrastructure ;
- la faisabilité financière ou budgétaire qui consiste à apprécier les besoins de financement du projet durant sa phase de financement initial et sa phase d'exploitation.

Pour les projets n'ayant jamais été développés en mode partenariat public-privé ou en cas d'offres spontanées, une évaluation sommaire assimilable à un avant-projet est réalisée avant l'étude de faisabilité.

Pour réaliser l'évaluation sommaire et/ou l'étude de faisabilité, l'autorité contractante peut se faire assister par tout conseil recruté par appel à concurrence.

L'évaluation sommaire et l'étude de faisabilité sont soumises à la validation de l'Unité de partenariat public-privé qui procède également à l'établissement d'un rapport sur la préfaisabilité budgétaire du projet en partenariat public-privé.

Article 22 :

Aucun projet de partenariat public-privé ne peut faire l'objet d'un appel d'offres ou d'une négociation directe s'il n'a pas fait l'objet d'un contrôle de soutenabilité budgétaire donnant lieu à un avis favorable de l'entité en charge du budget.

Le contrôle de soutenabilité budgétaire est réalisé tout au long du cycle de vie du projet, notamment juste avant l'appel d'offres, avant la signature du contrat ou de tout avenant.

Article 23 :

Les projets de partenariat public-privé dont les études de faisabilité et de soutenabilité budgétaire sont positives et qui ont été validées suivent le processus habituel de planification et d'évaluation des investissements

des autorités contractantes et sont inscrits dans le cycle budgétaire de la dépense publique desdites autorités contractantes.

Article 24 :

Les projets de partenariat public-privé de la banque intégrée de projets ayant fait l'objet d'une étude de faisabilité validée par l'Unité de partenariat public-privé et d'un contrôle de soutenabilité budgétaire validé par la structure en charge du budget, sont inscrits dans le projet de Programme de partenariat public-privé pour validation par la commission de partenariat public-privé.

Les projets retenus dans le Programme de partenariat public-privé sont inscrits dans le programme d'investissement public de l'Etat conformément à la réglementation en vigueur.

S'agissant des collectivités territoriales, les projets retenus dans le Programme de partenariat public-privé sont inscrits dans leur programme annuel d'investissement.

La procédure et les critères d'inscription des projets dans le Programme de partenariat public-privé sont précisés par décret pris en Conseil des ministres.

Le Programme de partenariat public-privé adopté est publié et mis à jour chaque fois que de besoin.

Article 25 :

Les mécanismes de financement des études préalables au lancement de la procédure de passation et les mécanismes de financement des projets et de garantie des engagements contractuels des autorités contractantes sont précisés par décret pris en Conseil des ministres.

CHAPITRE 5 : PROCEDURES DE PASSATION

Section 1 : Modes de sélection du partenaire privé

Article 26 :

La sélection du partenaire privé doit répondre aux principes généraux suivants :

- l'économie et l'efficacité de la commande publique, en cohérence avec la politique nationale de développement ;
- la bonne utilisation des deniers publics, notamment en garantissant la soutenabilité budgétaire des partenariats public-privé ;
- la transparence des procédures ;
- le libre accès à la commande publique ;
- l'égalité de traitement des candidats, sous réserve des dispositions dérogatoires ;
- la proportionnalité, propre à garantir un juste équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt privé.

Les partenariats public-privé prennent en compte les objectifs de développement durable, notamment dans ses dimensions environnementale et sociale.

Les opérateurs économiques sont soumis au principe de responsabilité sociétale des entreprises.

L'offre spontanée est admise dans les conditions prévues par la présente loi.

Le contrat de partenariat public-privé est conclu par appel d'offres. Toutefois, il peut exceptionnellement être conclu suivant la procédure de négociation directe.

Article 27 :

Est interdit de soumissionner à un partenariat public-privé, tout opérateur économique :

- en état de liquidation des biens ou dont la faillite ou la déconfiture est prononcée ;
- admis en redressement judiciaire ;
- n'ayant pas souscrit à ses obligations fiscales, parafiscales ou sociales à la date limite fixée pour le dépôt des candidatures ;
- faisant l'objet d'une condamnation pénale définitive ou d'une sanction prononcée par l'autorité contractante pour atteinte à la réglementation du partenariat public-privé ;
- sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales ou d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus ;
- disqualifié à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation ;
- figurant sur les listes d'interdictions de soumissionner des organismes nationaux et des organisations internationales.

Est également interdit de soumissionner à un partenariat public-privé en raison des conflits d'intérêt :

- toute entreprise dans laquelle un membre de l'autorité contractante ou délégante fait partie ou y possède des intérêts financiers ou personnels de nature à compromettre la transparence et l'intégrité des procédures de sélection ;
- tout prestataire de service et entreprise affiliée au prestataire de service ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel d'offres ;
- toute entreprise dont l'un des dirigeants a exercé une fonction de direction au sein des organes chargés de conseil, de régulation, de gestion, de conclusion, de contrôle et d'approbation des partenariats public-privé au cours des trois dernières années.

Section 2 : Procédures de droit commun

Article 28 :

La sélection du partenaire privé est effectuée par appel à la concurrence à l'échelon national ou international en fonction de la complexité ou de l'envergure financière du projet.

Le partenaire privé est sélectionné à l'issue d'un appel d'offres ouvert en une étape, précédé d'une pré-qualification ou d'un appel d'offres ouvert en deux étapes, précédé d'une pré-qualification.

Le dossier de pré-qualification peut prévoir un nombre minimal de candidats pré-qualifiés, à retenir sur la base de critères objectifs et non discriminatoires énoncés dans l'avis de pré-qualification. Toutefois, le nombre minimal de candidats ne peut être inférieur à deux.

L'avis de pré-qualification est publié de façon à informer tous les candidats potentiels de l'existence du projet. Il contient a minima certaines informations définies par décret pris en Conseil des ministres.

L'autorité contractante établit le dossier de pré-qualification dont le contenu est déterminé par décret pris en Conseil des ministres.

Une conférence peut être organisée au profit des candidats avec éventuellement, une visite de site.

Article 29 :

L'appel d'offres ouvert est dit en une étape lorsque les soumissionnaires pré-qualifiés soumettent des offres techniques et financières concomitamment.

La procédure est passée par appel d'offres ouvert en une étape lorsque l'autorité contractante est en mesure de définir les prestations objets du contrat par référence à des agréments ou spécifications techniques détaillées, à des normes nationales, communautaires ou internationales ou à défaut dispose de critères de performance ou d'indicateurs de résultats précis.

Une conférence des soumissionnaires peut se tenir avant la soumission des offres.

Article 30 :

L'appel d'offres ouvert est dit en deux étapes lorsque les candidats pré-qualifiés remettent des propositions techniques sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception ou de normes de performance.

Une fois les propositions reçues et examinées, l'autorité contractante peut inviter, après avoir éventuellement révisé le dossier d'appel d'offres, les soumissionnaires pré-qualifiés à présenter les propositions techniques révisées accompagnées de propositions financières.

La procédure est passée par appel d'offres ouvert en deux étapes lorsque le projet de partenariat public-privé envisagé est complexe ou que l'autorité contractante n'est 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.

Une conférence des soumissionnaires peut se tenir avant la soumission de l'offre initiale.

Section 3 : Procédures dérogatoires

Article 31 :

L'appel d'offres restreint est la procédure par laquelle seuls les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter peuvent remettre une offre. Le nombre de candidats admis à soumissionner doit assurer une concurrence réelle. Il est au minimum de trois. Il est ensuite procédé comme en matière d'appel d'offres ouvert en une étape.

Les autorités contractantes peuvent mettre en œuvre une procédure d'appel d'offres restreint lorsque les travaux ou les services, eu égard à leur nature spécialisée, ne peuvent être réalisés ou fournis que par un nombre limité d'opérateurs économiques.

Article 32 :

Le partenariat public-privé peut être passé, à titre exceptionnel, selon une procédure de négociation directe avec un opérateur économique dans les cas suivants :

- lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'autorité contractante et qui ne lui sont pas imputables, ne permet pas de respecter les délais minimum exigés dans les procédures d'appel d'offres ;
- appel d'offres infructueux à deux reprises ;
- lorsque le projet ou l'infrastructure ne peut être réalisé ou exploité pour des considérations techniques ou des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité, de droits de propriété intellectuelle que par un seul opérateur économique.

Toutefois, la procédure de négociation directe reste soumise aux dispositions des articles 41, 42, 43 et 44 de la présente loi.

Les conditions et les modalités de mise en œuvre des procédures de droit commun et dérogatoires de sélection sus mentionnées sont fixées par décret pris en Conseil des ministres.

Section 4 : Situations spécifiques

Article 33 :

Les partenariats public-privé émanent en principe de la programmation publique en application de l'article 18 de la présente loi.

Toutefois, les offres spontanées sont admises dans les conditions suivantes et à la discrétion des autorités contractantes.

Un opérateur économique peut proposer un projet de partenariat public-privé dans le cadre d'une offre spontanée, dès lors qu'il ne figure pas dans la banque intégrée de projets.

Une autorité contractante ne peut donner suite à une offre spontanée si elle n'est pas accompagnée d'une évaluation sommaire.

L'autorité contractante passe en revue l'évaluation sommaire de l'opérateur économique, puis réalise l'étude de faisabilité et l'analyse comparative avant de les soumettre à l'Unité de partenariat public-privé pour validation. Si l'étude de faisabilité est validée, le processus de contrôle de la soutenabilité budgétaire du projet est initié.

Après validation de la soutenabilité budgétaire, l'autorité contractante met en œuvre l'une des procédures de passation mentionnées aux sections 2 et 3 du présent chapitre.

L'auteur de l'offre spontanée confie, pour une meilleure compréhension, les études, dont l'étude sommaire, qu'il a réalisées à l'autorité contractante afin que celle-ci les mette à la disposition de tous les candidats à l'appel d'offres.

L'auteur de l'offre spontanée participe à l'appel d'offres dans les mêmes conditions que les autres candidats.

L'autorité contractante peut prévoir des mécanismes compensatoires au profit de l'auteur de l'offre spontanée.

Les modalités de sélection des offres spontanées et les mécanismes compensatoires au profit de l'auteur de l'offre spontanée sont précisés par décret pris en Conseil des ministres.

Article 34 :

Dans le dossier de consultation, l'autorité contractante demande aux candidats et aux soumissionnaires :

- d'indiquer dans leurs offres, la part de consommation des biens et services locaux ; la part d'exécution du contrat qu'ils s'engagent à réserver à des petites et moyennes entreprises locales ; la part des emplois réservés aux nationaux par niveaux de technicité requis ; les modalités de transfert de technologies et de compétence proposées ;
- de réaliser des actions de formation professionnelle à tous les niveaux.

Les candidats bénéficient dans ce cas dans la procédure d'attribution d'une notation particulière dont les modalités de détermination et de calcul sont définies dans le dossier de consultation.

Les partenariats public-privé dont la valeur estimée est inférieure à un seuil précisé par voie réglementaire sont réservés aux PME locales constituées en personne morale.

Article 35 :

Les collectivités territoriales peuvent réaliser des projets de partenariat public-privé dont le montant est conforme aux limites de contractualisation définies par voie réglementaire concernant le processus de passation.

Le texte réglementaire précise notamment les conditions dans lesquelles :

- les collectivités territoriales ont accès au régime du partenariat public-privé ;
- le contrôle de pertinence et de cohérence des projets des collectivités territoriales avec les politiques nationales et les projets des autres collectivités territoriales avoisinantes est organisé ;
- les collectivités territoriales peuvent mutualiser leurs projets.

Les collectivités territoriales peuvent mettre en place au niveau de leurs structures faitières une cellule de partenariat public-privé qui les assistera dans la préparation des projets qu'elles envisagent de réaliser en partenariat public-privé.

Toutefois, le processus de validation des projets de partenariat public-privé des collectivités territoriales reste le même que pour les projets PPP des autres autorités contractantes.

CHAPITRE 6 : DEROULEMENT DE LA PROCEDURE

Section 1 : Modalités d'organisation des candidats et des soumissionnaires

Article 36 :

Des opérateurs économiques peuvent se présenter en groupement pour participer à la procédure de passation d'un partenariat public-privé.

Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique de leurs liens, à condition qu'il fournisse la preuve d'une convention de groupement. L'autorité contractante exige que tout ou partie des opérateurs économiques concernés soient solidairement ou conjointement responsables dans la

mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du contrat. L'autorité contractante mentionne cette exigence dans le dossier de la consultation.

Les groupements formés avec des entreprises et des sociétés de droit national bénéficient dans ce cas dans la procédure d'attribution d'une notation particulière dont les modalités de détermination et de calcul sont définies dans le dossier de consultation.

Article 37 :

Le partenaire privé peut confier, sous sa responsabilité, l'exécution de certains services ou travaux, objet du contrat de partenariat public-privé à un tiers, dans les conditions définies par la réglementation en vigueur en la matière.

Dans les dossiers de consultation, l'autorité contractante doit demander au soumissionnaire de préciser la part de l'exécution du contrat qui sera confiée à des tiers sous-traitants, et quels sont les sous-contractants proposés.

Le soumissionnaire qui confie une partie de l'exécution du contrat de partenariat public-privé à des sous-traitants nationaux bénéficie dans ce cas dans la procédure d'attribution d'une notation particulière dont les modalités de détermination et de calcul sont définies dans le dossier de consultation.

Section 2 : Analyse des offres

Articles 38 :

Sous réserve que le candidat ne fasse pas l'objet d'une interdiction de soumissionner, les autorités contractantes ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation propres à garantir les capacités juridique, professionnelle, technique, économique et financière suffisantes pour l'exécution du projet.

Les autorités contractantes fixent les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du projet et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et/ou leurs offres.

Article 39 :

Les offres sont examinées par une commission de sélection mise en place par l'autorité contractante dans les conditions fixées par voie réglementaire. Sa composition garantit l'éthique, l'indépendance, l'expertise et l'absence de conflit d'intérêts de ses membres.

L'évaluation des offres pour le choix du partenaire privé est opérée conformément aux critères et conditions précisés par décret pris en Conseil des ministres.

L'autorité contractante classe les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base de critères objectifs mentionnés dans le dossier de consultation. Ces critères sont de deux ordres : technique et financier.

Section 3 : Achèvement de la procédure de sélection

Article 40 :

L'autorité contractante engage avec le soumissionnaire dont l'offre a été jugée économiquement la plus avantageuse une phase de négociation du contrat en vue d'en arrêter les termes définitifs selon les modalités définies dans les dossiers de consultation.

Cette négociation ne peut avoir pour effet de modifier les caractéristiques techniques et financières essentielles de l'offre précisées dans les documents de la consultation et dont la variation serait susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

En cas d'échec de la négociation avec le soumissionnaire classé premier, l'autorité contractante peut solliciter un autre des soumissionnaires dans l'ordre de classement des offres.

Article 41 :

Le bouclage financier du projet met fin à la procédure de passation et est réalisé selon les modalités prévues dans les documents de consultation. Toutefois, le délai accordé au partenaire privé pour réaliser le bouclage financier est fixé dans le contrat et ne saurait excéder un an à compter de sa signature.

Au-delà de ce délai, l'autorité contractante peut annuler le contrat. Cette faculté est indiquée dans le dossier de consultation.

Article 42 :

L'autorité contractante peut accorder au partenaire privé des subventions, des prêts publics, des garanties, des cessions ou des prises de participation.

Les garanties sont accordées conformément à la réglementation en vigueur.

La nature et le niveau des soutiens dont le partenaire privé pourrait bénéficier sont précisés dans le contrat de partenariat public-privé.

Article 43 :

L'autorité contractante peut exiger du partenaire privé, selon la nature et la complexité du projet, la création d'une société de projet de droit burkinabè, exclusivement pour l'exécution du projet de partenariat public-privé.

Toutefois, la création de la société de projet ne saurait excéder un délai de trois mois à compter de la notification d'attribution du contrat de partenariat public-privé.

L'autorité contractante peut exiger du partenaire privé qu'il détienne le contrôle de la société de projet pendant tout ou partie de la durée du contrat de partenariat public-privé.

Une part du capital social de la société de projet peut être réservée à des personnes physiques ou morales.

Article 44 :

Le contrat est signé successivement par le partenaire privé et par l'autorité contractante.

Lorsque le partenaire privé constitue une société de projet avant la signature du contrat, cette société de projet est signataire du contrat.

Lorsque la création de la société de projet intervient après la signature du contrat, celle-ci une fois constituée se substitue au partenaire privé.

Le contrat est notifié au partenaire privé avant tout commencement d'exécution.

L'autorité contractante conserve les actes et les documents relatifs aux procédures de passation, ainsi que les contrats conformément à la réglementation. L'autorité contractante communique les copies des contrats de partenariat public-privé à l'Unité de partenariat public-privé.

CHAPITRE 7 : DISPOSITIF CONTRACTUEL ET EXECUTION DU CONTRAT

Article 45 :

Le contrat doit comporter au minimum les clauses relatives :

- à l'identité et la nationalité des parties ;
- au type de contrat de partenariat public-privé ;
- à l'objet, au périmètre des missions confiées et à leur description ;
- au coût du projet ;
- aux conditions de fourniture des services et le cas échéant, à l'étendue de l'exclusivité des droits conférés par le contrat ;
- au régime juridique des biens et aux modalités d'occupation domaniale, notamment sur les droits réels conférés, le cas échéant, au partenaire privé ;
- au régime fiscal et douanier applicable au contrat ;
- aux droits et obligations des parties, notamment sur les informations confidentielles ;
- à l'entrée en vigueur du contrat et aux conditions suspensives à cette entrée en vigueur ;
- à la durée du contrat, aux conditions de sa prorogation, ainsi qu'aux droits et obligations des parties à son expiration ;
- aux objectifs de performance assignés au partenaire privé ;
- aux conditions de modification du contrat par voie d'avenant ;
- aux conditions et conséquences du partage et du transfert des risques entre les parties ;

- à la nature juridique de la société de projet, le montant de son capital, son contrôle et l'identité de ses actionnaires, le cas échéant ;
- à la garantie solidaire et indéfinie du partenaire privé envers la société de projet ;
- aux garanties conditionnelles et inconditionnelles et autres sûretés, notamment celles constituées conformément à l'acte uniforme relatif à l'organisation des sûretés de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), ainsi que les polices d'assurance auxquelles le partenaire privé est tenu de souscrire auprès d'assureurs domiciliés sur le territoire de l'Etat membre concerné par le projet ;
- à la rémunération du partenaire privé et ses modalités de détermination ;
- aux conditions, dans lesquelles l'autorité contractante constate que les investissements à la charge du partenaire privé ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ;
- aux modalités de contrôle de l'exécution du contrat et le cas échéant, de régulation économique du contrat ;
- aux conditions de validité et d'entrée en vigueur du contrat ;
- à la force majeure, à l'imprévision, au fait du prince, aux sujétions techniques imprévues et à leurs conséquences, notamment financières ;
- aux modalités de transfert des biens et des compétences ;
- aux modalités de partage des risques entre les parties ;
- aux sanctions et pénalités pour manquement aux obligations contractuelles ;
- au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme ;
- à la publicité du contrat ;
- au suivi-évaluation du contrat ;
- aux conditions et conséquences de la fin, anticipée ou non, de la résiliation du contrat, sur la propriété des ouvrages et leur transfert ;

- aux conditions de continuité du service en cas de défaillance du partenaire privé, notamment lorsque la résiliation est prononcée ;
- aux modalités de contrôle par l'autorité contractante d'une cession du contrat et de l'évolution de l'actionnariat de la société de projet ;
- aux modalités de gestion des actifs du projet, des coûts et des flux financiers qu'il génère, de leur répartition entre les parties et de leur affectation à la mise en œuvre du projet ;
- aux modalités de transfert de technologie ;
- au droit applicable et aux modalités de prévention et de règlement des différends et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends ;
- au délai accordé au partenaire privé pour réaliser le bouclage financier du projet.

Article 46 :

Tout contrat de partenariat public-privé est limité dans sa durée.

La durée du contrat de partenariat public-privé est déterminée en fonction de la nature, de l'objet du contrat et du taux de rentabilité du projet afin de permettre au partenaire privé de recouvrer tous les coûts d'investissement, d'exploitation, d'entretien, les frais financiers et réaliser un bénéfice.

La durée peut être prorogée sur la base d'un avis motivé de l'Unité de partenariat public-privé.

Dans tous les cas, la durée du contrat de partenariat public-privé ne peut excéder trente ans.

Article 47 :

Tout contrat de partenariat public-privé approuvé et signé fait l'objet de publicité.

Les informations publiées sont relatives au contenu du contrat notamment les engagements de l'autorité contractante, l'objet, la durée, le coût, l'identité du partenaire privé.

Tous les autres renseignements relatifs au partenaire privé sont confidentiels et ne peuvent être divulgués qu'avec son accord préalable, sauf à une personne employée ou engagée par l'État ou aux institutions financières.

Article 48 :

L'autorité contractante assure le suivi de l'exécution, selon les modalités définies par le contrat, de l'atteinte des objectifs de performance et des conditions dans lesquelles le partenaire privé a confié une partie de l'exécution du contrat à des sous-contractants.

A cet effet, l'autorité contractante peut recourir à un expert indépendant.

L'autorité contractante rend compte du suivi de l'exécution à l'Unité de partenariat public-privé, à la structure en charge du budget et au ministère en charge des finances en cas de partenariat public-privé à paiement public ou de partenariat public-privé assorti d'une garantie publique et au régulateur sectoriel lorsque la loi sectorielle concernée prévoit cette information.

Dans le cadre de ce suivi, l'autorité contractante partage toute information sur la performance et les finances du projet avec l'Unité de partenariat public-privé.

L'autorité contractante pourra demander la communication des informations relatives aux contrats de sous-traitance signés pour l'exécution du contrat de partenariat public-privé.

Si cela est nécessaire aux missions de contrôle de l'exécution du contrat de partenariat public-privé, l'autorité contractante pourra demander au partenaire privé la communication des contrats de sous-traitance signés.

Article 49 :

Les contrats de partenariats public-privé font l'objet d'audits par les organes habilités selon les modalités définies par les textes qui les gouvernent.

Article 50 :

Lorsque le contrat emporte occupation du domaine de l'autorité contractante, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le partenaire privé a, pendant la durée du contrat et sauf stipulation contraire du contrat, des droits réels sur les ouvrages et les équipements qu'il réalise.

Ces droits réels prennent automatiquement fin au terme du contrat quelle que soit la cause. La fin des droits réels ne préjudicie pas le droit à indemnisation du partenaire privé en cas de résiliation anticipée du contrat.

Article 51 :

La cession d'une créance détenue par l'opérateur économique ou la société de projet sur l'autorité contractante ou l'Etat au titre d'un contrat de partenariat public-privé ne peut intervenir sans l'autorisation préalable et écrite de l'autorité contractante et cette cession ne peut intervenir que pour les besoins du financement ou du refinancement des investissements du projet de partenariat public-privé.

Toute cession de créance détenue par l'opérateur économique ou la société de projet sur l'autorité contractante ou l'Etat ne peut être soumise qu'au seul droit burkinabè.

Toute cession de créance n'ayant pas reçu l'autorisation préalable de l'autorité contractante est nulle de plein droit et inopposable à l'autorité contractante concernée ou l'Etat.

Article 52 :

Aucune partie ne peut divulguer les informations qui lui ont été communiquées à titre confidentiel, sauf accord préalable de l'autre partie.

Aucune partie aux négociations ne peut divulguer à une tierce personne des informations techniques, relatives aux prix ou d'autres informations concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu, sauf si la loi ou une décision judiciaire l'exige ou si l'appel d'offres l'autorise.

Toutefois, pour des raisons liées à la mobilisation des crédits et capitaux nécessaires à la réalisation du projet, ou pour des procédures administratives ou judiciaires, l'autorité contractante peut communiquer

tous renseignements fournis par le partenaire privé et qui relèvent du domaine public.

Cette confidentialité ne s'applique pas à certaines informations contenues dans le dossier de consultation relatives au contenu du contrat notamment les engagements de l'autorité contractante, l'objet, la durée, le coût, l'identité du partenaire privé.

Article 53 :

Le contrat de partenariat public-privé peut être modifié ou résilié selon les conditions de droit commun et les dispositions du contrat.

En tout état de cause, la modification du contrat de partenariat public-privé doit être constatée par un avenant et ne pourra affecter les clauses substantielles du contrat de partenariat public-privé.

L'avenant ou le cumul des avenants ne saurait excéder plus de vingt pour cent du coût du partenariat public-privé.

Tout avenant est approuvé dans les mêmes conditions que le contrat initial.

Article 54 :

Le contrat ne peut être cédé en totalité ou en partie sans l'accord explicite de l'autorité contractante dans les conditions fixées dans le contrat.

Article 55 :

Pour les partenariats public-privé à paiement par les usagers avec service public, les biens sont classés en biens de retour, biens de reprise et biens propres. Le contrat définit les catégories de biens qui sont utilisés par le partenaire privé pendant toute la durée du contrat.

Sont considérés comme des biens de retour les terrains, ouvrages, équipements et biens meubles mis à la disposition gratuitement par l'autorité contractante au partenaire privé pendant toute la durée du contrat ou réalisés ou acquis par ce dernier, qui sont affectés et nécessaires au service public, objet du contrat.

Sont également considérés comme des biens de retour, les terrains relevant du domaine public dont l'occupation par le partenaire privé a été autorisée par le contrat.

Les biens de retour ne peuvent faire l'objet d'une cession, d'une garantie ou d'une aliénation totale ou partielle au profit d'un tiers quelconque. Sauf résiliation anticipée, les biens de retour reviennent en pleine propriété à l'autorité contractante libre de tout droit au profit de tiers et sans indemnisation ou compensation quelconque. En cas de résiliation anticipée du contrat, les biens de retour acquis ou réalisés par le partenaire privé pendant la durée et conformément au contrat reviennent à l'autorité contractante et le partenaire privé est en droit d'être indemnisé par l'autorité contractante au maximum de la valeur non amortie de ces biens le jour de la résiliation effective du contrat.

Sont considérés comme des biens de reprise, les biens meubles utiles, sans être nécessaires, au bon fonctionnement du service public objet du contrat. Ces biens peuvent devenir, au terme du contrat, la propriété de l'autorité contractante si cette dernière exerce sa faculté de reprise et sous réserve du paiement d'un prix par l'autorité contractante au partenaire privé dans les conditions déterminées par le contrat.

Sont considérés comme des biens propres, les biens meubles qui demeurent la propriété du partenaire privé au terme du contrat.

Tous les biens doivent être identifiés selon leurs catégories et annexés au contrat.

Pour les partenariats public-privé à paiement par les usagers, les biens réalisés ou acquis par le partenaire privé font, le cas échéant, retour en bon état d'entretien et de fonctionnement à l'autorité contractante dans les conditions prévues au contrat.

Pour les partenariats public-privé à paiement public, les biens acquis ou réalisés sur le domaine public, par le partenaire privé, pour l'exécution du contrat, sont transférés de droit au terme du contrat à l'autorité contractante en bon état d'entretien et de fonctionnement.

CHAPITRE 8 : DISPOSITIONS FISCALE, DOUANIERE, FONCIERE, DOMANIALE ET DE CHANGE

Article 56 :

Le régime fiscal et douanier prévu par la présente loi est réputé stable. La stabilité s'entend de la fixité des clauses fiscales et douanières des contrats signés conformément à la présente loi.

Le partenaire privé peut bénéficier d'un autre régime de faveur prévu par les lois régissant les investissements au Burkina Faso. Les avantages fiscaux et douaniers dudit régime ne sont pas cumulables avec ceux de la présente loi.

Le régime fiscal et douanier applicable au partenariat public-privé s'applique aux phases de conception et de réalisation, d'exploitation ou de gestion, de renouvellement des équipements ou d'extension du projet d'investissement

- De la phase de conception et de réalisation :

Les avantages fiscaux sont :

- la prise en charge par le budget de l'autorité contractante de la taxe sur la valeur ajoutée relative aux achats locaux de matériels, équipements et services destinés exclusivement au projet ;
- la prise en charge par le budget de l'autorité contractante des droits d'enregistrement des conventions et actes passés par le partenaire privé.

Les avantages douaniers sont :

- les matériels et équipements importés, destinés aux projets, bénéficient de la mise en consommation avec prise en charge des droits et taxes de douane par le budget de l'autorité contractante. Les droits et taxes ainsi visés comprennent, outre ceux inscrits au Tarif extérieur commun (TEC) applicable aux marchandises importées dans le cadre des projets concernés, la taxe sur la valeur ajoutée devant être supportée à l'importation, à l'exception de la Redevance statistique (RS), du Prélèvement communautaire (PC) et Prélèvement communautaire de solidarité (PCS) ;

- les matériels et équipements professionnels destinés de manière temporaire à la conception et à la réalisation des projets d'investissement en partenariat public-privé peuvent bénéficier du régime d'admission temporaire conformément à la réglementation en vigueur ;
- les matériels et équipements dont on peut trouver l'équivalent fabriqués au Burkina Faso et qui sont disponibles à des conditions d'acquisition au moins égales à celles des biens à importer ne peuvent bénéficier de la fiscalité prévue aux points ci-dessus sur les avantages douaniers.

Les sous-traitants du partenaire privé bénéficient des avantages fiscaux et douaniers prévus ci-dessus. Pour leurs achats sur le marché local, les bons de commande ou les lettres de commande doivent être préalablement visés par le partenaire privé. Le partenaire privé garantit ainsi que les acquisitions faites par ses sous-traitants, en exonération de droits et taxes, sont destinées exclusivement au projet.

La prise en charge des droits et taxes ci-dessus se fait conformément à la réglementation en vigueur.

- De la phase d'exploitation ou de gestion

Les projets de partenariat public-privé bénéficient des avantages fiscaux ci-dessous :

- la prise en charge par l'autorité contractante des droits d'enregistrement des conventions et actes passés par le partenaire privé en lien avec le contrat ;
- l'exonération du minimum forfaitaire de perception durant les cinq premières années d'exploitation ;
- l'exonération des acomptes provisionnels durant les cinq premières années d'exploitation ;
- l'exonération de la contribution des patentes durant les cinq premières années d'exploitation ;
- l'exonération de la taxe foncière des sociétés et de la contribution foncière sur les propriétés bâties et non bâties pour les immeubles

qui seront incorporés au domaine de l'autorité contractante à l'expiration du contrat de partenariat public-privé ;

- les matériels et équipements professionnels destinés de manière temporaire à la conception et à la réalisation des projets d'investissement en partenariat public-privé peuvent bénéficier du régime d'admission temporaire conformément à la réglementation en vigueur.

- De la phase d'extension ou de renouvellement.

En cas de renouvellement ou d'extension des investissements, les projets de PPP bénéficient des mêmes avantages que ceux prévus par la loi PPP en vigueur.

Article 57 :

Les opérations foncières et domaniales réalisées dans le cadre des contrats de partenariat public-privé sont soumises aux lois et règlements en vigueur.

Article 58 :

Les transactions opérées sous le régime des partenariats public-privé sont soumises au régime de change en vigueur et bénéficient des garanties qui s'y rattachent.

CHAPITRE 9 : DROIT APPLICABLE ET REGLEMENT DES DIFFERENDS

Article 59 :

Le contrat de partenariat public-privé est régi par le droit burkinabè.

Article 60 :

Les différends nés des décisions prises pendant la phase de passation font l'objet d'un recours non juridictionnel devant l'organe de règlement des différends de l'Autorité de régulation de la commande publique. En cas d'échec du règlement à l'amiable, les différends sont portés devant les tribunaux compétents.

Les procédures de règlement des différends en matière de passation des contrats de partenariat public-privé sont fixées par décret pris en Conseil des ministres.

Article 61 :

Les différends entre les parties, nés de l'exécution du partenariat public-privé, sont réglés à l'amiable devant l'Organe de règlement des différends de l'organe de régulation de la commande publique.

Les délais et procédures de règlement non juridictionnel des différends en matière d'exécution du partenariat public-privé sont fixés par décret pris en Conseil des ministres.

A défaut d'un règlement à l'amiable, le litige peut être soumis à la juridiction nationale compétente, ou à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'acte uniforme relatif à l'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ou à tout autre arbitrage international.

CHAPITRE 10 : INFRACTIONS ET SANCTIONS DU NON-RESPECT DE LA REGLEMENTATION

Section 1 : Infractions imputables aux acteurs

Article 62 :

Sans préjudice des infractions prévues par le code de commerce et le code pénal, les infractions imputables aux agents publics portent sur les actes anti concurrentiels, les actes de corruption, d'autorisation ou de délivrance irrégulière d'un ordre de paiement, de conflit d'intérêt, d'entrave à l'accès à la commande publique, d'entrave à la concurrence, d'établissement de fausses certifications, de manipulation des offres, de surfacturation, de violation des règles de la confidentialité, ou toute autre violation dans le cadre de la préparation, de la passation et de l'exécution du contrat de partenariat public-privé.

Article 63 :

Les infractions imputables aux candidats, aux soumissionnaires ou aux partenaires privés portent sur les actes anticoncurrentiels, la corruption,

les fausses déclarations, les fausses facturations, la sous-traitance irrégulière, les surfacturations, ou toute autre violation dans le cadre de la préparation, de la passation et de l'exécution du contrat de partenariat public-privé.

Section 2 : Sanctions des infractions imputables aux acteurs

Article 64 :

Sur rapport de l'instance de recours non juridictionnel de l'organe de régulation de la commande publique, la structure dont relèvent les agents publics reconnus coupables de l'une ou plusieurs des infractions définies dans la présente loi, peut prononcer à leur encontre, l'exclusion temporaire ou définitive du processus de contractualisation en partenariat public-privé.

Sans préjudice des sanctions disciplinaires, pénales et pécuniaires auxquelles ils s'exposent, les agents publics reconnus coupables des infractions définies à l'article 62 ci-dessus sont exclus de toute participation aux procédures de passation de la commande publique pour une période allant de un an à trois ans, par voie réglementaire.

En cas de faute d'une extrême gravité, l'exclusion définitive de l'agent public est prononcée conformément aux textes régissant les agents de la fonction publique.

Ces sanctions s'appliquent sans préjudice de toutes les autres sanctions disciplinaires prévues par les textes législatifs et réglementaires régissant les agents de la fonction publique.

Article 65 :

Les instances de recours non juridictionnel, en fonction de leurs domaines de compétence, peuvent prononcer des sanctions administratives à l'encontre des candidats, des soumissionnaires, des partenaires privés. Ces sanctions sont les suivantes :

- le rejet de l'offre ;
- l'annulation de l'attribution ;
- la résiliation du contrat de partenariat public-privé ;

- l'exclusion temporaire ou définitive de toute participation aux procédures de passation de la commande publique.

La durée de l'exclusion temporaire est de un an à deux ans. En cas de récidive, la durée de l'exclusion est de trois ans. Lorsqu'il y a une nouvelle récidive, le partenaire privé est exclu définitivement.

A ces sanctions, s'ajoutent toutes les autres sanctions disciplinaires et pénales prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur au Burkina Faso.

Article 66 :

L'instance de recours non juridictionnel de la structure en charge de la régulation de la commande publique, peut prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre des candidats, des soumissionnaires, du partenaire privé, auteurs de violations des textes législatifs et réglementaires ou de manquements caractérisés à leurs obligations lors de la préparation, de la passation ou de l'exécution d'un contrat de partenariat public-privé.

Les sanctions pécuniaires concernent les amendes.

Le montant de l'amende est fonction de la gravité de la faute.

La sanction pécuniaire consiste en un pourcentage du chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé par l'auteur de la faute au cours de son dernier exercice social. Ce pourcentage est déterminé dans le contrat dans la limite de dix pour cent du chiffre d'affaires.

En cas de récidive au cours des douze mois suivant la sanction, la sanction pécuniaire est égale à dix pour cent du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé par l'auteur de la faute au cours des cinq derniers exercices sociaux qui précèdent la faute.

La participation à la commande publique est subordonnée au paiement de la pénalité.

CHAPITRE 11 : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 67 :

La présente loi ne s'applique pas aux partenariats public-privé pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été publié avant son entrée en vigueur.

Les partenariats public-privé conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régis par les dispositions en vigueur au moment de leurs conclusions.

Article 68 :

La présente loi abroge toutes dispositions antérieures contraires, notamment la loi n°020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso.

Article 69 :

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

Ainsi fait et délibéré en séance publique
à Ouagadougou, le 25 juin 2021

