REPUBLIQUE DE GUINEE

Travail - Justice - Solidarité

Unité des Partenariats Public-Privé

CLAUSIER TYPE PPP

Septembre 2023

Note de remerciement

Ce Clausier type pour les contrats de Partenariats Public - Privé a été réalisé par l'Unité PPP, des experts locaux qui interviennent sur toute la chaîne de la conception, du développement, de l'exécution et, d'assistance et de conseil dans le cadre des PPP ; ces experts ont été choisis par les structures respectives du cadre institutionnel qui régit les PPP, et finalement avec l'appui d'experts internationaux.

A ce titre les remerciements vont à l'endroit du Gouvernement, des partenaires au développement pour les différents appuis accordés à l'équipe technique des experts.

Note d'avertissement

Le présent Clausier-type constitue une proposition de cadre contractuel en application de :

- La loi n°0032/2017/AN du 04 juillet 2017 portant Partenariats Public-Privé ;
- Décret d'application D/2021/041/PRG/SGG du 05 février 2021 portant application de la loi n° 0032/2017/AN du 04 juillet 2017 (« décret 041 ») ;
- Décret D/2021/042/PRG/SGG du 05 février 2021 portant cadre institutionnel applicable aux PPP (« décret 042 ») ; et
- Décret D/333/ /PRG/SGG du 17/12/2019 portant Code des Marchés Publics.

Ce document a pour objectif de (i) proposer aux Autorités Contractantes un premier outil de rédaction pour les clauses les plus classiques d'un Contrat de Partenariats Public - Privé et (ii) d'informer les Autorités Contractantes des bonnes pratiques dans le cadre de la mise au point et de la négociation d'un Contrat de Partenariats Public-Privé et ce, quelle que soit la nature du PPP (modèle concessif/délégation de service public/BOT /affermage ou régie, d'une part ou modèle à paiement public, d'autre part).

L'attention des lecteurs est attirée sur le fait que ce document constitue un Clausier-type et qu'il ne doit pas être repris dans son intégralité par les Autorités Contractantes sans avoir été au préalable, adaptée à la situation modulo certains articles obligatoires exigés par la loi guinéenne.

Il devra être également adapté au contexte et à la structuration du projet et notamment :

- L'objet du PPP : le PPP envisagé porte-t-il sur des Travaux et/ou prestations, modalités de financement, exploitation et maintenance, etc. ? ;
- L'existence d'un paiement de type concessif ou d'un paiement public ;
- L'apport par une Organisation Internationale de toute ou partie du financement d'une Infrastructure ;

- Le secteur envisagé : l'articulation de certaines clauses pourra changer entre un PPP dans le domaine des infrastructures de transport, d'énergies renouvelables ou dans le secteur de la distribution d'eau, etc ;
- L'Autorité Contractante organisatrice du PPP : la capacité à assurer le paiement des loyers pourra être perçue différemment en fonction de la solidité financière de l'Autorité Contractante organisatrice ; et
- La durée d'amortissement de l'actif.

Table des matières

CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS GENERALES 11
Article 1. Définitions et interprétations 11
1.1 Définitions 11
1.2 Interprétations 18
Article 2. Objet du Contrat 19
Article 3. Date d'Entrée en Vigueur et durée du Contrat 20
3.1 Entrée en Vigueur du Contrat 20
3.2 Durée du Contrat 20
Article 4. Stabilité de l'actionnariat du Titulaire 21
Article 5. Cession du Contrat 24
Article 6. Partage des risques 25
Article 7. Force Majeure - Imprévision 26
7.1 Force Majeure 26
7.2 Imprévision 27
Article 8. Contrats de sous-traitance 27
Article 9. Préférence nationale 29
Article 10. Personnel affecté au Projet 30
10.1 Généralités 30
10.2 Information de l'Autorité Contractante 30
10.3 Grève du personnel 31
10.4 Insertion sociale 31
10.5 Formation du personnel 31
Article 11. Santé, sécurité et environnement 32
11.1 Obligations HS&E 32
11.2 Non-respect des obligations HS&E 32
CHAPITRE 2 : REGIME JURIDIQUE DES BIENS 33
Article 12. Désignation du Terrain et servitudes 33
12.1 Désignation du Terrain 33
12.2 Servitudes 34
Article 13. Transfert du Terrain 34
Article 14. État du Terrain 34
Article 15. Acquisitions foncières ou immobilières 35
Article 16. Autorisations Administratives 36

Article 17. Maîtrise d'ouvrage et droits réels sur les Infrastructures 37
Article 18. Régime des Infrastructures en fin de Contrat 37
CHAPITRE 3 : CONCEPTION ET REALISATION DES INFRASTRUCTURES 39
Article 19. Conception des Infrastructures 39
Article 20. Réalisation des Infrastructures 40
Article 21. Durée des Travaux 41
Article 22. Causes Légitimes de Retard 41
22.1 Définition 41
22.2 Effets et prise en charge financière 43
Article 23. Opérations de Marche à Blanc 44
Article 24. Mise à Disposition 44
24.1 Opérations d'Essais et de Vérifications 45
24.2 Procédure de Mise à Disposition 45
24.2 Réserves 45
24.3 Désaccord des Parties sur la Mise à Disposition 46
24.4 Respect des surfaces 46
Article 25. Conséquences du non-respect de la Date Contractuelle de Mise à Disposition 46
25.1 Conséquences du retard non fautif 47
25.2 Conséquences du retard fautif 47
Article 26. Transmission du dossier des Infrastructures exécutés 47
CHAPITRE 4 : EXPLOITATION, MAINTENANCE ET SERVICES 48
Article 27. Prestations d'Entretien et de Maintenance, Prestations d'Exploitation, Prestations de Services 48
Article 28. Gros Entretien-Renouvellement 48
28.1 Prestations de GER 48
28.2 Gestion et contrôle du compte GER 49
Article 29. Évolutions technologiques et obsolescence 49
Article 30. Procédure de parangonnage 50
Article 31. Objectifs de performance 52
Article 32. Causes Exonératoires 53
32.1 Définition 53
32.2 Effets 54
Article 33. Rapport d'exploitation 54
CHAPITRE 5 : MODIFICATIONS DU CONTRAT 55
Article 34. Définition 55

34.1 Modifications Optionnelles 55
34.2 Modifications Obligatoires 55
Article 35. Procédure de réalisation des Modifications 56
Article 36. Prise en charge financière des Modifications 57
36.1 Modifications conduisant à des investissements supplémentaires 57
36.2 Modifications portant sur les Prestations 59
36.3 Modifications Mineures 59
Article 37. Économies résultant d'une Modification 59
CHAPITRE 6 : GARANTIES ET ASSURANCES 60
Article 38. Garanties 60
38.1 Garantie de bonne exécution des Travaux 61
38.2 Garantie de bonne exécution des prestations d'Entretien et de Maintenance et de GER 61
38.3 Garantie relative au compte GER 62
38.4 Garantie relative au Plan de Remise en État 63
Article 39. Programme d'assurances 63
CHAPITRE 7 : CLAUSES FINANCIERES 65
Article 40. Gestion du modèle financier 65
Article 41. Modalités de financement des investissements 65
41.1 Plan de Financement 65
41.2 Date de fixation des taux de financement 66
Article 42. Opération de Refinancement 66
Article 43. Modalités de rémunération du Titulaire 67
Article 44. Redevance payée par l'Autorité Contractante 67
44.1 Décomposition de la Redevance 67
44.2 Montant de la Redevance et modalités d'indexation et d'actualisation 69
44.3 Subventions – Avances sur Redevance 69
44.4 Recettes connexes 69
44.5 Modalités de facturation et de paiement de la Redevance 70
44.6 Intérêts moratoires en cas de retard de paiement 71
Article 45. Redevances perçues sur l'Usager 71
Article 46. Cession de créances et acceptation de la cession 72
Article 47. Fiscalité 73
CHAPITRE 8 : CONTRÔLE, SUIVI ET PENALITES 73
Article 48. Contrôle et suivi des obligations du Titulaire 73

48.1 Réunions de suivi 74
48.2 Rapport Annuel 74
48.3 Contrôle 76
Article 49. Pénalités 77
CHAPITRE 9 : FIN DU CONTRAT 79
Article 50. Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire 79
50.1 Principe de la résiliation pour faute grave du Titulaire 79
50.2 Conséquences financières de la résiliation pour faute grave du Titulaire 80
Article 51. Résiliation anticipée pour motif d'intérêt général et résiliation pour faute grave de l'Autorité Contractante 81
51.1 Principe de la résiliation pour motif d'intérêt général 81
51.2 Conséquences financières de la résiliation pour motif d'intérêt général 81
51.3 Résiliation pour faute grave de l'Autorité Contractante 82
51.4 Conséquences de la Résiliation pour faute grave de l' Autorité Contractante 82
Article 52. Résiliation anticipée pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat 83
52.1 Principe de la résiliation pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat 83
52.2 Conséquences financières de la résiliation pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat 83
Article 53. Résiliation d'un commun accord 83
Article 54. Substitution du Titulaire 84
54.1 Substitution du Titulaire – continuité du service public 84
54.2 Droit de substitution des Créanciers Financiers 85
CHAPITRE 10 : PREVENTION DES LITIGES ET CLAUSES DIVERSES 85
Article 55. Litiges 85
Article 56. Recours à un Expert 86
Article 57. Propriété intellectuelle ou industrielle 87
Article 58. Computation des délais 87
Article 59. Liste des Annexes 88

ENTRE :

[Nom de l'Autorité Contractante], [description de l'Autorité Contractante], représentée par [●] à ce dûment habilité par [●].

Commentaire

Compléter l'identité complète de l'Autorité Contractante ainsi que le nom et la qualité pour agir de son représentant lequel sera soit habilité par la loi (s'il détient un mandat exécutif) ou par délibération de l'organe compétent

(ci-après dénommée l' « **Autorité Contractante** »)

d'une part,

ET :

[Nom du Partenaire Privé], [description du partenaire],

(ci-après dénommé le « **Titulaire** »), représenté par [●] à ce dûment habilité par [●].

Commentaire

Plusieurs situations peuvent se présenter :

- *Soit le Titulaire est une entreprise individuelle et, dans ce cas, il convient de compléter sa dénomination sociale, la forme juridique de la société, son capital social, l'immatriculation au Registre du Commerce, sa domiciliation et le nom et le titre du représentera qui signera le Contrat de PPP, dûment habilité ;*

- *Soit le Titulaire n'a pas encore constituée une société - projet (la « **Société de Projet** ») et il est encore sous forme de groupement d'entreprises, préciser dans ce cas si ce groupement est intégré (de type « joint-venture ») ou non intégré (de type consortial) et obtenir le principe de la solidarité entre les membres, ainsi que les renseignements visés ci-dessus pour chaque entreprise membre du groupement, tout en précisant le chef de file dudit groupement ;*
- *Soit les partenaires ont constitué une société ad hoc (dit « Société de Projet ») qui regroupe les actionnaires qui se sont groupés pour l'obtention du Projet et dans cas, il convient d'indiquer les mêmes mentions que celles visées pour une entreprise individuelle ; et*
- *Soit, enfin, la Société de Projet peut être en cours de constitution, alors il convient d'indiquer « société en formation ».*

Selon les cas, il sera nécessaire d'indiquer une obligation des membres du groupement de constituer une Société de Projet conformément à la loi guinéenne et qui se substituera aux membres du groupement par voie d'avenant.

D'autre part,

L'Autorité Contractante et le Titulaire étant ci-après collectivement dénommés les « **Parties** » et individuellement une « **Partie** ».

IL EST PREALABLEMENT EXPOSE CE QUI SUIT :

Commentaire

L'exposé préalable doit permettre de retracer l'historique du Projet, les étapes de la procédure de passation du contrat de Partenariat Public-Privé et l'objet de ce dernier. Ce préambule doit être rédigée soigneusement car, s'il n'a pas, en principe, de valeur contractuelle, il permet de révéler l'intention des Parties, notamment en cas de litige. Le préambule doit suivre, typiquement, la structure suivante :

A. Tout d'abord, l'Autorité Contractante doit rappeler les besoins à satisfaire, à l'origine du Projet.

B. L'Autorité Contractante a décidé de recourir à un Contrat de Partenariats Public-Privé, sur le fondement de la loi n°0032/2017/AN du 04 juillet 2017 portant Partenariats Public-Privé et de ses décrets d'application 041 et 042 du 05 février 2021, afin de confier à une Personne Privé la mission de [description du Projet].

C. Le recours au Contrat de Partenariats Public-Privé a reçu un avis favorable du Ministre en charge des Finances sur avis motivé de l'Unité PPP en abrégé (UPPP), conformément aux articles 10 et 36 du décret 041 du 5 février 2021 pris en application de la loi n°0032/2017/AN du 04 juillet 2017 portant Partenariats Public-Privé portant cadre institutionnel des PPP, après avoir transmis le rapport de l'évaluation préalable en date du [●].

D. Par un avis de publicité publié au [●] le [●], l'Autorité Contractante a lancé un avis d'appel public à la concurrence passé selon le mode de passation de dialogue compétitif ou appel d'offres (selon le mode choisi) ouvert ou avec présélection ou procédure négociée conformément à l'article 14 de la loi n°0032/2017/AN du 04 juillet 2017 portant Partenariats Public-Privé et de l'article 15 de son décret d'application 041 du 05 février 2021.

E. Au terme de la procédure, l'offre présentée par [●] a été considérée comme l'offre économiquement la plus avantageuse.

F. [Citer les autres autorisations éventuellement requises avant la signature du contrat, en vertu de la loi n°0032/2017/AN du 04 juillet 2017 et de son décret d'application 041 du 05 février 2021 ou encore en application des statuts régissant ou règles s'imposant à l'Autorité Contractante].

CELA AYANT ETE EXPOSE, IL EST CONVENU CE QUI SUIT :

Commentaire

Viser ici les textes, décisions et tout acte ayant une force exécutoire sur la base desquels, le Contrat de PPP est conclu en ce compris, si nécessaire, le programme de « projets prioritaires » arrêté par le Comité des PPP, en application de l'article 4 du Décret 041 du 5 février 2021.

Vu la loi n° 0032/2017/AN du 04 juillet 2017 portant Partenariats Public-Privé,

Commentaire

Le Contrat devra indiquer les articles qui peuvent être modifiés par les candidats au cours de la mise au point du Contrat de PPP conformément aux articles 34 et suivants du Décret 041 du 05 février 2021 et ceux qui sont intangibles et notamment lorsque le contrat est attribué à l'issue d'une procédure d'appel d'offres. Dans ce cas, il est rappelé que « la mise au point ne peut avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre, les caractéristiques essentielles du Contrat de PPP ou son équilibre économique… »

CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS GENERALES

Article 1. Définitions et interprétations

Commentaire

La définition des termes utilisés dans le Contrat est recommandée, elle permet d'éviter les divergences d'interprétation des termes du Contrat et simplifie la rédaction de celui-ci.

Les règles d'interprétation du Contrat doivent également être prévues, notamment afin de déterminer un ordre de préséance entre le Contrat et ses annexes, voire entre les différentes annexes du contrat.

1.1 Définitions

Les termes débutant par une majuscule utilisée dans le présent Contrat ont la signification qui leur est attribuée ci-après.

Actionnaire(s) : désigne les actionnaires du Titulaire, soit les Actionnaires Initiaux et le cas échéant les Actionnaires Subséquents.

Commentaire

Il pourra être utile de distinguer les :

(i) « Actionnaires Industriels » des « Actionnaires Financiers » ; et
(ii) « Actionnaires Initiaux » des « Actionnaires Subséquents »

De même, une définition de la notion d'« Affilié », c'est-à-dire d'une entité légale appartenant au même groupe que l'un des Actionnaires, pourra être introduite.

Actionnaire(s) Financier(s) : désigne le ou les actionnaires autres que les Actionnaires Industriels.

Actionnaire(s) Industriel(s) : désigne le ou les actionnaires participant à la conception/réalisation et/ou transformation de l'ouvrage ou bien à son exploitation et/ou maintenance.

Actionnaire(s) Initial(ux) : désigne le ou les actionnaires qui ont constitué, à la date de signature du Contrat de PPP, une Société de Projet décomposés en Actionnaires Financiers et/ou Actionnaires Industriels et nommément [●].

Actionnaires Subséquents : désigne le ou les actionnaires qui ont apporté une participation en capital dans la Société de Projet postérieurement à la date de signature du Contrat de PPP.

Affilés : désigne une société placée sous le contrôle de l'autre au sens de l'article 179 de l'Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et aux Groupement d'Intérêt Économique (OHADA) et de la loi guinéenne applicable ou qui détient le contrôle d'une autre société ou bien qui est placée sous le contrôle commun d'une même société.

Annexe : désigne une annexe du présent Contrat.

Article : désigne un article du présent Contrat.

Autorisations Administratives : désigne l'ensemble des autorisations, licences et permis requis par la réglementation en vigueur et nécessaires, notamment à la construction, à la mise en service et à l'exploitation des Infrastructures.

Biens Propres : a le sens qui lui est donné à l'Article 18 du Contrat.

Biens de Retour : a le sens qui lui est donné à l'Article 18 du Contrat.

Bien de Reprise : a le sens qui lui est donné à l'Article 18 du Contrat.

Calendrier des Travaux : désigne le calendrier de réalisation des Travaux relatif aux Infrastructures et présentant les délais sur lesquels le Titulaire s'engage.

Cause(s) Exonératoire(s) : désigne les événements limitativement énumérés à l'Article 32 qui, s'ils se produisent, ont pour effet de libérer le Titulaire totalement ou partiellement de ses obligations en phase d'exploitation, dans les conditions prévues à l'article précité.

Cause(s) Légitime(s) de Retard : désigne les évènements limitativement énumérés à l'Article 22 qui justifient la prolongation des délais dans les conditions prévues à cet article.

Comité de Pilotage : désigne le comité de Pilotage et de suivi du Projet formé conformément aux stipulations de l'Article 48.1 du Contrat.

Compte pour Modifications : désigne le compte du Titulaire destiné au financement des Modifications.

Commentaire

La mise en place d'un Compte pour Modifications est l'une des modalités de financement des Modifications pouvant être envisagées. Voir sur ce point l'Article 35 ci-dessous. Attention : le maintien de cette définition suppose l'accord du Partenaire Privé de venir rechercher, dans les limites du compte ou jusqu'à un certain seuil à l'intérieur de ce compte, le financement d'une Modification en priorité par ce biais.

Contrat : désigne le présent Contrat de Partenariats Public-Privé, y compris ses annexes.

Conséquences Financières de l'Événement : désigne les coûts résultant de la survenance d'un événement, à l'exclusion des Conséquences Financières du Retard et déductions faites des sommes à percevoir par le Titulaire au titre des assurances souscrites.

Commentaire

La distinction opérée entre « Conséquences Financières de l'Événement » et « Conséquences Financières du Retard » permet d'identifier au mieux les différents coûts pouvant résulter de la survenance d'un risque.

Par exemple, si le terrain d'assiette du Projet se révèle être pollué, le coût de cet événement peut-être de deux natures : d'une part, la dépollution des terres représente un coût, celui de la remédiation de l'événement (la « Conséquence Financière de l'Événement »), d'autre part, la dépollution est susceptible (mais ce n'est pas automatique) de créer un retard dans la réalisation des Travaux, ce qui induit d'autres coûts (les « Conséquences Financières du Retard »).

Cette distinction est utile en particulier pour les modalités de prise en charge des conséquences des Causes Légitimes de retard (voir Article 22).

Conséquences Financières du Retard : désigne les conséquences financières du retard généré par la survenance d'un événement, à savoir [●].

Commentaire

Il conviendra de lister les frais devant être inclus dans la notion de « Conséquences Financières du retard ». On pense en particulier aux conséquences financières directes du retard, c'est-à dire aux frais d'immobilisation ou de garde du chantier, ainsi qu'aux conséquences financières indirectes du retard, et notamment les frais de préfinancement supplémentaires, les surcoûts d'actualisation, les coûts liés au décalage ou recalage des Instruments de Couverture.

Créancier(s) Financier(s) : désigne(nt) le ou les établissements financiers ayant conclu les contrats de financement avec le Titulaire, ou tout autre établissement financier lui succédant.

Date d'Entrée en Vigueur : désigne la date indiquée à l'article 3.1 du Contrat.

Commentaire

Les Parties pourront définir au cas par cas les conditions d'entrée en vigueur du Contrat de Partenariat. La Date d'Entrée en Vigueur suppose en général la satisfaction de plusieurs conditions suspensives dont la remise du Terrain, l'obtention de Autorisations Administratives, l'obtention du Financement, la remise d'une copie des attestations d'assurance, la remise d'une ou plusieurs garanties de bonne exécution (au titre du Contrat de PPP et/ou du Contrat de Travaux), etc. En tout état de cause, le Partenaire Privé exigera que toute ou partie de ces conditions soient réunies avant le début de la Phase de Réalisation. Il est à noter que les Prêteurs exigeront également que ces conditions soient satisfaites avant le premier tirage sur les contrats de crédits. Finalement, il est recommandé de fixer une date butoir pour satisfaire les conditions suspensives faute de quoi l'Autorité Contractante pourra décider de résilier le Contrat de Partenariat aux torts et griefs du Partenaire Privé (à moins que la non-satisfaction des conditions suspensives ne résulte d'une cause légitime/exonératoire ou du fait de l'Autorité Contractante) ou de constater la caducité du Contrat.

Date Contractuelle de Mise à Disposition : désigne la date à laquelle le Titulaire s'est engagé à mettre les Infrastructures à la disposition de l'Autorité Contractante.

Date Effective de Mise à Disposition : désigne la date à laquelle le Titulaire met effectivement les Infrastructures à la disposition de l'Autorité Contractante. Le Procès-Verbal de Mise à Disposition signé par les Parties permet de constater cette date.

Expert : désigne la personne choisie dans les conditions prévues à l'Article 56.

Force Majeure : désigne un événement tel que défini à l'Article 7.1.

Gains de Refinancement : désignent l'économie obtenue lors d'un Refinancement, calculée dans les conditions précisées à l'Annexe 6.4.

Imprévision : désigne un événement tel que défini à l'Article 7.2.

Commentaire

Cette notion n'est pas prévue expressément par la loi n°032/2017/AN mais peut se déduire de l'article 42 du Décret 041 en tant qu'une prorogation de la durée du Contrat peut être accordée en cas de « bouleversement de l'économie du Contrat » (laquelle est une condition généralement retenue pour justifier l'imprévision). Elle doit être maniée avec précaution surtout dans un contexte haussier des matières premières.

Infrastructure(s) : comprend l'ensemble des bâtiments, équipements et aménagements conçus et réalisés par le Titulaire.

Commentaire

Dans l'hypothèse d'un Projet incluant une partie de réhabilitation ou de démolition d'Infrastructures existants, il sera utile de créer une définition des « Infrastructures Existantes » et de prévoir dans le corps du Contrat les conditions dans lesquelles ces Infrastructures Existantes sont remises au Titulaire en début de Contrat, et les modalités de prise en charge des risques y afférents (par exemple risque de présence d'amiante ou de plomb), à l'instar de ce qui est prévu pour la remise du terrain d'assiette du Projet (Article 13).

Instrument de Couverture : désigne tout contrat de couverture de taux d'intérêt conclu par le Titulaire avec les Créanciers Financiers.

Instrument de Dette : désigne tout instrument de financement autre que les Fonds Propres et les Subventions prévu dans le Plan de Financement.

Instrument de Fonds Propres : désigne tout apport en capital, compte courant d'actionnaire, prêt subordonné, ou toute autre avance effectuée par les Actionnaires, ainsi que tout crédit-relais ou toute dette bancaire destinée à préfinancer lesdits apports, prévus dans le Plan de Financement.

Commentaire

Les définitions des Instruments de Dettes et de Fonds Propres sont particulièrement utiles pour la rédaction des clauses de résiliation du contrat et la détermination des indemnités pouvant être, le cas échéant, versées au titulaire. En particulier, on pourra ainsi exclure les Instruments de Fonds Propres de l'indemnité versée au Titulaire dans certains cas de résiliation (résiliation pour faute).

Intempéries : [A définir selon le Projet]

Commentaire

La définition d'Intempéries devra être bien articulée avec celle de la Force Majeure. En effet, elle permet, en général, au-delà d'un certain seuil d'intempéries (niveau de pluie, vitesse du vent, etc) de libérer le Partenaire Privé de son obligation de poursuivre l'exécution des Travaux ou l'exploitation de l'ouvrage mais ne revêt pas nécessairement les caractéristiques de la Force Majeure

Jour(s) : désigne sauf stipulation contraire un jour calendaire.

Loyer Financier : désigne la composante R1 de la Redevance telle que définie à l'Article 44.1

Mise à Disposition : désigne les formalités de mise à disposition des Infrastructures par le Titulaire à l'Autorité Contractante.

Modifications Mineures : désignent les Modifications décrites à l'Article 36.3.

Modification(s) Obligatoire(s) : désigne(nt) le(s) modification(s) résultant de l'entrée en vigueur d'un texte législatif ou règlementaire publié postérieurement à la Date d'Entrée en Vigueur et dont il n'était raisonnablement pas possible, préalablement à la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat, de prévoir l'adoption.

Commentaire

Voir commentaire sous l'article 35 : la prise en compte des changements législatifs ou réglementaires est expressément prévue sous l'article 40 (xii) de la loi n° 0032/2017/AN

Modifications Optionnelles : désigne les modifications autres que les Modifications Obligatoires.

Montant à Financer : désigne l'ensemble des dépenses liées à l'investissement sur lesquelles le Titulaire s'est engagé et qui sont préfinancées par lui, figurant au Plan de Financement (notamment Travaux, honoraires, assurances, coûts fiscaux, marges, coûts de préfinancement, commissions bancaires, etc.).

Commentaire

La définition de « Montant à Financer » devra prendre en compte la déduction des éventuelles subventions publiques ou avances sur Redevance bénéficiant au Projet.

Opérations d'Essais et de Vérifications : désigne les opérations décrites en Annexe 5, intervenant préalablement à la Mise à Disposition.

Période d'Intangibilité : désigne la période durant laquelle l'actionnariat du Titulaire doit demeurer inchangé.

Commentaire

Voir commentaire sous l'article 4 du Contrat.

Partenaire Public (ou Autorité Contractante) : désigne l'État guinéen et les collectivités locales ainsi que toute personne morale ou organisation public contrôlé par l'État guinéen ou par une collectivité locale.

Commentaire

A adapter selon le cas d'espèce. Pour rappel et en application de l'article 2 de la loi n°0032/2017/AN une Autorité Contractante est « l'autorité contractante, soit, selon les cas, l'État guinéen, une collectivité locale ou toute personne morale ou organisme public contrôlé par l'État guinéen ou par une collectivité locale ».

Personne Privée : désigne une personne morale de droit guinéen ou de droit étranger ou un groupement de personnes dont la majorité du capital ou des droits

de vote ne sont pas détenus directement ou indirectement par des Personnes Publiques.

Phase de Réalisation : désigne la période débutant à la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat et s'achevant à la Date Effective de Mise à Disposition.

Phase d'Exploitation : désigne la période débutant à la Date Effective de Mise à Disposition et s'achevant par la fin normale ou anticipée du Contrat.

Commentaire

La distinction des Phases de Réalisation et d'Exploitation pourra ne pas être pertinente dans le cas d'un ouvrage / d'une infrastructure qui reste en exploitation pendant la phase de réalisation.

Plan de Financement : désigne le plan de financement du Titulaire, détaillé en Annexe 6.1.

Plan de Remise en État : désigne le plan réalisé contradictoirement par les Parties dans les conditions prévues à l'Article 18.

Plans : désigne les plans visés à l'Article 57.

Prestataires : désigne les prestataires auxquels le Titulaire pourra avoir recours pour exécuter ses obligations au titre du présent Contrat, ainsi que leurs éventuels sous-traitants.

Prestations : désigne l'ensemble des Prestations d'Entretien et de Maintenance, les Prestations d'Exploitation, les Prestations de GER et les Prestations de Services.

Commentaire

A adapter/compléter selon les cas

Prestations d'Entretien et de Maintenance : désignent toutes les opérations mises à la charge du Titulaire qui concourent au maintien en bon état de fonctionnement des Infrastructures et équipements de façon à toujours convenir aux usages auxquels elles sont destinées, jusqu'au moment où leur vétusté ou une défaillance rendent nécessaire leur remplacement. Elles sont décrites en Annexe 1.2.

Prestations d'Exploitation : désigne les prestations d'exploitation mises à la charge du Titulaire. Elles sont décrites en Annexe 1.3.

Prestations de GER : désigne les Travaux de grosses réparations et de renouvellement mises à la charge du Titulaire. Elles sont décrites en Annexe 1.4.

Prestations de Services : désigne les prestations de service de [●] mises à la charge du Titulaire. Elles sont décrites en Annexe 1.5.

Commentaire

Exemple de Prestations de Services fournies par le Titulaire aux usagers du service public : services de propreté et d'hygiène ; services de sécurité incendie ; services de gestion des espaces verts ; service de sûreté (surveillance, gardiennage) ; services de restauration ; service d'accueil.

Prêteur(s) : désigne le ou les établissements financiers ayant conclu les Instruments de Dette et tous contrats de financement avec le Titulaire, ou tout autre établissement financier lui succédant.

Procès-Verbal de Mise à Disposition : désigne le Procès-Verbal établi contradictoirement par les Parties à l'occasion de la Mise à Disposition des Infrastructures.

Projet : désigne le projet objet du Contrat.

Programme Technique : désigne le programme technique du Projet figurant en Annexe1.

Commentaire

Le « Programme Technique » correspondra à tout document contenant les prescriptions techniques du Projet (cahier de charges).

Recettes Connexes : désignent les recettes annexes aux Infrastructures et que le Titulaire perçoit, le cas échéant, en raison de la valorisation, notamment du Terrain et des infrastructures et équipements annexes aux Infrastructures.

Redevance : désigne la rémunération à laquelle le Titulaire a droit en contrepartie de la Mise à Disposition des Infrastructures à l'Autorité Contractante.

Refinancement : désigne l'opération par laquelle le Partenaire procède à la modification des conditions de taux ou de marges bancaires prévus dans le Plan de Financement.

Réserves Majeures : désigne les réserves permettant à l'Autorité Contractante de refuser la Mise à Disposition, lorsqu'elle constate sur les Infrastructures des :

- Défauts de nature à rendre les Infrastructures ou les équipements impropres à leur destination ou portant manifestement atteinte à la sécurité des biens ou des personnes ;
- Non-conformités au Programme Technique ; et/ou
- Non-conformités aux prescriptions du Contrat.

Réserves Mineures : désigne les réserves autres que les Réserves Majeures.

Soulte des Instruments de Couverture : désigne les coûts supportés ou les gains à recevoir par le Titulaire en cas de modification ou de résiliation totale ou partielle des Instruments de Couverture, tels que calculés selon les modalités prévues en Annexe 6.5.

Commentaire

Il est utile de prévoir une annexe de nature financière qui détaillera les modalités de calcul de la Soulte des Instruments de Couverture, et qui pourra notamment préciser comment les éventuelles pénalités, frais et accessoires attachés à ces instruments sont pris en charge.

Terrain : désigne le terrain remis au Titulaire dans les conditions prévues à l'Article 12 [*ou, dans le cas où le Terrain est acquis par le Titulaire* : désigne le terrain acquis par le Titulaire pour la réalisation du présent Contrat].

Titulaire ou Partenaire-Privé : désigne [●]

Commentaire

Pour rappel et selon l'article 2 de la loi n°0032/2017/AN, le Titulaire est « une personne morale de droit guinéen ou de droit étranger ou un groupement de personnes dont la majorité du capital ou des droits de votre ne sont pas détenus directement ou indirectement par des Personnes publiques ».

Travaux : désigne l'ensemble des travaux que le Titulaire devra réaliser ou faire réaliser au titre du Projet.

1.2 Interprétations

Sauf stipulation expresse contraire du Contrat :

- Les termes définis à l'Article 1.1 pourront être employés indifféremment au singulier ou au pluriel lorsque le sens ou le contexte l'exigeront ;
- Les titres des Articles et Annexes du Contrat sont donnés à titre indicatif et ne peuvent être pris en compte pour interpréter le contenu de ceux-ci ;
- Les renvois à une convention ou autre document comprennent ses annexes ainsi que les modifications ou avenants dont la convention ou le document a fait l'objet ;
- Toutes les références faites à une personne comprennent ses successeurs, ayants droit ou toute autre personne venant aux droits et obligations de cette personne, de quelque manière que ce soit ; et
- Sauf indication contraire, les montants exprimés dans le Contrat sont hors taxes.

Sauf lorsqu'elles mentionnent expressément le contraire, les Annexes ont valeur contractuelle.

En cas de contradiction entre les stipulations du Contrat et celles d'une Annexe, le Contrat prévaudra. En cas de contradiction entre les stipulations des Annexes, le Programme Technique prévaudra sur les autres Annexes.

Commentaire

Le sujet de la priorité des documents contractuels est délicat. Certes, le Programme Technique doit prévaloir en tant qu'il comporte les spécifications techniques – et donc les exigences fonctionnelles, programmatiques et de performance souhaitée par l'autorité contractante – sur l'ensemble des autres pièces. La question peut se poser pour les autres Annexes telles que le Calendrier de Travaux, le Plan de Financement et les Garanties notamment qui devront, en principe, prévaloir sur les autres.

Article 2. Objet du Contrat

Conformément aux dispositions de l'article 2, alinéa 13 et 14 de la loi n°0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé et, spécifiquement l'article 40, point (i) du décret 041 portant conditions d'application de la loi n°0032/2017/AN, l'Autorité Contractante confie au Titulaire, qui l'accepte, une mission globale ayant pour objet les missions suivantes :

- [●]
- [●]
- [●]

Commentaire

L'article 2 de la loi n°0032/2017/AN décrit le Contrat de Partenariats Public-Privé comme un contrat écrit et conclu à titre onéreux entre l'Autorité Contractante et le Titulaire qui détermine les obligations des Parties dans le cadre d'un PPP. Selon les cas, ce contrat peut prendre plusieurs formes :

(i) *Contrat de Partenariat : dans ce cas, l'Autorité Contractante confie au Titulaire pour une durée déterminée une mission globale de conception, construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'Infrastructures nécessaires au service public ou d'intérêt général ainsi que tout ou partie de leur financement étant entendu que la rémunération doit faire l'objet d'un paiement par l'Autorité Contractante à compter de la mise en exploitation et ce pendant toute la durée du Contrat. Cette rémunération est liée à des objectifs de performance assignés au Titulaire.*

(ii) *Délégation de Service Public : dans ce cas, l'Autorité Contractante confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à une Personne Privée dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service étant entendu que la Délégation de Service Public peut prendre l'une des trois formes suivantes : Régie Intéressée, Affermage ou Concession. `*

(iii) *Tout autre accord contractuel conforme à la définition du PPP tel que le contrat de type Construction – Exploitation Transfert (dits BOT) et ses formes dérivées.*

Aussi, le Contrat listera donc ici les missions confiées au Partenaire Privé en fonction de la forme de contrat retenu étant précisé que dans tous les cas, la définition de l'objet devra se conformer à celle du PPP retenu par la loi à savoir que :

(i) *La rémunération est substantiellement liée à l'exploitation du service ;*

(ii) *Le Titulaire a dans tous les cas l'obligation d'exploiter (avec ou sans délégation de service public) ou de maintenance de l'Infrastructure ; et*

(iii) *Le cas échéant, il devra exécuter des obligations de financement et/ou de conception et/ou de construction de l'Infrastructure*

Le Titulaire est autorisé à mener les activités de valorisation qui donnent lieu au versement de Recettes Connexes dans les conditions prévues à l'article 28 de la loi n°0032/2017/AN Partenariats Public-Privé, de l'Article 40, (vii) du décret 041 portant conditions d'application de la loi 0032/2017/AN et aux dispositions de l'article 43-2, (ii) du même décret.

Ces activités de valorisation sont :

- [●]
- [●]

Commentaire

Si le Projet comprend des activités permettant de générer des Recettes Connexes (voir Articles 18 de la loi n° 0032/2017/AN et 43-2, (ii) du Décret 041) il conviendra d'indiquer les activités dont il est question (exemple : location de salles/espaces à des tiers pour l'organisation d'événements, revente d'énergie photovoltaïque, restauration, etc.).

Article 3. Date d'Entrée en Vigueur et durée du Contrat

3.1 Entrée en Vigueur du Contrat

Le Contrat entre en vigueur à compter de la réalisation pleine et entière des conditions suivantes :

- [●]
- [●]
- Publication du Contrat au Journal officiel conformément aux dispositions de l'article 37 du décret 041. Cette publication au Journal Officiel intervient après notification faite au Titulaire par l'Autorité Contractante.

En tout état de cause, ces conditions devront être levées avant le [●], sans quoi les Parties ne conviennent qu'aucune d'entre elles ne pourra plus se prévaloir dudit Contrat, sans qu'aucune indemnité ne soit due.

Commentaire

Il est rappelé aux articles 36 alinéa 3 et 37 alinéa 4 du décret 041 portant application de la loi n°0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé que :

(i) Le Ministre en charge des Finances dispose d'un délai de quinze (15) Jours à compter de la réception du Contrat de PPP, pour l'approuver ; et

(ii) L'Entrée en vigueur du Contrat de PPP est subordonnée à sa publication au Journal Officiel.

En outre, il est renvoyé au commentaire sous la définition de « Date d'Entrée en Vigueur » s'agissant des autres conditions préalables qui sont habituellement requises. Par exemple, la mise à dispositions des Infrastructures ou terrains d'assiette, l'obtention des permis incombant à la partie publique, etc.

3.2 Durée du Contrat

Le Contrat a une durée de [●] à compter de la Date d'Entrée en Vigueur.

Commentaire

Il est rappelé que l'article 19, alinéa 1 de la loi 0032/2017/AN évoque la durée, la prorogation et le renouvellement ainsi que l'article 41 du décret 041 portant, application de ladite loi Des dispositions pourront être rajoutées sur. :

- *La prorogation*
- *Fin anticipée du contrat*

Un éventuel phasage du contrat (en cas de financement « à tiroirs »).

La durée du Contrat de PPP est fonction de la période nécessaire pour assurer l'amortissement de l'investissement du Titulaire, sans pouvoir excéder trente ans, sauf autorisation donnée par le Ministre en charge des Finances.

Selon leur ingénierie financière, les candidats seront alors à même de proposer la durée permettant d'aboutir au meilleur coût.

Par ailleurs, la computation de la durée du Contrat a des conséquences sur le Partenaire Privé.

Si la durée fixe du Contrat est décomptée à partir de la Date d'Entrée en Vigueur, alors il y aura « double peine » en cas de retard : pénalités et diminution de la durée de perception des loyers, ceux-ci n'étant touchés par le Partenaire Privé qu'à compter de la Date Effective de Mise à Disposition.

Il peut être aussi prévu de faire démarrer la durée du Contrat à la Date Contractuelle/Effective de Prise de Possession. Dans ce cas, il sera déduit de la durée la date de conception/réalisation ou transformation de l'Ouvrage.

Dans ce cas, le Titulaire ne perdra pas de loyer.

Il est toutefois possible de concilier un système de durée globale fixe du Contrat et d'absence de perte de loyer :

- Soit en précisant qu'en cas de retard, même fautif, le montant de Redevance est recalculé de façon à ce que la rémunération due au Titulaire reste la même ;

- Soit en stipulant qu'en cas de retard, même fautif, le paiement des Redevances soit différé pendant la durée du retard et ce jusqu'à la Mise à Disposition.

Enfin, les conditions de prorogation ou de renouvellement du Contrat de PPP sans recours à une procédure d'appel d'offres sont fixées par l'article 42 du Décret 041 : ces conditions peuvent être indiquées dans cet articles sous réserve qu'elles aient été mentionnées dans le DAO (dossier d'appel d'offres) initial.

Article 4. Stabilité de l'actionnariat du Titulaire

A la date de signature du Contrat, l'actionnariat du Titulaire se compose comme suit :

- [●]
- [●]

(Les « **Actionnaires Initiaux** »).

Cet actionnariat demeurera inchangé jusqu'à [●] ans après la Date Effective de Mise à Disposition (la « **Période d'Intangibilité** »).

Commentaire

La loi n°0032/2017/AN et ses décrets d'application ne prévoient pas d'obligation de stabilité de l'actionnariat initial jusqu'à une certaine période à la suite de la Date de Mise à Disposition Effective de l'ouvrage. Il est de bonne pratique que l'Autorité Contractante prévoit une Période d'Intangibilité comprenant, à minima, la période couvrant les Travaux et la levée des réserves éventuelles laquelle est concomitante avec la date d'achèvement de la garantie de parfait achèvement au titre du contrat de Travaux (une année après la date de réception, laquelle peut être étendue encore d'une année en cas de réserves persistantes non levées). Il conviendra d'adapter cette durée d'intangibilité au Projet considéré et à l'identité des Actionnaires Initiaux.

Dans la plupart des cas, la Société de Projet sera détenue intégralement par plusieurs actionnaires étant précisé qu'il se dégagera souvent un actionnaire majoritaire ou prééminent du fait de son implication dans la réalisation et/ou l'exploitation/maintenance de l'ouvrage. Ces Actionnaires Initiaux sont constitués des membres du groupement qui se sont réunies pour l'obtention du Contrat de PPP.

On pourra souhaiter distinguer parmi les Actionnaires Initiaux, les « Actionnaires Industriels » (par exemple le constructeur ou le mainteneur), dont on souhaite qu'ils restent plus longtemps au capital de la société et en tout état de cause jusqu'à une période « probatoire » s'achevant à l'expiration de la levée de toutes les réserves (dans certains cas, jusqu'à la fin d'une période de « montée en charge » au titre de l'exploitation-maintenance permettant de vérifier la capacité du Titulaire à satisfaire les critères de performance de l'ouvrage), et les « Actionnaires Financiers » comme les fonds d'investissement, lesquels, statutairement, n'investiront que s'ils ont une bonne visibilité sur une sortie anticipée du capital de la Société de Projet.

A ce titre, cette clause devra prendre en compte les exigences qui pourraient tenir à l'attractivité de la Guinée pour les investissements étrangers.

Option 1

A l'issue de la Période d'Intangibilité, les Actionnaires pourront librement céder leur participation initiale, tant en capital qu'en droits de vote du Titulaire.

Option 2

A l'issue de la Période d'Intangibilité, les Actionnaires Initiaux pourront librement céder leur participation initiale, tant en capital qu'en droits de vote du Titulaire, sous réserve que :

a) Ensemble, les Actionnaires Initiaux continuent de détenir au moins [●] % de leur participation initiale, tant en capital qu'en droits de vote du Titulaire ; et
b) Les Actionnaires Industriels détiennent au moins [●] % de leur participation initiale, tant en capital qu'en droits de vote du Titulaire sauf autorisation expresse et préalable de l'Autorité Contractante ;

Option 3

A la fin de la Période d'Intangibilité :

(i) Les Actionnaires Financiers qui souhaitent céder une partie de leur participation initiale doivent en informer préalablement l'Autorité Contractante par courrier recommandé avec demande d'avis de réception. L'Autorité Contractante dispose d'un délai de [●] Jours pour s'opposer, de façon motivée, à cette cession. A défaut de réponse apportée par l'Autorité

Contractante à l'expiration de ce délai de [●] Jours, l'Autorité Contractante est présumée avoir refusé le projet de cession ; et

(ii) Les Actionnaires Industriels qui sont aussi des Actionnaires Initiaux devront détenir au moins [●] % de leur participation initiale, tant en capital qu'en droits de vote du Titulaire.

Commentaire

A l'issue de la Période d'Intangibilité, plusieurs options peuvent se présenter, en fonction de la nature du Projet, de sa criticité, sa technicité et ses enjeux en termes de risques et d'exploitation-maintenance :

- *Soit le Projet ne présente pas de difficultés particulières dans la période d'exploitation-maintenance et/ou l'essentiel des risques résidait dans la période de réalisation, auquel cas, il pourrait être prévu une liberté totale des Actionnaires Initiaux de céder leurs parts (notamment lorsque la période d'exploitation-maintenance est assez courte).*
- *Soit le Projet présente encore certains risques ou bien, compte tenu d'un phasage ou différentes périodes dans l'exploitation-maintenance, des nouveaux critères performantiels doivent être atteints auquel cas, une période supplémentaire de x années d'intangibilité imposée aux Actionnaires Initiaux peut être prévue. Dans ce cas, une distinction peut être faite entre Actionnaires Industriels (auxquels cette contrainte supplémentaire s'appliquerait) et Actionnaires Financiers.*
- *Soit le Projet est particulièrement complexe ou risqué, avec un Financement important et une longue période d'amortissement et dans ce cas, une participation minimale imposée à l'ensemble des Actionnaires Industriels pourrait être envisagée (et le cas échéant une capacité des Actionnaires Financiers à sortir sous certaines conditions).*

Dans tous les cas :

(i) *Ces éléments devront, dans toute la mesure du possible, être anticipés et communiqués aux candidats en phase d'appel d'offres afin de leur permettre de calibrer au mieux le choix des partenaires et la durée de leurs engagements mais l'Autorité Contractante ne devra pas perdre de vue l'effet potentiellement dissuasif de contraintes trop sévères en la matière.*

(ii) *Dès lors que l'accord de l'Autorité Contractante est demandé, celle-ci devra tenir compte de la réunion ou non des critères suivants :*

a. Cette cession affecte-t-elle les capacités techniques et financières du Partenaire Privé ou la poursuite normale de l'exécution du Contrat ?

b. Le cessionnaire remplit-il les conditions posées par la loi applicable pour participer à un contrat de PPP ?

Par dérogation aux alinéas qui précèdent, chaque Actionnaire Initial pourra transférer, librement et à tout moment, sa participation à un Affilié après approbation de l'Autorité Contractante.

Commentaire

Cet alinéa permet de laisser, sous réserve de l'approbation de l'Autorité Concédant, les Actionnaires Initiaux le droit de céder, à tout moment, leurs parts à des « Affiliés », c'est-à-dire aux sociétés appartenant au même groupe (la notion d'« Affilié » pourra être définie afin de couvrir les sociétés placées sous un même contrôle). Il est entendu que dans ce cas, l'approbation ne pourra pas être déraisonnablement refusée, s'agissant d'un transfert intra-groupe si, bien entendu, la surface financière et la capacité technique et financière des Affiliés cessionnaires sont, au moins, au même niveau que celle des parties cédantes.

Chacun des actionnaires du Titulaire peut, sous réserve de l'information préalable de l'Autorité Contractante par le Titulaire, par courrier recommandé avec demande d'avis de réception, consentir aux Prêteurs, pour les besoins du financement du Contrat, des sûretés portant notamment sur tout ou partie de la fraction du capital qu'il détient. Ces sûretés pourront, par dérogation aux stipulations ci-dessus, être librement exercées par les Prêteurs dans les conditions prévues par les contrats de sûretés correspondants. La réalisation de cette sûreté sera précédée d'une information et d'une autorisation préalable de l'Autorité Contractante.

Commentaire

Conformément à l'article 29 de la loi n°0032/2017/AN, son aliéna 3 permet de prendre en compte une exigence indissociable du financement de projet, à savoir la capacité du Titulaire de consentir des sûretés au profit des prêteurs en ce compris les actions de la Société de Projet. Les droits réels accordés aux titulaires ne pourront pas excéder la durée du Contrat et ne devront pas nuire à l'exercice du service public ou à l'affectation du domaine public.

Tout non-respect de l'une ou l'autre des obligations du Titulaire au titre du présent article 4 [Stabilité de l'Actionnariat du Titulaire] entraînera la résiliation du Contrat pour faute grave du Titulaire dans les conditions de l'Article 50.1 du Contrat [Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire].

Commentaire

Il est important de prévoir la sanction du non-respect des obligations du Titulaire en matière de stabilité de l'actionnariat, qui doit être la résiliation du Contrat pour faute.

Article 5. Cession du Contrat

Le Titulaire ne pourra, sous peine de déchéance, céder, partiellement ou totalement, les droits résultant du Contrat qu'avec l'accord préalable et écrit de l'Autorité Contractante.

Commentaire

L'Autorité Contractante a choisi le Titulaire aux termes d'une procédure durant laquelle elle était à même de vérifier les garanties (professionnelles, financières, etc.) de celui-ci (voir les critères en cas de modification de l'actionnariat initial). Il semble donc opportun de prévoir que la cession du Contrat par le Titulaire ne puisse se faire qu'après l'accord préalable et exprès de l'Autorité Contractante.

Il est important de prévoir les conditions et modalités pratiques selon lesquelles l'Autorité Contractante devra se prononcer sur un projet de cession. Une proposition est faite ci-après.

Le Titulaire est tenu de présenter le cessionnaire à l'Autorité Contractante lors de sa demande d'autorisation. Le cessionnaire devra :

(i) Apporter des garanties financières et professionnelles équivalentes à celles apportées par le Titulaire ;

(ii) Démontrer que la cession envisagée n'affectera pas la poursuite normale de l'exécution du Contrat ;
(iii) Démontrer qu'il ne contrevint pas aux engagements souscrits au titre de l'Article 4 [Stabilité de l'Actionnariat du Titulaire] ; et
(iv) Démontrer qu'il satisfait à toutes les conditions posées par la législation nationale et communautaire en vigueur aux fins de prendre une participation dans une Société de Projet.

L'Autorité Contractante fait connaître sa décision dans un délai de [minimum 15 Jours et maximum 30 Jours] à compter de la réception de la demande du Titulaire.

A défaut d'accord dans les conditions ci-dessus visées, la cession sera considérée comme irrégulière et inopposable à l'Autorité Contractante. En outre, en cas de méconnaissance des dispositions du présent Article par le Titulaire, toute cession irrégulière du contrat est considérée comme nulle, et elle ne peut en aucun cas être opposable à l'Autorité Contractante. A cet effet, l'Autorité Contractante peut résilier le Contrat pour faute grave du titulaire, en application de l'Article 21 de la loi n°0032//2017/AN portant Partenariats Public-Privé et selon les modalités de l'Article 50.1 du Contrat [Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire].

Commentaire

Il est important de prévoir la sanction du non-respect par le Titulaire de la procédure d'agrément, qui doit être la résiliation du Contrat pour faute.

En cas de cession, le cessionnaire sera subrogé au Titulaire dans les droits et obligations résultant du Contrat.

Article 6. Partage des risques

Chacun des risques afférents au Contrat est supporté par la Partie la mieux à même de le maîtriser, du point de vue technique, économique et financier, en prenant en considération l'intérêt général et les caractéristiques du Projet, dans les conditions et selon les modalités prévues par le Contrat.

Le partage des risques résulte de l'ensemble des stipulations du présent Contrat. Les différents risques et leur allocation sont rappelés, à titre informatif, dans une matrice des risques figurant en Annexe 11 étant toutefois précisé que les Parties pourront, le cas échéant, s'y référer afin de rechercher l'intention des Parties dans l'hypothèse d'une ambiguïté ou d'absence d'allocation d'un risque donné.

Commentaire

Conformément aux dispositions du Titre VI de la Loi 017/32 et du Titre IV du décret 41 portant modalités d'application de la loi n°0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé.

Le partage des risques entre l'Autorité Contractante et le Partenaire Privé y compris ceux résultant de l'Imprévision et de la Force Majeure, dans le respect de l'équilibre du Contrat doit être défini dans un document conçu d'un commun accord entre les Parties et annexé au présent Contrat

Les risques liés aux différentes phases du Projet doivent être identifiés et décomposés. Ils sont pris en charge par la partie jugée capable de les supporter de manière à minimiser leurs coûts en prenant en considération l'intérêt général et les caractéristiques du Projet.

Article 7. Force Majeure - Imprévision

7.1 Force Majeure

Une Partie n'encourt aucune responsabilité pour ne pas avoir exécuté où avoir exécuté avec retard une de ses obligations au titre du Contrat à la suite de la survenance d'un événement de Force Majeure, entendu comme tout événement qui lui est extérieur, qui est imprévisible et irrésistible et qui l'empêche d'exécuter en tout ou partie une de ses obligations au titre du Contrat.

Si le Titulaire a, par action ou par omission, aggravé les conséquences d'un événement présentant les caractéristiques de la Force Majeure, il n'est fondé à invoquer la Force Majeure que dans la mesure des effets que l'évènement aurait provoqués si cette action ou omission n'avait pas eu lieu.

Lorsque l'une des Parties invoque la survenance d'un événement de Force Majeure, elle le notifie à l'autre Partie par lettre recommandée avec avis de réception, dans les plus brefs délais, et au maximum dans les [10] Jours suivant la survenance de l'évènement, si l'évènement de Force Majeure le permet. La notification précise (i) les faits invoqués au soutien de sa demande et notamment la nature de l'événement (ii) les conséquences de cet événement sur l'exécution du Contrat (iii) les mesures prises pour en atténuer les effets. Dans une telle hypothèse, les Parties conviennent de se rencontrer au plus vite pour envisager toute mesure à prendre en vue d'assurer la continuité du service et d'éviter, autant que faire se peut, la rupture de leurs liens contractuels.

Si, toutefois, l'événement de Force Majeure dure plus de [●] Jours, l'Autorité Contractante peut prononcer la résiliation du Contrat dans les conditions prévues à l'Article 52 du présent Contrat [Résiliation anticipée pour Force Majeure ou bouleversement de l'économie du Contrat].

Commentaire

Il est usuel de prévoir que la partie de la rémunération portant sur le remboursement de l'investissement (loyer « financier ») continue à être versée.

Il n'est pas systématiquement prévu une indemnisation au profit du Titulaire en cas de Force Majeure à moins que l'Évènement de Force Majeure (i) puisse être qualifiée de Force Majeure de type « politique » (au contraire d'une Force Majeure de type « naturel ») et qui couvrirait la guerre, les émeutes, une grève générale, etc (ii) donne lieu à un cas de résiliation pour Force Majeure prolongée.

La période à partir de laquelle un Évènement de Force Majeure pourra donner lieu à une résiliation doit être conséquente. En pratique, celle-ci est d'au moins 2 à 3 mois et sur certains projets, elle peut aller jusqu'à six (6) mois.

7.2 Imprévision

Un événement d'Imprévision doit présenter les trois caractéristiques suivantes :

- indépendant de la volonté des Parties ;

- imprévisible lors de la conclusion du Contrat ou dont les effets ne pouvaient être raisonnablement prévus lors de la signature du Contrat ; et

- entraînant un bouleversement de l'économie générale du Contrat.

Commentaire

Il pourra être envisagé de quantifier la notion de « bouleversement de l'économie générale du Contrat » (parfois appelée « équilibre économique »).

L'Autorité Contractante devra cependant être très prudente dans un tel exercice, la théorie de l'imprévision ne devant s'appliquer qu'à des cas de très forte dégradation des conditions économiques du Contrat.

Lorsque l'une des Parties invoque la survenance d'un événement d'Imprévision, elle le notifie à l'autre Partie par lettre recommandée avec avis de réception, dans les plus brefs délais, et au maximum dans les [dix (10)] Jours suivant la survenance de l'évènement.

La notification précise les faits invoqués au soutien de sa demande et notamment la nature de l'événement ainsi que les conséquences de cet événement sur l'exécution du Contrat et les mesures prises pour en atténuer les effets.

Les Parties arrêtent d'un commun accord les mesures, notamment financières, permettant au Titulaire de poursuivre l'exécution de ses obligations dans des conditions non substantiellement dégradées pour le Titulaire. Dans ce cadre, les Parties détermineront au cas par cas le seuil et les conditions dans lesquelles ce bouleversement économique est atteint, notamment au regard du plan d'affaires du Partenaire Privé tel que figurant en Annexe [●] et des meilleures pratiques nationales et internationales.

Si, toutefois, l'événement d'Imprévision bouleversait durablement l'équilibre du Contrat, l'Autorité Contractante pourrait prononcer la résiliation du Contrat dans les conditions prévues à l'Article 52 du présent Contrat [Résiliation anticipée pour Force Majeure ou bouleversement de l'économie du Contrat].

Article 8. Contrats de sous-traitance

Pour l'exécution du Contrat, le Titulaire est autorisé à conclure des sous-contrats dans le respect de la réglementation applicable et sous réserve du respect des stipulations du présent Contrat. Il ne peut sous-traiter plus de cinquante pour cent (50%) de l'ensemble des Prestations sauf pour ce qui concerne les Affiliés.

Les Prestataires auxquels le Titulaire aura recours pour l'exécution de ses obligations au titre du Contrat seront sous l'entière responsabilité du Titulaire. Le Titulaire s'assure que ces Prestataires respectent les lois en vigueur et notamment leurs obligations sociales et fiscales. L'Autorité Contractante n'a pas de rapport contractuel avec ceux-ci dans le cadre du Projet.

Les conséquences financières de l'insolvabilité des Prestataires auxquels le Titulaire aura recours pour l'exécution de ses obligations au titre du Contrat seront à la seule charge du Titulaire.

Le Titulaire ne pourra se libérer de ses obligations contractuelles au titre du Contrat en invoquant les clauses des contrats qu'il a conclues ou viendrait à conclure avec les Prestataires ou les Créanciers Financiers, le Titulaire demeurant seul responsable, en tout état de cause, vis-à-vis de l'Autorité Contractante, de la parfaite exécution de ses obligations au titre du Contrat.

Tout contrat conclu par le Titulaire et entraînant la présence de tiers sur le Terrain ou les Infrastructures devra reprendre à l'identique les prescriptions pertinentes du présent Contrat au regard de l'objet du sous contrat considéré.

Le Titulaire informe l'Autorité Contractante de l'ensemble des contrats de sous-traitance qu'il conclut et les communique à l'Autorité Contractante, dans leur forme agréée entre le Titulaire et le futur Prestataire, au moins [quinze (15)] Jours avant leur signature. Le Titulaire doit obtenir l'accord préalable de l'Autorité Contractante sur l'identité et les conditions de cette sous-traitance dans les hypothèses suivantes :

(i) Si le contrat à conclure entre le Titulaire et l'un de ses Actionnaires ou Affiliés portant sur l'objet du Contrat de PPP et d'un montant supérieur à [●]; ou

(ii) Si le contrat à conclure entre le Titulaire et un tiers porte sur un montant supérieur à [●].

Commentaire

Les dispositions légales relatives à la sous-traitance ne sont pas précisées par la Loi PPP ou ses décrets d'application à l'exception du « droit de la Autorité Contractante d'approuver tout contrat significatif devant être conclu directement ou indirectement entre le Titulaire et l'un de ses actionnaires ou affiliés » (article 40 (x) du Décret 041) et, indirectement, à travers les « conditions de participation minimum d'entreprises et de main d'œuvre locale à la réalisation des Travaux ou à l'exploitation future » (article (vi) du même article 40). Ce dernier est traité sous l'article 9 ci-dessous. Il est recommandé que le Contrat prévoie également :

(i) Une obligation d'approuver les principaux contrats de sous-traitance avec le groupement constructeur/réalisateur d'une part et l'exploitant-mainteneur, d'autre

part (et pas uniquement ceux conclus avec les affiliés et actionnaires) à moins que cette approbation se fasse concomitamment à la signature du Contrat de PPP ; et

(ii) Une information préalable de l'Autorité Contractante en cas de modification substantielle apportée aux contrats de sous-traitance (éventuellement, on pourra prévoir que seuls les avenants d'un certain montant sont communiqués si cela s'avère plus pertinent).

Article 9. Préférence nationale

Le Titulaire s'engage, conformément à l'article 23-3 du décret D/2021/041/PRG/SGG, à mettre en œuvre les mesures suivantes de préférence nationale :

- Sous-traitance de premier rang ou second rang, ou exécution directe ou indirecte des prestations suivantes du Contrat de Partenariat en faveur des entreprises nationales : [●] ; [et/ou]

- Taux d'utilisation d'intrants d'origine nationale [et/ou] moyens humains, techniques et technologiques d'origine guinéenne [et/ou] part du transfert de technologies et du savoir-faire [et/ou] nombre d'emplois créés en faveur des citoyens guinéens : [●].

Le contrôle de cet engagement est effectué dans les conditions suivantes : [●]

En cas d'inexécution de ces engagements, le Titulaire sera redevable d'une pénalité de [●].

Commentaire

Les dispositions des articles 23.3 et 40 (vi) du décret 041 de la loi 0032 /2017/AN portant Partenariats Public-Privé évoquent les conditions relatives à la participation minimum d'entreprises et de main d'œuvre locale et aux dispositions de l'article art 79-2 de l'ancien CMP (Code des Marchés Publics) qui stipulent :

« Le régime de la préférence nationale ne peut toutefois être accordé que dans les conditions suivantes :

- *S'agissant des entrepreneurs de bâtiment et de Travaux publics, si au moins trente (30) pour cent d'intrants communautaires sont utilisés et qu'au moins cinquante (50) pour cent des cadres techniques et personnels employés sur le cahier sont des nationaux ;*
- *S'agissant des cabinets et bureaux d'études, si leur intervention est évaluée à plus de cinquante (50) pour cent de l'étude ;*
- *Et, s'agissant des fournisseurs, en raison de l'origine des fournitures fabriquées ou manufacturées, soit en République de Guinée pour autant que soient proposés des biens manufacturés dont le coût de fabrication comprend une valeur ajoutée en République de Guinée d'au moins trente (30) pour cent ;*
- *En raison de la nationalité du soumissionnaire lorsque l'on est en présence de fournitures uniquement importées ».*

Il est rappelé que le règlement d'appel d'offres peut prévoir qu'il sera accordé une marge de préférence aux candidats guinéens jusqu'à un maximum de dix pour cent (10%) du montant de l'offre dans la mesure ou au moins trente pour cent (30%) des Travaux, fournitures ou services

prévus en période de construction et en période d'exploitation du contrat remplissent les conditions visées.

Article 10. Personnel affecté au Projet

10.1 Généralités

Le Titulaire s'assure le concours, en quantité et en qualité, du personnel nécessaire à la parfaite exécution du Contrat. Il assure la gestion et le contrôle de son personnel.

Le Titulaire s'engage à respecter la législation, la réglementation de droit de travail et les conventions collectives applicables en République de Guinée.

Par ailleurs, pendant toute la durée du Contrat, le Titulaire s'engage à respecter et faire respecter les prescriptions en matière de sécurité applicables au Projet et notamment [●].

Commentaire

Il pourra être utile, selon la nature du Projet, d'indiquer les règles de sécurité pouvant s'appliquer au Projet.

Tout manquement grave ou répété à l'une de ces prescriptions entraîne l'application des dispositions de l'Article 50.1 [Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire]. Étant donné l'urgence de remédier à la violation des obligations de sécurité, l'Autorité Contractante peut recourir aux dispositions de l'Article 50.1 [Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire] sans procéder à la mise en demeure préalable prévue à l'Article 50.1.

10.2 Information de l'Autorité Contractante

Un registre spécial du personnel est constamment tenu à jour par le Titulaire. Il peut être consulté à tout moment par l'Autorité Contractante.

Le Titulaire adresse, dans le cadre du Rapport Annuel prévu à l'Article 48.2, un organigramme du personnel affecté au Projet, ainsi qu'un état de variation détaillé des effectifs affectés au Projet.

Le Titulaire informe l'Autorité Contractante sans délai, et le cas échéant dans des rapports périodiques ou le rapport annuel :

- de toute évolution majeure affectant la situation du personnel affecté à l'exécution du Contrat, notamment en cas de modification de la convention collective applicable ou de toutes autres conventions ou modifications de la législation affectant les conditions de travail ou de rémunération ;

- des accidents de travail ; et

- des observations formulées par l'inspection du travail.

Commentaire

Cette clause permettant un contrôle de l'Autorité Contractante doit être adaptée en fonction de la nature du projet. En outre, on rappelle que le contrôle légitime exercé par l'Autorité Contractante ne doit pas faire oublier que le Titulaire est maître d'ouvrage.

Elle pourra également être complétée par des stipulations prévoyant les conditions d'une éventuelle reprise des personnels par l'Autorité Contractante en fin de Contrat, conformément à la législation guinéenne.

10.3 Grève du personnel

L'Autorité Contractante ne supportera aucune conséquence financière en cas de grève du personnel du Titulaire, de ses Prestataires ou des sous-traitants de ces derniers. Toute grève sera assumée aux frais et risques du Titulaire.

En cas de grève du personnel du Titulaire ou de l'un de ses Prestataires, le Titulaire est tenu d'informer l'Autorité Contractante sans délai des préavis de grèves déposés. Il la tient ensuite informée de la situation et des mesures prises. Il assure par ailleurs une information complète du public par tous les moyens appropriés. En cas de manquement à une ou plusieurs des obligations d'information qui lui incombent, le Titulaire encourt l'application des pénalités prévues l'Article 49 [Pénalités].

Le Titulaire s'engage en tout état de cause à tout mettre en œuvre pour assurer la continuité de l'exploitation.

10.4 Insertion sociale

Commentaire

Le Contrat pourra prévoir des engagements du Titulaire (directement ou par l'intermédiaire de ses Prestataires) en matière d'insertion sociale.

Cette clause pourra identifier :

(i) les publics visés par les mesures d'insertion,

(ii) l'engagement pris par le Titulaire (le cas échéant par le biais de ses Prestataires),

(iii) les modalités de contrôle de cet engagement par l'Autorité Contractante, et notamment la périodicité du contrôle,

(iv) la pénalité encourue en cas de non-respect des engagements.

10.5 Formation du personnel

Le Titulaire assure la formation régulière du personnel de l'Autorité Contractante au titre des prestations suivantes : [●].

Les modalités des formations prévues au présent Article sont précisées en Annexe 8.

Commentaire

Cette clause doit permettre de préciser, lorsque cela est pertinent avec le projet mené, les conditions dans lesquelles le personnel de l'Autorité Contractante devra être formé par le Titulaire.

Le détail précis des formations pourra être décrit dans une annexe technique.

Article 11. Santé, sécurité et environnement

11.1 Obligations HS&E

Le Titulaire sera entièrement responsable de l'adéquation, de la stabilité et de la sécurité de toutes ses opérations et méthodes nécessaires à l'exécution des Travaux et devra se conformer aux lois applicables en matière de santé, de sécurité et d'environnement ("**HS&E**"), y compris les autorisations HS&E et les bonnes pratiques de l'industrie.

11.2 Non-respect des obligations HS&E

Le non-respect des exigences de l'Article 11.1 ou des exigences raisonnables de l'Autorité Contractante en matière de contrôle des risques HS&E à tout égard important sera considéré comme un motif valable pour l'Autorité Contractante de suspendre l'exécution de tout ou partie des Travaux. L'Autorité Contractante peut à tout moment effectuer un audit de la conformité du Titulaire aux exigences HS&E du Contrat. Le Titulaire doit coopérer avec l'Autorité Contractante dans la conduite de cet audit, et fournir des informations à la demande de l'Autorité Contractante.

11.3 Obligation d"information

Le Titulaire doit aviser l'Autorité Contractante sans délai (et en tout état de cause, au moins 24 heures après l'incident) de tout accident ou incident survenant dans le cadre de l'exécution des Travaux. Le Titulaire doit également informer l'Autorité Contractante de tout autre incident (y compris en cas de violation ou de violation potentielle de toute loi HS&E) susceptible d'affecter l'exécution des Travaux ou du Contrat.

11.4 Obligation de conformité aux normes environnementales

Lors de l'exécution des Travaux, le Titulaire doit se conformer à toutes les lois applicables relatives à la pollution et à la protection de l'environnement, y compris le code de l'environnement et le décret sur l'environnement, et doit éventuellement se conformer au plan de gestion environnementale (si applicable). En cas d'incohérence entre les lois applicables et le plan de gestion environnementale, le Titulaire doit se conformer à l'exigence la plus stricte. Si, après la Date d'Entrée en Vigueur, il est requis par une Modification de la Loi de se conformer aux normes environnementales ou à toute autre disposition législative ou réglementaire ou texte ayant force de loi plus stricte que celle(s) énoncée(s) dans le plan de gestion environnementale, le Titulaire devra coopérer avec l'Autorité Contractante pour modifier le plan de gestion environnementale afin de refléter les exigences plus strictes d'une tel Modification de la Loi. Le Titulaire doit mener ses opérations de manière à minimiser la pollution et les dommages à l'environnement durant les Travaux.

Le Titulaire doit exécuter les Travaux de manière à prévenir ou à minimiser la pollution et doit prendre toutes les mesures de protection et les mesures conformément aux bonnes pratiques de l'industrie pour prévenir et minimiser la pollution.

CHAPITRE 2 : REGIME JURIDIQUE DES BIENS

Commentaire

Les dispositions du titre 7 de la loi n°0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé évoque le régime applicable aux biens du Partenariats Public-Privé.

Article 12. Désignation du Terrain et servitudes

12.1 Désignation du Terrain

Le Terrain sur lequel seront construits les Infrastructures est situé [●].

Le plan du Terrain figure en Annexe 3 du Contrat.

Commentaire

Si le Projet porte sur des infrastructures existantes, cette clause pourra être complétée pour désigner celles-ci (un inventaire des biens remis par l'Autorité Contractante pourra également être annexé au Contrat).

Il est recommandé de viser la section cadastrale du ou des terrains concernés.

En outre, la notion de « Terrain » pourra être étendue aux éventuels équipements ou locaux situés sur celui-ci.

12.2 Servitudes

Le Terrain est grevé des servitudes existantes telles que référencées dans le plan dressé en Annexe 3.

L'Autorité Contractante déclare qu'elle n'a créé ni laissé acquérir aucune autre servitude sur le Terrain objet des présentes, et qu'à sa connaissance il n'en existe aucune autre.

Le Titulaire souffrira des servitudes pouvant grever le Terrain et profitera des servitudes actives, s'il en existe, sans recours contre l'Autorité Contractante.

Commentaire

Le cas échéant, en cas de servitudes grevant le Terrain, cette clause devra être ajoutée.

Article 13. Transfert du Terrain

Le transfert du Terrain par l'Autorité Contractante au Titulaire s'effectue au plus tard à la Date d'Entrée en Vigueur, selon les modalités du Calendrier des Travaux figurant en Annexe 4. Le Titulaire a la garde du Terrain au Jour de son transfert.

Un état des lieux d'entrée relatif au Terrain est établi contradictoirement entre les Parties le Jour du transfert dudit Terrain. En cas de désaccord entre les Parties, quant au contenu de l'état des lieux d'entrée, celui-ci sera effectué par un expert désigné dans les conditions suivantes : [●].

Commentaire

Cette clause n'a pas vocation à s'appliquer si le Terrain est acheté par le Titulaire. Les modalités de désignation de l'expert pourront renvoyer à la clause générale prévue ci-dessus ou à toute autre modalité.

Les frais de l'état des lieux seront intégralement à la charge du Titulaire.

Si l'occupation du terrain est payante, il conviendra de le préciser et d'indiquer le montant à payer et les conditions de l'acquittement de ce montant par le Titulaire.

Si le Projet porte sur des Infrastructures Existants (réhabilitation), cette clause pourra être complétée pour prévoir les modalités du transfert de ceux-ci, selon les mêmes principes.

Article 14. État du Terrain

Le Titulaire déclare avoir une parfaite connaissance du Terrain.

Le Titulaire prend le Terrain dans l'état dans lequel il se trouve le jour du transfert, sans aucune garantie de la part de l'Autorité Contractante et sans pouvoir élever aucune réclamation, ni former aucun recours contre l'Autorité Contractante en raison de la situation ou de l'état du Terrain et notamment en ce qui concerne l'état du sol, du sous-sol et des conditions géologiques ou géotechniques.

A ce titre, il supporte l'ensemble des Conséquences Financières de l'Événement y afférent. Les retards éventuels consécutifs à la survenance de l'un des risques ainsi mis à la charge du Titulaire ne pourront en aucun cas constituer des Causes Légitimes de Retard et les éventuelles Conséquences Financières du Retard restent à la charge du Titulaire.

Le Titulaire ne pourra se prévaloir du caractère incomplet ou erroné des documents et études remises par l'Autorité Contractante préalablement à la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat ou qui pourraient lui être transmis en cours d'exécution du Contrat.

L'Autorité Contractante prend en charge les risques suivants : [●].

A ce titre, elle supporte l'ensemble des Conséquences Financières de ces l'Événement y afférent.

Les retards éventuels liés à la survenance de ces risques et les Conséquences Financières du Retard seront traités dans les conditions prévues à l'Article 22 [Causes Légitimes de Retard].

Commentaire

Il conviendra de prévoir, selon les particularités du Projet, la répartition des risques liés à l'état du Terrain. Sont notamment visés : risques géologiques, hydrogéologiques, géotechniques, risque lié à la présence d'infrastructures existantes et de réseaux enterrés, risque de pollution préexistante ou risque de découvertes archéologiques.

Toutefois, les risques liés à l'état du sol doivent être très majoritairement assumés par le Titulaire compte tenu du fait qu'il doit disposer de tous les professionnels expérimentés lui permettant de s'appuyer sur les études préexistantes ou faire des sondages complémentaires.

A ce titre, l'Autorité Contractante prendra soin, préalablement au lancement de la consultation, de réaliser les études nécessaires à la bonne analyse de l'état du sol. Lors de la consultation, elle pourra ainsi fournir des études précises au Titulaire, ce qui permettra à ce dernier d'ajuster au mieux son prix à défaut de quoi, celui-ci risque de provisionner ces sommes dans son prix du fait d'aléas importants).

Si le Projet porte sur des infrastructures existantes (réhabilitation), cette clause pourra être complétée pour prévoir les modalités de partage des risques liés à l'état de ces derniers (notamment les risques liés à la présence d'amiante ou de plomb).

Article 15. Acquisitions foncières ou immobilières

[à préciser en fonction du contexte du projet]'

Commentaire

Selon la nature du Projet, il pourra être utile de prévoir cette clause relative à l'acquisition par le Titulaire de biens qui ne sont pas, au jour de la conclusion du Contrat, dans le patrimoine de l'Autorité Contractante ou sur lesquelles celle-ci n'a aucun droit d'occupation.

Cette clause pourra également préciser, si le Projet le nécessite, les conditions dans lesquelles certains biens pourront faire l'objet d'expropriation pour cause d'utilité publique : à ce titre, elle indiquera comment le Titulaire et l'Autorité Contractante pourront collaborer pour mener à bien les procédures d'expropriation si celles-ci n'ont pas été réalisées préalablement à la signature du Contrat.

Article 16. Autorisations Administratives

Le Titulaire est responsable de l'obtention des Autorisations Administratives nécessaires à la réalisation du Projet, conformes à la réglementation applicable au jour de leur obtention, dans un délai permettant le respect du Calendrier des Travaux figurant en Annexe 4. Le Titulaire est également responsable du maintien en vigueur de ces Autorisations Administratives.

Il s'agit notamment de : *[Liste des Autorisations Administratives nécessaires pour la réalisation du Projet].*

L'Autorité Contractante apportera dans la mesure du possible son appui au Titulaire pour l'obtention des Autorisations Administratives.

Commentaire

Il sera utile de lister les autorisations nécessaires à la réalisation du Projet, ce qui inclut les licences, permis et autres autorisations nécessaires pour la construction des Infrastructures, mais aussi pour leur mise en service et leur exploitation. En revanche, cette liste ne devrait pas être exhaustive, dans la mesure où le Titulaire doit être responsabilisé sur l'accomplissement de toutes les démarches nécessaires au Projet, y compris celles qui n'auraient pas été identifiées au jour de la conclusion du Contrat.

Le Titulaire prendra à sa charge les Conséquences Financières de l'Évènement et de délais résultant du retard dans l'octroi des Autorisations Administratives.

Si, dans un délai de [●] Jours à compter de la Date d'Entrée en Vigueur, l'ensemble des Autorisations Administratives nécessaires à la construction des Infrastructures n'ont pas été obtenues ou ont été refusées, les Parties se rencontrent à la demande de la Partie la plus diligente, pour évaluer les conséquences de la situation. Les Parties feront tous leurs efforts pour trouver une solution permettant la poursuite du Projet.

Si, dans un délai de [●] Jours suivant cette rencontre, aucune solution n'a pu être arrêtée par les Parties, l'Autorité Contractante pourra prononcer la résiliation du Contrat. Le Titulaire sera alors indemnisé dans les conditions prévues à l'Article 50/52 [Résiliation pour Faute grave du Titulaire/Résiliation pour Force Majeure].

Commentaire

Il est recommandé de responsabiliser le Titulaire sur l'obtention et les délais d'octroi des autorisations.

En outre, si un problème insurmontable se pose dans l'obtention des permis, il peut être nécessaire de prévoir une clause de résiliation anticipée du Contrat : les conditions dans lesquelles cette résiliation doit être envisagées sont à discuter car, si dans certains cas, le défaut d'obtention de permis est de la responsabilité du seul Titulaire – et dans ce cas le régime de résiliation pour faute grave s'appliquera - dans d'autres, les responsabilités peuvent être partagées entre les Parties et le régime de résiliation pour Force Majeure pourrait s'appliquer.

Article 17. Maîtrise d'ouvrage et droits réels sur les Infrastructures

Le Titulaire est maître d'ouvrage des Travaux et Infrastructures qu'il réalise.

A ce titre il est notamment tenu de se conformer à tous les règlements existants ou à intervenir, sous réserve des Modifications visées à l'Article 34.2 du Contrat [*Les Modifications Obligatoires*], en ce qui concerne les Travaux qu'il pourrait être prévu d'exécuter sur le domaine public.

Commentaire

Il est important de savoir qui est maître d'ouvrage, en raison des conséquences juridiques qui s'attachent à cette notion. Dans certains cas par exemple, le maître d'ouvrage bénéficie d'une garantie décennale du constructeur, de l'ingénieur et de l'architecte en cas d'écroulement de l'ouvrage.

Le Titulaire dispose au cours de l'exécution du Contrat de droits réels sur les Infrastructures et équipements qu'il réalise, dans les limites, d'une part, de l'intégrité et de l'affectation du domaine public, d'autre part, des nécessités de la continuité du service public. En particulier, il ne pourra en aucun cas aliéner les droits réels qu'il détient. Toutefois, il est autorisé à constituer des sûretés sur ces droits réels pour une durée n'excédant pas la durée du Contrat sur les biens, infrastructures et équipements objet du PPP lui conférant les prérogatives et obligations du propriétaire. Ces droits réels peuvent faire l'objet de sûretés, mais uniquement pour les besoins du financement et d'investissement du Projet conformément aux dispositions de l'article 29 de la loi n° 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé.

Article 18. Régime des Infrastructures en fin de Contrat

Un inventaire des biens du Projet est dressé contradictoirement par les Parties préalablement à l'expiration du Contrat.

Le transfert des biens à l'Autorité Contractante ne donne lieu à perception d'aucune taxe.

Les biens réalisés ou acquis par le Titulaire, dans le cadre et pour l'exécution du Contrat et qui sont nécessaires à l'exploitation et à la continuité du service public, sont transférés de droit et en pleine propriété à l'Autorité Contractante à l'expiration du Contrat, quelle qu'en soit la cause (les « **Biens de Retour** »).

Ce transfert est gratuit, sous réserve des indemnités dues au Titulaire en cas de résiliation anticipée.

Les biens réalisés ou acquis par le Titulaire, dans le cadre et pour l'exécution du Contrat qui ne sont pas directement nécessaires à l'exploitation et à la continuité du service public pourront être acquis librement par la Personne Publique auprès du Titulaire dans des conditions agréés entre les Parties (les « **Biens de Reprise** »).

Les biens du Titulaire acquis avant la date de signature du Contrat ou qui ne sont pas des Biens de Retour ou des Biens de Reprise resteront la propriété pleine et entière du Titulaire (les « **Biens Propres** »).

Commentaire

Pour certains Projets, il pourra être opportun de distinguer les biens qui sont remis à l'Autorité Contractante de ceux qui pourraient rester la propriété du Titulaire (par exemple, des biens que ce dernier aura mis en place pour mener des activités de valorisation que l'Autorité Contractante n'envisage pas de reprendre). Pour ce faire, il est recommandé de retenir la typologie des Biens de Retour, Biens de Reprise et Biens Propres du Titulaire. Il est également recommandé de fixer les conditions de rachat, le cas échéant, des Biens de Reprie (par exemple, à travers la méthode de la VNC (valeur nette comptable)).

Le Titulaire sera tenu de remettre à l'Autorité Contractante le Terrain et les Infrastructures en bon état d'entretien et de fonctionnement compte tenu de leur âge et de leur destination et dans les conditions définies par le Contrat. Sont considérées en bon état d'entretien et de fonctionnement compte tenu de leur âge et de leur destination les Infrastructures qui satisfont toujours aux indicateurs de performance indiqués dans le Contrat et qui, à dire d'expert, continueront à y satisfaire après la fin du Contrat pendant leur durée de vie résiduelle garantie.

Pour satisfaire à cette exigence, le Titulaire sera tenu de mettre en œuvre, dans le cadre du présent Contrat, le plan de maintenance et le plan de GER tels que décrits aux Annexes et engagées [●] ans avant le terme du Contrat, .

Au plus tôt [●] mois et au plus tard [●] mois avant le terme normal du Contrat, les Parties réalisent un diagnostic de fin normale du Contrat dont le but est de vérifier que le plan de Maintenance et le plan de GER ont été respectés.

En cas de fin anticipée du Contrat, l'Autorité Contractante fait réaliser un tel diagnostic dès la notification par l'Autorité Contractante de sa décision de résiliation, ou dès la réception de la mise en demeure émise par le Titulaire.

En cas d'écart entre les travaux de GER réalisés et ceux prévus sur le plan contractuel, les Parties élaborent un Plan de Remise en État, qui comprend les travaux contractuellement prévus et non réalisés ainsi que, de façon générale, ceux qui sont nécessaires pour que les Infrastructures puissent être rendues à l'Autorité

Contractante au terme du Contrat dans un état de bon entretien et de fonctionnement. Le Titulaire réalise à ses frais les travaux identifiés dans le Plan de Remise en État.

Pour garantir le montant des travaux du Plan de Remise en État, le Titulaire s'engage à constituer ou faire constituer par son Prestataire, [●] ans avant la fin du Contrat, une garantie bancaire autonome à première demande d'un montant égal au montant du Plan de Remise en État. L'Autorité Contractante en donnera la mainlevée progressive au fur et à mesure de la réalisation des travaux du Plan de Remise en État.

Commentaire

L'émission de cette garantie est essentielle pour l'Autorité Contractante, c'est ce qui lui permet d'être certaine de continuer, au-delà du terme du Contrat, à bénéficier d'Infrastructures et équipements en bon état.

CHAPITRE 3 : CONCEPTION ET REALISATION DES INFRASTRUCTURES

Article 19. Conception des Infrastructures

Le Titulaire est chargé de concevoir les Infrastructures conformément au Programme Technique joint en Annexe.

Les études sont établies, dans des délais compatibles avec le Calendrier des Travaux, sous l'entière responsabilité du Titulaire, qui s'assure notamment qu'elles sont élaborées conformément aux normes et à la réglementation en vigueur et aux Règles de l'Art.

Pendant toute la durée de la phase de conception des Infrastructures, le Titulaire tiendra l'Autorité Contractante informée de l'évolution de sa mission afin que cette dernière puisse faire toutes les observations qu'elle jugerait nécessaires.

Le Titulaire transmettra à l'Autorité Contractante les documents relatifs à la conception des Infrastructures.

Il organisera au moins tous les [●] mois des revues de projet. Dans le cadre de ces revues de projet, l'Autorité Contractante pourra faire toutes observations utiles quant au contenu des documents de conception produits par le Titulaire, notamment au regard des prescriptions contenues dans le Programme Technique.

Le rôle de l'Autorité Contractante pendant la phase de conception et notamment lors des revues de projet, ainsi que les observations qu'elle pourra formuler, ne pourront en aucun cas engager sa responsabilité, ni dégager celle du Titulaire, en

particulier dans l'appréciation de la conformité des Infrastructures aux prescriptions du Programme Technique.

Les Parties pourront bénéficier de conseils ou experts pour les assister lors de revues de projet.

Commentaire

En fonction des spécificités du Projet, cette clause pourra être plus détaillée et prévoir d'autres modalités de collaboration des Parties en phase de conception. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le Partenaire Privé porte, en règle générale, la responsabilité des études (à moins que le Titulaire se soit fondé sur des études antérieures mais dans cas, celui-ci endossera la totalité des études réalisées), l'Autorité Contractante intervenant dans le cadre du contrôle qu'elle exerce sur l'exécution du Contrat.

Article 20. Réalisation des Infrastructures

Le Titulaire s'engage à réaliser des Infrastructures conformément au Programme Technique et au Calendrier des Travaux joints en Annexes.

Les Travaux sont réalisés conformément au Calendrier des Travaux, sous l'entière responsabilité du Titulaire, qui s'assure notamment qu'ils sont réalisés conformément aux normes et à la réglementation en vigueur et aux Règles de l'Art.

Au moins [●] Jours avant la date prévue pour le début des Travaux, telle qu'indiquée dans le Calendrier des Travaux joint en Annexe, le Titulaire transmet à l'Autorité Contractante un plan d'organisation du chantier, faisant apparaître, en particulier, l'emprise du chantier, les accès au chantier et les installations de chantier.

Le Titulaire transmet à l'Autorité Contractante, au moins [●] Jours avant la date prévue pour le début des Travaux, telle qu'indiqué dans le Calendrier des Travaux joint en Annexe, une copie conforme de l'ensemble des Autorisations Administratives.

Pendant la phase de réalisation des Travaux, l'Autorité Contractante sera invitée à assister au moins tous les [●] Jours à des réunions de coordination et visites du site.

Les réunions de coordination et visites du site doivent permettre à l'Autorité Contractante de vérifier l'avancement des Travaux et la conformité de ceux-ci aux prescriptions du Programme Technique et au Calendrier des Travaux.

L'Autorité Contractante pourra avoir accès au chantier à tout moment, sous réserve d'un délai de prévenance de [●] Jours.

Le rôle de l'Autorité Contractante pendant la phase de réalisation des Travaux et notamment lors des réunions de coordination et visites du site, ainsi que les observations qu'elle pourra formuler, ne pourront en aucun cas engager sa

responsabilité, ni dégager celle du Titulaire, en particulier dans l'appréciation de la conformité des Infrastructures aux prescriptions du Programme Technique.

Les Parties pourront bénéficier de conseils ou experts pour les assister lors des réunions de coordination et visites du site.

Commentaire

En fonction des spécificités du Projet, cette clause pourra être plus détaillée et prévoir d'autres modalités de collaboration des Parties en phase de réalisation des travaux. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le Partenaire Privé porte la responsabilité des travaux, l'Autorité Contractante intervenant dans le cadre du contrôle qu'elle exerce sur l'exécution du Contrat.

Article 21. Durée des Travaux

L'achèvement des Infrastructures intervient dans un délai maximum de [●] mois à compter de la Date d'Entrée en Vigueur, soit le [●]. Cette date constitue la Date Contractuelle de Mise à Disposition.

Ce délai constitue un engagement ferme du Titulaire et ne peut être suspendu qu'en cas de survenance d'un cas de Force Majeure ou d'une Cause Légitime de Retard, dans les conditions prévues au présent Contrat.

Commentaire

Cette clause, dans sa rédaction actuelle, suppose que la Date d'Entrée en Vigueur soit aussi subordonnée à la réunion de conditions permettant le démarrage effectif des obligations mises à la charge du Titulaire (permis, obtention financement, etc).

Article 22. Causes Légitimes de Retard

22.1 Définition

Les retards résultant des événements listés ci-après sont considérés comme des Causes Légitimes de Retard, mais dans la seule mesure où leur survenance a une incidence sur le déroulement du chantier et sur la durée de réalisation des Travaux telle que prévue dans le Calendrier des Travaux, ce dont le Titulaire aura la charge de la preuve :

(i) Le retard résultant des injonctions administratives ou judiciaires de suspendre ou d'arrêter tout ou partie des Travaux, dès lors que ces injonctions ne sont pas imputables au Titulaire ;

(ii) Le retard dans le transfert du Terrain par l'Autorité Contractante ;

(iii) Le retard résultant des Modifications ordonnées par l'Autorité Contractante ;

(iv) Le retard consécutif à une grève générale ou particulière aux activités touchant le secteur *[bâtiment/travaux publics/secteur concerné]* au-delà de [●] jours ouvrables. Une grève du personnel du Titulaire ou de ses Prestataires n'est pas considérée comme une Cause Légitime de Retard ;

(v) Le retard consécutif à des troubles résultant d'un cataclysme naturel, d'hostilités, de révolutions, d'un incendie non imputable au Titulaire, d'inondations majeures (notamment crues décennales), d'une situation sanitaire telle qu'une pandémie ou d'une infection généralisée (à l'exclusion toutefois de la COVID 19 et de ses variants) ;

(vi) Le retard résultant de la réalisation de l'un des risques de sol supportés par l'Autorité Contractante mentionnés à l'Article 14 ; ou

(vii) Le retard résultant de la survenance d'Intempéries (au-delà d'une franchise de [●] jours ouvrables par an).

Commentaire

Il s'agit ici d'une liste indicative de Causes Légitimes, qu'il conviendra de compléter ou d'amender selon les spécificités du Projet.

Figurent dans cette liste des retards résultant d'événements imputables à l'Autorité Contractante directement, ou à des tiers ou phénomènes sur lesquels les Parties n'ont pas de contrôle.

Sur la mention des risques de sol : on renvoie ici à la distinction entre les « Conséquences Financières de l'Événement » et les « Conséquences Financières du Retard ».

La définition de l'Intempérie doit faire l'objet d'une définition selon le type de Projet.

S'agissant du point (v) sur la pandémie et infection généralisée, l'inclusion du COVID 19 (et de ses variants) n'est pas recommandé car cette pandémie est désormais bien maîtrisée. La question peut se poser sur l'impact du point de vue retard car, si les conséquences financières sont généralement exclues, l'impact retard et la désorganisation du chantier peuvent être pris en compte à supposer que le Partenaire Privé ait bien pris toutes les précautions et mesures raisonnables pour anticiper une nouvelle vague/nouvelle pandémie

Quand le Titulaire invoque la survenance d'une Cause Légitime de Retard, il doit le notifier à l'Autorité Contractante dans un délai de [●] Jours à compter de la survenance de l'événement, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La notification d'une Cause Légitime de Retard fait apparaître notamment (i) l'événement dont la survenance est invoquée, (ii) l'incidence sur le déroulement du chantier et le Calendrier des Travaux, (iii) les mesures que le Titulaire entend mettre en œuvre afin d'atténuer les effets de l'événement sur ses obligations au titre du Contrat. Faute d'avoir notifié la Cause Légitime de Retard dans les formes et délais ainsi définis, le Titulaire ne pourra pas invoquer la survenance de la Cause Légitime de Retard.

Commentaire

La procédure décrite ci-dessus est importante et pourra être détaillée.

La notification devra permettre à l'Autorité Contractante de vérifier l'incidence réelle sur le chantier. A ce titre, le Titulaire devra démontrer que l'événement en cause impacte la réalisation d'une tâche située sur le chemin critique des Travaux pour respecter la Date Contractuelle de Mise à Disposition.

22.2 Effets et prise en charge financière

En cas de survenance d'un cas de Cause Légitime de Retard notifiée dans les conditions prévues ci-dessus, la Date Contractuelle de Mise à Disposition des Infrastructures est repoussée d'une durée égale à celle du retard résultant de la Cause Légitime de Retard, et aucune pénalité de retard ne sera due par le Titulaire au titre du retard constaté.

Les Conséquences Financières du Retard engendrées par la survenance des Causes Légitimes de Retard seront supportées par le Titulaire dans la limite de [●] GNF, le cas échéant à travers le Compte pour Modifications dans le cas visé à l'Article 22.1 (iii).

Au-delà, les Conséquences Financières du Retard engendrées par la survenance des Causes Légitimes de Retard et qui sont en lien direct avec l'exécution du Projet objet du Contrat, sont à la charge de l'Autorité Contractante dans la limite de [●] GNF. Elles feront l'objet d'un versement direct au bénéfice du Titulaire ou seront intégrées dans le Montant à Financer, au choix de l'Autorité Contractante.

Commentaire

La survenance d'une Cause Légitime de retard a pour premier effet d'empêcher la pénalisation Titulaire.

Il importe également de prévoir comment se fera la prise en charge des conséquences financières du retard (voir la définition, article 1.1) : un retard de chantier entraîne des coûts pour le chantier, mais également, dans le cas du financement de projet, des coûts au regard des financements mis en place par le Titulaire. Ce dernier devra en effet supporter, en cas de retard, des intérêts de retard ou des coûts de recalage des instruments de couverture si les taux ont déjà été fixés. Il est d'usage de partager ces conséquences financières entre les Parties, l'Autorité Contractante les prenant à sa charge au-delà d'un certain montant. Toutefois, il peut être prévu un seuil au-delà duquel l'Autorité Contractante ne pourra pas prendre en charge l'impact financier d'une telle cause. Cela peut être le cas dans les hypothèses (iv) à (vii) de l'article 22.1 ; la difficulté étant, dans une telle situation, de faire accepter une limite aux prêteurs et investisseurs qui pourraient être réticents à financer un projet dont le partenaire public n'entend pas financer un surcoût au-delà d'un certain seuil. Une autre solution serait de prévoir une clause de rendez-vous au-delà dudit seuil pour envisager un refinancement ou toute autre solution permettant de revoir les hypothèses sous-tendant le plan d'affaire. Ces commentaires sont sous réserve de l'Article 45 de la loi n°0032/2017/AN.

Enfin, pour les sommes que l'Autorité Contractante prend en charge, il est important d'indiquer comment celles-ci seront acquittées.

Article 23. Opérations de Marche à Blanc

Préalablement à la Mise à Disposition, des Opérations de Marche à Blanc seront réalisées comme suit, étant entendu que l'Autorité Contractante pourra associer à ces opérations tout homme de l'art.

Les Opérations de Marche à Blanc seront réalisées dans un délai de [●] mois avant la Mise à Disposition.

Les Opérations de Marche à Blanc ont pour objet de permettre la Mise à Disposition.

Elles se matérialiseront notamment par des essais et vérifications des Performances prévues contractuellement.

Les Opérations de Marche à Blanc donneront lieu à l'établissement de procès-verbaux contradictoires entre l'Autorité Contractante et le Titulaire, avec ou sans réserve.

En cas de défaut de conformité des Infrastructures avec les prescriptions contractuelles, l'Autorité Contractante exigera du Cocontractant qu'il procède aux ajustements qui s'imposent dans un délai de [●] mois afin de prendre toute mesure de nature à permettre la levée des réserves avant la Mise à Disposition.

Commentaire

Les opérations de Marche à Blanc sont nécessaires dans le cas de Mise à Disposition d'un ouvrage technique comme un transport urbain ou une ligne de chemin de fer. Dans certains cas elles peuvent se prolonger après la Mise à Disposition. En l'absence de procédure de Marche à Blanc, cet article sera supprimé et il sera fait référence directement aux stipulations de l'article 24 du Contrat.

Article 24. Mise à Disposition

Commentaire

Selon la nature du Projet, il pourra être prévu plusieurs Mises à Disposition. Par exemple, si le Projet concerne plusieurs bâtiments, il pourra s'avérer opportun de ne pas attendre que l'ensemble des Infrastructures aient été réalisés et prévoir alors des Mises à Disposition par phase. Dans ce cas, il pourra également être prévu que la partie de la redevance afférente aux Infrastructures mis à disposition soit versée au Titulaire, l'intégralité de cette dernière étant versée après la Mise à Disposition de l'ensemble des Infrastructures.

La Mise à Disposition, réalisée conformément à l'Annexe 5, ne pourra intervenir, le cas échéant, qu'après l'obtention des Autorisations Administratives et documents nécessaires à l'ouverture et la mise en service des Infrastructures.

La Mise à Disposition déclenche la mise en paiement de la Redevance.

Elle s'effectue dans les conditions suivantes.

24.1 Opérations d'Essais et de Vérifications

Le Titulaire notifie à l'Autorité Contractante, au moins [●] semaines à l'avance, la date à laquelle il sera procédé aux Opérations d'Essais et de Vérifications, celles-ci ne pouvant intervenir moins de [●] semaines avant la Date Contractuelle de Mise à Disposition. Lors de ces Opérations d'Essais et de Vérifications, l'Autorité Contractante pourra être assistée de ses conseils ou de tout homme de l'art. Le programme, la durée et les modalités de ces opérations sont détaillés en Annexe 5. Cette Annexe précise également les performances qui doivent être satisfaites lors des Opérations d'Essais et de Vérifications.

La durée prévisionnelle des Opérations d'Essais et de Vérifications est de [●] Jours.

24.2 Procédure de Mise à Disposition

Le Titulaire associe l'Autorité Contractante aux opérations préalables à la réception à laquelle il procèdera avec ses propres entrepreneurs.

Le Titulaire notifie à l'Autorité Contractante, au moins [●] semaines à l'avance, la date fixée pour la Mise à Disposition.

Si les Travaux et/ou les Opérations d'Essais et de Vérifications ne donnent lieu à aucune réserve de la part de l'Autorité Contractante, la Mise à Disposition est constatée contradictoirement par un Procès-verbal de Mise à Disposition dont la date de signature correspond à la Date Effective de Mise à Disposition.

24.2 Réserves

Si le Procès-verbal de Mise à Disposition pourra fait état de Réserves Mineures, celles-ci devront être levées par le Titulaire dans un délai de [●] Jours/mois à compter de la signature du Procès-verbal de Mise à Disposition. Au-delà, l'Autorité Contractante appliquera une pénalité de [●] par Jour de retard. A défaut de paiement dans un délai de [●], l'Autorité Contractante pourra faire appel à la garantie de l'Article 38.1.

Si les Réserves Mineures ne sont pas levées dans un délai de [●] mois à compter de la signature du Procès-verbal de Mise à Disposition, l'Autorité Contractante pourra procéder à une réfaction sur le prix du Contrat.

La levée des Réserves Mineures fera l'objet d'un procès-verbal contradictoire, qui sera annexé au Contrat.

Le Titulaire a alors [●] Jours/mois pour remédier aux défauts constatés. A l'issue de ce délai, si les défauts n'ont pas été remédiés, l'Autorité Contractante peut mettre le Titulaire en demeure de le faire dans un délai de [●] Jours, à l'issue duquel il pourra procéder à une mise en régie ou résilier le Contrat aux torts et griefs du Titulaire dans les conditions de l'Article 50.1 du Contrat [Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire].

La Mise à Disposition et la levée des réserves ne dégagent pas le Titulaire de ses responsabilités au titre de la conception ou de la construction des Infrastructures.

Si les travaux afférents aux Infrastructures et/ou les Opérations d'Essais et de Vérifications donnent lieu à des Réserves Majeures, l'Autorité Contractante doit refuser la Mise à Disposition des Infrastructures

Commentaire

Bien que la réception, intervenant entre le Titulaire et son Prestataire, ne concerne pas l'Autorité Contractante, il est recommandé qu'elle puisse y assister et qu'elle soit associée aux opérations préalables à cette réception.

24.3 Désaccord des Parties sur la Mise à Disposition

En cas de désaccord sur une procédure de Mise à Disposition, l'Autorité Contractante et le Titulaire auront la faculté de demander l'intervention de l'Expert désigné dans les conditions de l'Article 56 [Recours à un Expert].

Commentaire

Les modalités de désignation de l'Expert pourront renvoyer à la clause générale prévue ci-dessous (article 56) ou à toute autre modalité.

24.4 Respect des surfaces

Commentaire

Dans le cadre d'un projet bâtimentaire, l'Autorité Contractante pourra prévoir dans cet article les modalités selon lesquelles elle vérifiera, lors de la Mise à Disposition, que les surfaces réalisées sont conformes à celles prévues contractuellement. Une tolérance pourra être prévue, celle-ci pouvant d'ailleurs être différente selon le type de surface concernée.

Le non-respect des surfaces devrait permettre à l'Autorité Contractante, selon la gravité du non-respect, soit de refuser la Mise à Disposition (ce sera alors une Réserve Majeure), soit de pénaliser le Titulaire.

Article 25. Conséquences du non-respect de la Date Contractuelle de Mise à Disposition

25.1 Conséquences du retard non fautif

Si le retard est dû à une Cause Légitime de retard ou à un cas de Force Majeure, les conséquences autres que celles liées à la mise en paiement de la Redevance seront prises en charge dans les conditions prévues, selon les cas, à l'Article 22 [Causes Légitimes de Retard].

25.2 Conséquences du retard fautif

Si le retard n'est pas dû à une Cause Légitime de Retard ou à un cas de Force Majeure, le Titulaire en assumera les conséquences directes et indirectes en découlant et devra payer à l'Autorité Contractante une pénalité journalière égale à [●], dans un délai de [●] Jours. A défaut de paiement dans les délais impartis, l'Autorité Contractante pourra faire appel à la garantie prévue à l'Article 38.1[garantie de bonne exécution des Travaux].

Le montant de cette pénalité est actualisé dans les conditions suivantes [●].

Le montant cumulé des pénalités n'excède pas un montant égal à [●] GNF.

Commentaire

Il est important en financement de projet de plafonner les pénalités de retard. En effet, la question de la responsabilité du Titulaire du fait des retards est un sujet sensible pour les prêteurs et investisseurs et il est souvent exigé que cette responsabilité soit plafonnée et libératoire. L'atteinte du plafond peut également donner lieu à résiliation du contrat aux torts et griefs du Contrat et, dans ce cas, possiblement rouvrir le plafond de pénalités de retard (en cas de faute lourde ou faute grave) mais toujours dans la limite d'un plafond général de responsabilité qui sera demandé par le Prestataire vis-à-vis du Titulaire (et dans ce cas, répercuté entre le Titulaire et l'Autorité Contractante). Néanmoins, il est à noter que le juge (ou un arbitre) aura toujours la faculté de revoir ces plafonds de responsabilités s'il estime qu'il est trop faible ou trop important eu égard au Projet et aux risques y afférents.

Afin de garantir à l'Autorité Contractante le paiement des pénalités de retard, le Titulaire met en place une garantie dans les conditions décrites à l'Article 38.1 [garantie de bonne exécution des Travaux].

Commentaire

Les pénalités de retard seront déduites du montant de la Redevance et, en l'absence de paiement de celle-ci, pourront être payées à travers l'appel de la garantie de bonne exécution.

Article 26. Transmission du dossier des Infrastructures exécutés

Dans un délai de [●] Jours suivant la Date Effective de Mise à Disposition, le Titulaire transmet à l'Autorité Contractante le dossier des Infrastructures exécutées qui contiendra obligatoirement les éléments suivants :

- [●]
- [●]
- [●]

Commentaire

L'Autorité Contractante listera l'ensemble des éléments qui constitueront le dossier des Infrastructures exécutées (inventaire des biens contenant leur descriptif et valeur comptable, les dossiers relatifs aux Autorisations Administratives, les plans et notices des produits et matériaux, la copie des attestations d'assurance, les dossiers et rapports de contrôle associés aux Infrastructures, etc.).

CHAPITRE 4 : EXPLOITATION, MAINTENANCE ET SERVICES

Article 27. Prestations d'Entretien et de Maintenance, Prestations d'Exploitation, Prestations de Services

Les Prestations d'Entretien et de Maintenance, les Prestations d'Exploitation et les Prestations de Services débuteront [●].

Commentaire

Le Titulaire exécute les Prestations d'Entretien et de Maintenance, les Prestations d'Exploitation et les Prestations de Services décrites en Annexe 1, selon les modalités prévues à ladite Annexe et à compter d'une date contractuelle prévue également en annexe (à coordonner avec le Calendrier de Travaux). La bonne réalisation de ces prestations sera déterminante dans la perception par le Titulaire des Redevances.

Article 28. Gros Entretien-Renouvellement

28.1 Prestations de GER

Le Titulaire assure, pendant toute la durée du Contrat, les Prestations de GER, c'est-à-dire les travaux de grosses réparations et de renouvellement, dans les conditions et limites des prestations prévues à l'Annexe 1.4, et selon le détail de répartition des Prestations de GER prévu au Programme Technique.

Les Prestations de GER sont détaillées à l'Annexe 1.4.

Elles font l'objet d'un examen annuel entre les Parties afin de vérifier l'adéquation des besoins aux dépenses prévues pour l'année suivante.

28.2 Gestion et contrôle du compte GER

Pour les dépenses liées aux Prestations de GER, le Titulaire constituera ou fera constituer des provisions sur un compte de réserve afin de garantir le paiement desdites dépenses.

Ce compte de réserve mentionnera :

- les sommes reçues chaque année au titre du terme de la Redevance correspondant aux Prestations de GER ;

- les sommes dépensées chaque année au titre du GER ;

- les sommes résiduelles restant en réserve ; et

- les intérêts financiers générés par le placement de la trésorerie disponible.

Commentaire

Il est indispensable d'avoir un tel compte si la composante de la Redevance liée au GER constitue une avance de l'Autorité Contractante sur les gros travaux à venir, afin (i) de s'assurer de bon emploi de ces sommes, (ii) de constituer une garantie, (iii) de prévoir le remboursement en fin de contrat.

L'état du compte de réserve fera l'objet d'un compte rendu annuel qui sera adressé à l'Autorité Contractante dans le cadre du Rapport Annuel prévu l'Article 48.2. Sont portés au crédit du compte GER les produits financiers générés par les excédents du compte.

En fin de Contrat :

- l'éventuel déficit du compte GER ne pourra faire l'objet d'un remboursement par l'Autorité Contractante ; et

- les excédents éventuels du compte GER seront partagés selon les modalités suivantes : [●].

Commentaire

Le Contrat prévoira ce qu'il advient des éventuels excédents disponibles sur le Compte GER en fin de Contrat. La situation sera appréciée différemment selon qu'il s'agit de la fin normale du Contrat ou d'une fin anticipée et selon le motif de cette fin anticipée.

Pour assurer le versement à l'Autorité Contractante de l'éventuel solde positif selon les modalités de partage qui auront été détaillées, il conviendra de prévoir une garantie dont le modèle sera joint au Contrat. Les sommes en cause pourront également, dans l'hypothèse d'une fin anticipée du Contrat, être déduites de l'indemnité à verser au Titulaire.

Article 29. Évolutions technologiques et obsolescence

Le Titulaire assure une veille technologique de manière à faire bénéficier l'Autorité Contractante des évolutions technologiques pouvant bénéficier au Projet et de l'informer des éventuels changements de législation ou de réglementation susceptibles d'impacter le Projet.

Lorsqu'une évolution technologique pourrait bénéficier au Projet, les Parties se réunissent afin de discuter de l'opportunité de sa prise en compte, notamment au regard de ses modalités de mise en œuvre pratiques et de ses conséquences financières.

A l'issue de cette rencontre, si l'Autorité Contractante demande au Titulaire de procéder aux modifications induites par l'évolution technologique, celles-ci sont considérées comme des Modifications Optionnelles à la demande de l'Autorité Contractante dont les conséquences financières sont prises en charge dans les conditions prévues à l'Article 36 [Prise en charge financière des Modifications].

Commentaire

Il apparaît normal que l'administration prenne en charge les changements de technologie qu'elle demande, mais le Titulaire, qui est le sachant, se doit de les lui signaler. Si ces modifications génèrent des économies, on peut prévoir un partage entre le Titulaire et l'Autorité Contractante. Ces principes peuvent être nuancés en fonction du secteur d'activité : en effet, dans le domaine de l'énergie renouvelable, par exemple, ou dans des technologies en évolution constante, des gains de productivités et des améliorations technologiques doivent, idéalement, être anticipés dans la rédaction du contrat ce qui entraînera des conséquences sur le prix, la consistance des Travaux et les conditions d'exploitation-maintenance et sur le calendrier d'exécution des prestations.

Le Titulaire prend en charge le risque associé à l'obsolescence éventuelle du matériel et des équipements des Infrastructures.

L'obsolescence s'entend comme toute circonstance dans laquelle le renouvellement d'un équipement ou matériel ne peut être assuré en raison notamment de la non-disponibilité sur le marché de pièces de rechange.

Commentaire

La définition de l'obsolescence pourra être adaptée en fonction des spécificités du projet.

Le Titulaire assume, à ses frais, le remplacement dudit équipement ou matériel, tout en garantissant à l'Autorité Contractante le principe d'un maintien en gamme (niveau de performance au moins équivalent à celui du matériel initial). Idem, dans les secteurs à évolution technologique rapide, faire prendre le risque d'obsolescence peut être onéreux pour le Titulaire. Un équilibre devra être trouvé entre les Parties dans la prise en charge des surcoûts (et gains espérés) entre les Parties.

Article 30. Procédure de parangonnage

La comparaison des coûts a pour objet d'identifier l'écart entre les conditions économiques de réalisation des Prestations par le Titulaire et les conditions économiques de réalisation de prestations fournies dans des conditions similaires par d'autres prestataires.

A l'initiative de l'Autorité Contractante, le Titulaire s'engage à organiser une comparaison des coûts des Prestations concernées

- tous les [●] ans en ce qui concerne une Prestation [●] ;

- tous les [●] ans pour les autres Prestations [●] … etc.

Au plus tard un mois après notification par l'Autorité Contractante d'une procédure de comparaison des coûts :

- les Parties désigneront en commun un tiers indépendant compétent dans les domaines des prestations objet de la comparaison,

OU

- le Titulaire organisera, sous le contrôle de l'Autorité Contractante une procédure d'appels d'offres aux fins d'identifier l'écart éventuel entre les conditions économiques de réalisation de la prestation concernée fournie par le Titulaire à l'Autorité Contractante, par rapport aux conditions économiques de réalisation de prestations fournies dans des conditions similaires par d'autres prestataires.

Les coûts liés à la procédure de parangonnage sont supportés à parité par le Titulaire et l'Autorité Contractante.

Plusieurs situations peuvent alors se présenter :

- si le prix de marché issu de la comparaison des coûts est inférieur de plus de [●] % par rapport au prix stipulé dans le Contrat pour la prestation concernée, l'Autorité Contractante pourra décider de résilier sans indemnité la partie du Contrat afférente à la prestation concernée et réduire la Redevance à due concurrence ;

- si le prix de marché issu de la comparaison est compris entre [●] % et [●] % par rapport au prix stipulé dans le Contrat pour la prestation concernée, la part correspondante de la Redevance est automatiquement réduite de la moitié de l'écart constaté ;

- si le prix de marché issu de la comparaison des coûts est supérieur de [●] % ou inférieur de moins de [●] % par rapport au prix stipulé dans le Contrat pour la prestation concernée, la Redevance reste inchangée ; ou

- si le prix de marché issu de la comparaison est supérieur de plus de [●] % par rapport au prix stipulé dans le Contrat pour la prestation concernée, l'Autorité Contractante pourra également décider de résilier sans indemnité la partie du Contrat afférente au Service concerné et réduire la Redevance à due concurrence.

Commentaire

La clause de « benchmark » ci-dessus est proposée à titre d'exemple. Elle devra être adaptée à la nature des Prestations en cause.

Certains experts sont sceptiques sur l'efficacité de cette procédure : en effet, le Titulaire a pris des risques en s'engageant à long terme sur le prix de la maintenance et des services, il est difficile de le mettre en concurrence avec d'autres prestataires sur des contrats plus courts et dont les caractéristiques sont nécessairement différentes.

En outre, cette clause est difficile à manier du point de vue :

(i) Concurrentiel : le candidat sélectionné l'a été à la suite d'une procédure et il n'est pas souhaitable de poursuivre indéfiniment cette comparaison avec d'autres prestataires dans des situations supposées analogue) ;
(ii) Commercial : cela peut avoir un effet dissuasif pour les investisseurs/sponsors. Dans un contexte très haussier des prix des matières premières et la tendance est plutôt à ce que les entreprises invoquent un bouleversement de l'économie du contrat ;
(iii) Comptable : les outils de mesure des coûts entre les projets ne sont pas homogènes ; et
(iv) De la nature des projets : les projets sont dissemblables surtout dans le contexte du pays avec des risques et particularités propres à chacun d'entre eux

Aussi, il est conseillé à l'Autorité Contractante de cibler les Prestations pour lesquelles cette procédure est la plus pertinente. En effet, il sera dans ce cas conseillé, en fonction du secteur considéré, de se limiter à une révision correspondant aux grands cycles de vie du projet (exemple 7 à 10 ans), pour les Prestations significatives (par exemple au-delà d'un coût annuel de 10%) et à condition que la révision ait un impact non négligeable sur le prix du couple redevance/contribution publique.

Alternativement et en fonction du secteur d'activité, il est préconisé de :

(i) Prévoir des clauses tarifaires plus souples (dans un sens ou dans un autre) avec des bons indices de référence en utilisant par exemple des mécanismes de comptabilité régulatoire ; et/ou
(ii) Le cas échéant prévoir des clauses de rendez-vous à l'issue de certains cycles d'exploitation - maintenance (life cycle maintenance) avec une obligation de meilleurs efforts de part et d'autre afin d'optimiser/réduire les coûts

Article 31. Objectifs de performance

Le Titulaire s'engage à respecter les objectifs de performance détaillés en Annexe 1.

Commentaire

Conformément à l'article 3.2 de la loi n°0032/2017/AN et aux articles 43-2 et 44-2 (a), du décret 041 portant modalités d'application de la loi n°0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé,

Les Annexes détailleront, selon l'objet du Contrat, les objectifs de performance assignés au Titulaire notamment en termes de qualité des Infrastructures, de qualité des Prestations attendues ou de niveau de fréquentation. Ces objectifs de performance devront être également adaptés et détaillés en fonction de la nature du PPP et du secteur d'activité. En effet, les performances attendues entre une autoroute à péage, un hôpital ou la rénovation/construction et exploitation/maintenance d'un réseau d'assainissement seront très différentes. En fonction de l'ouvrage et de sa capacité à générer un revenu, il sera demandé des performances plus ou moins quantitatives (assises notamment sur le trafic généré par l'infrastructure) ou qualitatives (disponibilité de l'ouvrage, capacité à répondre à des critères d'exploitation, etc.).

En cas de non-respect de ces objectifs de performance, le Titulaire peut se voir infliger les pénalités prévues à l'Article 48 du présent Contrat.

Article 32. Causes Exonératoires

32.1 Définition

Seront considérées comme Causes Exonératoires, en Phase d'Exploitation, les événements expressément mentionnés ci-dessous, dans la seule mesure où ils ont entraîné des coûts, empêché ou gêné l'exécution par le Titulaire des Prestations :

- tout manquement de l'Autorité Contractante à ses obligations au titre du Contrat empêchant le Titulaire de respecter ses obligations au titre des Prestations ; ou

- tout cas de Force Majeure.

Commentaire

Il s'agit ici d'une liste indicative de Causes Exonératoires, qu'il conviendra de compléter ou d'amender selon les spécificités du Projet.

Quand le Titulaire invoque la survenance d'une Cause Exonératoire, il doit le notifier à l'Autorité Contractante dans un délai de [●] Jours à compter de la survenance de l'événement, par lettre recommandée avec demande d'avis réception.

La notification fait apparaître notamment (i) l'événement dont la survenance est invoquée, (ii) l'incidence sur l'exécution des Prestations gênées ou empêchées, ainsi que (iii) les mesures que le Titulaire entend mettre en œuvre afin d'atténuer les effets de l'événement sur ses obligations au titre du Contrat. Lorsque le Titulaire estime que la survenance d'un événement, un fait ou un acte est imputable à l'Autorité Contractante, la demande présentée doit contenir un exposé clair des motifs et formuler les incidences de la survenance de cet évènement sur le respect des performances de manière précise et justifiée. Faute d'avoir notifié la Cause Exonératoire dans les formes et délais ainsi définis, le Titulaire ne pourra pas invoquer la survenance de la Cause Exonératoire.

Commentaire

La procédure décrite ci-dessus est importante et pourra être détaillée et prévoir l'inclusion de causes exonératoires supplémentaires en fonction de la phase considérée (réalisation ou exploitation/maintenance). En effet, certains évènements non couverts par la force majeure et non nécessairement fautifs de la part de l'Autorité Contractante (exemple : une intervention des forces de police, une alerte à la bombe affectant l'exploitation d'un transport public) ou des évènements non couverts par les Causes Légitimes de Retard de type fait du prince ou non incluses dans les Modifications pourront être visées ici.

La notification devra permettre à l'Autorité Contractante de vérifier l'incidence réelle de l'événement.

32.2 Effets

En cas de survenance d'une Cause Exonératoire notifiée dans les conditions prévues ci-dessus :

- les Parties se rencontrent afin de procéder à un constat contradictoire permettant d'identifier l'origine, la cause et les effets de la Cause Exonératoire sur les obligations du Titulaire au titre des Prestations concernées ; et

- le Titulaire ne peut pas se voir infliger les pénalités d'exploitation prévues à l'Article 49 du Contrat.

Article 33. Rapport d'exploitation

Pendant la Phase d'Exploitation, le Titulaire fournit tous les [●] mois à l'Autorité Contractante un rapport d'exploitation contenant les informations suivantes :

- [●]

- [●]

Commentaire

La périodicité et le contenu du rapport d'exploitation devront être détaillés, éventuellement en annexe.

Ce rapport doit permettre le contrôle des obligations lors de la phase d'exploitation, il pourra ainsi utilement mentionner, à titre d'exemple :

- les incidents et défauts de matériels constatés ;

- les incidents constatés sur les installations ;

- les procédures mises en œuvre par le personnel en cas de défaillance ;

- les horaires d'intervention effective du personnel en charge de l'exploitation et de l'entretien ;

- les consommations énergétiques (si le projet comporte une dimension énergétique importante, ce poste devra être particulièrement détaillé) ;

- l'inventaire du matériel/des équipements remplacés ou réparés ; et

- le suivi des demandes de Modifications.

CHAPITRE 5 : MODIFICATIONS DU CONTRAT

Commentaire

En application de l'article 45 du décret 041 portant application de la loi n°0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé qui traite les questions relatives aux conditions de passation des avenants.

Article 34. Définition

Les Modifications apportées aux Infrastructures et/ou Prestations pendant le cours du Contrat peuvent être optionnelles ou obligatoires.

34.1 Modifications Optionnelles

Les Modifications Optionnelles ne peuvent avoir pour effet de dénaturer ou de modifier substantiellement l'objet du Contrat et son équilibre économique général.

Elles peuvent être :

- demandées par l'Autorité Contractante au Titulaire, qui est tenu de les réaliser, pour tout motif légitime, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de l'Autorité Contractante ou d'innovations technologiques ; ou

- proposées par le Titulaire à l'Autorité Contractante. Dans ce cas, elles ne peuvent être réalisées qu'après accord écrit de l'Autorité Contractante.

34.2 Modifications Obligatoires

Les Modifications Obligatoires correspondent aux modifications résultant de l'entrée en vigueur d'un texte de nature législative ou règlementaire, publié postérieurement à la Date d'Entrée en Vigueur et dont il n'était raisonnablement pas possible, préalablement à la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat, de prévoir l'adoption.

Commentaire

On peut également penser aux modifications qui résulteraient de faits imprévisibles ou de demandes prises en application de la théorie du Fait du Prince.

Article 35. Procédure de réalisation des Modifications

Lorsqu'il est envisagé de procéder à une Modification, le Titulaire présente, dans un délai proportionné aux caractéristiques de la Modification envisagée mais n'excédant pas [●] Jours, une étude préalable faisant apparaître :

- les modalités pratiques de la réalisation de la Modification ;

- un avis motivé sur les avantages et inconvénients que présente la Modification envisagée sur le plan technique, fonctionnel, urbain, paysager et architectural ;

- la proposition financière (devis) et les modalités pratiques de la réalisation de la Modification ;

- les conséquences de la Modification sur les engagements du Titulaire en termes de délai et notamment sur le Calendrier des Travaux ;

- les conséquences de la Modification sur les obligations du Titulaire au titre du présent Contrat, et notamment sur le contenu des Prestations ; et

- les conséquences de la Modification sur les différentes composantes de la Redevance.

L'Autorité Contractante dispose d'un délai de [●] Jours pour :

- approuver ou refuser la modification proposée dans l'étude préalable ; ou

- demander la réalisation par le Titulaire, dans un délai fixé par l'Autorité Contractante, tenant compte de l'ampleur et du degré de complexité de la Modification proposée, d'une étude détaillée dont elle précisera le contenu.

Si l'Autorité Contractante ne s'est pas prononcée dans les [●] Jours à compter de la réception de l'étude détaillée, elle est réputée l'avoir rejetée et la Modification ne peut être réalisée. Toutefois, si une Modification Obligatoire est en cause, les Parties se réunissent dans le cadre du Comité de Pilotage afin de trouver ensemble une solution.

Les frais de réalisation de l'étude préalable sont pris en charge par le Titulaire.

Les frais de réalisation de l'étude détaillée sont à la charge de [●].

Commentaire

Il est proposé ici de détailler les modalités de présentation et de validation des modifications pouvant être apportées aux missions confiées au Titulaire. Cet article, qui propose une analyse en deux temps (étude préalable/étude détaillée), pourra être adapté en fonction de la nature du Projet et des pratiques de l'Autorité Contractante.

Il faudra en tout état de cause veiller à encadrer la procédure par des délais et à prévoir quelle partie supporte le coût de réalisation des études qui peut se révéler important (frais de conception, frais de conseils, etc.). A ce titre, il semble acceptable de faire porter les frais de l'étude préalable

par le Titulaire. Pour ceux de l'étude détaillée, un partage pourrait être envisagé, et le cas échéant une validation préalable des frais en cause par l'Autorité Contractante.

En cas de contestation sur le montant de la proposition financière présentée dans l'étude préalable ou dans l'étude détaillée, la transparence des prix est assurée selon les modalités suivantes : [●]

Commentaire

Plusieurs solutions peuvent être envisagées en cas de désaccord sur le prix : justificatifs à présenter par le Titulaire (présentation de plusieurs devis attestant le prix), recours au Comité de Pilotage et/ou à un Expert.

En tout état de cause, l'Autorité Contractante pourra imposer la réalisation de la Modification au Titulaire.

Commentaire

Il est rappelé que l'Autorité Contractante peut, au titre de son pouvoir de modification unilatérale du Contrat – en particulier pour les besoins de continuité du service public - imposer la réalisation d'une Modification mais dans ce cas, le Titulaire doit pouvoir faire part de réserves éventuelles.

Article 36. Prise en charge financière des Modifications

Les conséquences des Modifications ne sont prises en compte, dans le cadre du présent Article, que si elles ont une incidence sur le montant des Travaux à effectuer ou sur le contenu des Prestations.

Le Titulaire reste seul responsable des éventuelles conséquences financières des Modifications Obligatoires nécessaires pour se conformer à ses obligations au titre du Contrat, qui ne sont dès lors pas régies par les stipulations qui suivent.

Commentaire

Les Modifications Obligatoires sont celles résultant d'un changement de loi. Il semble donc plus naturel de faire porter ce risque à l'Autorité Contractante qu'au Titulaire. Il est cependant possible de partager ce risque entre les Parties, en distinguant le type de changement de loi en cause : le changement de loi impacte-t-il le Titulaire seul ? Le Projet dans son ensemble ?

Les montants mentionnés au présent Article sont actualisés tous les ans sur la base de l'indice [●].

36.1 Modifications conduisant à des investissements supplémentaires

Le Titulaire est responsable de la mise en place et du maintien des financements nécessaires à la mise en œuvre des Modifications à hauteur d'un montant de [●] GNF, toutes Modifications confondues. Ce montant est financé par un Compte pour Modifications mis en place par le Titulaire.

Le montant du Compte pour Modifications fait l'objet d'un amortissement constant sur la durée du Contrat.

A la fin anticipée ou normale du Contrat, l'éventuel solde positif est reversé à l'Autorité Contractante.

Au-delà du montant du Compte pour Modifications indiqué ci-dessus, le Titulaire fait ses meilleurs efforts pour mettre en place un financement permettant la réalisation de la Modification.

Dans l'hypothèse où le Titulaire ne parvient pas à trouver le financement nécessaire, ce dont il apporte la preuve à l'Autorité Contractante par la présentation de lettres de refus émanant de trois établissements financiers de premier rang, ou bien si le financement proposé par le Titulaire n'est pas considéré comme satisfaisant par l' Autorité Contractante, alors l' Autorité Contractante verse au Titulaire la somme correspondant à la réalisation de la Modification selon des modalités arrêtées d'un commun accord.

A l'inverse, dans l'hypothèse où le Titulaire parvient à mettre en place un financement permettant la réalisation de la Modification, l' Autorité Contractante pourra alors, au choix, verser directement au Titulaire la somme correspondant à la réalisation de la Modification dans un délai [●] Jours à compter de l'accord intervenu entre les Parties pour procéder à la réalisation de la Modification, ou procéder à une révision des composantes de la Redevance concernées par la Modification, sans qu'il y ait une incidence majeure sur le financement général du Contrat.

Commentaire

Il est essentiel de prévoir comment seront financées les Modifications.

La difficulté vient du fait de savoir si le Titulaire disposera ou non d'un financement disponible pour payer les investissements dont il est question ici. Plusieurs solutions peuvent naturellement être envisagées, et dépendront de la nature du Projet en cause.

On propose ici la mise en place par le Titulaire d'un Compte pour Modification alimenté par la Redevance. Ainsi, le financement est disponible et le Titulaire ne peut pas s'exonérer en faisant valoir qu'il n'ait pas de financement disponible.

Après épuisement du Compte pour Modifications, ou s'il n'y a pas de compte, le Titulaire reste tenu de réaliser la Modification, mais il est difficile de lui imposer de la financer en attendant une augmentation de la Redevance : dans ce cas, les contrats prévoient en général une obligation de meilleurs efforts pesant sur le Titulaire, sinon la Modification est financée par un paiement direct de l'Autorité Contractante.

Les Modifications financées par ce compte sont celles portant sur des investissements supplémentaires : il devrait donc être utile surtout en phase de conception-réalisation. On peut toutefois envisager de maintenir ce compte en Phase d'Exploitation, pour financer d'éventuels travaux supplémentaires.

36.2 Modifications portant sur les Prestations

Dans l'hypothèse où la Modification impacte les Prestations, les termes correspondant de la Redevance seront revus en conséquence afin de prendre en compte l'augmentation du coût des Prestations en cause engendrée par la Modification.

Commentaire

Les Modifications qui portent sur les Prestations pourront être financées par une modification des composantes de la Redevance y afférentes.

36.3 Modifications Mineures

Dans la limite d'un montant annuel de [●] GNF, les Modifications dont le montant unitaire n'excède pas [●] GNF et qui sont sans effet sur les coûts des Prestations font l'objet d'une facturation à l'Autorité Contractante sur présentation d'une proposition financière. Elles peuvent ne pas donner lieu à la modification de la Redevance mais à un paiement direct par l'Autorité Contractante dans un délai de [●] Jours à compter de l'accord intervenu entre les Parties pour procéder à la réalisation de la Modification.

Commentaire

La notion de « Modifications Mineures » peut être utile pour assurer une certaine souplesse dans l'exécution du Contrat en permettant, pour certaines modifications, des modalités de financement par paiement direct de l'Autorité Contractante plutôt que par modification de la Redevance.

Article 37. Économies résultant d'une Modification

Lorsque la Modification envisagée se traduit par une économie globale, celle-ci est partagée comme suit : [●].

Les composantes de la Redevance peuvent être modifiées en conséquence, pour tenir compte des économies engendrées.

Commentaire

Le partage de l'économie réalisée sera précisé, celui-ci pourra par exemple être différent selon la Partie à l'origine de la Modification.

CHAPITRE 6 : GARANTIES ET ASSURANCES

Article 38. Garanties

Le Titulaire constitue ou fait constituer par ses Prestataires, et au profit de l'Autorité Contractante, les garanties suivantes :

- une garantie de bonne exécution des Travaux ;
- une garantie de bonne exécution des Prestations ;
- une garantie sur le compte de GER ; et
- une garantie relative à la fin du Contrat.

Commentaire

En conformité avec les dispositions de l'article 40 (viii) du décret 041 portant modalités d'application de la loi n°0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé.

La liste des garanties devra être adaptée selon la nature du Projet. Il est courant d'exiger des candidats qu'ils émettent (ou fasse émettre par les Prestataires en phase de réalisation/exploitation-maintenance) des garanties à première demande sécurisant les différentes étapes du Projet, à savoir :

- *Une garantie de remise d'offre qui pourra être prolongée ou remplacée par une garantie de développement entre la sélection du candidat et l'obtention du bouclage financier ; puis*
- *Une garantie d'achèvement ou de bonne exécution qui démarrera à la date de début des Travaux jusqu'à la mise en service de l'ouvrage et qui couvrira la garantie de parfait achèvement ;*
- *Une garantie couvrant la période d'exploitation et maintenance (qui pourra ou non inclure les GER) ; et*
- *Une garantie constituée en fin de contrat, x mois avant le terme normal du Contrat et visant à couvrir le risque que l'ouvrage remis en fin de Contrat à l'Autorité Contractante soit maintenu conformément aux exigences contractuelles*

Ces garanties sont conformes aux modèles figurant en Annexe 9.

En cas de non mise en place ou de non-reconstitution des garanties dans les conditions prévues au présent Contrat, l'Autorité Contractante pourra dans un premier temps appeler les garanties existantes ou, à défaut, résilier le Contrat aux torts du Titulaire.

Commentaire

En général, les garanties devront être rédigées de telle manière à ce qu'aucune d'entre elle ne puisse se substituer à l'une sans que l'autre ait été constituée. Ainsi un délai de x jours avant l'échéance d'une garantie devra être prévu afin, soit de remplacer ladite garantie, soit de constituer une nouvelle garantie (par exemple entre la garantie de bonne exécution des Travaux et celle de bonne exécution des Prestations).

38.1 Garantie de bonne exécution des Travaux

Le Titulaire fournit (ou fait fournir) à l'Autorité Contractante, dans un délai de [●] Jours à compter de la Date d'Entrée en Vigueur, une garantie à première demande correspondant à [●] émise par un établissement bancaire de premier rang [●].

Le montant de la garantie de bonne exécution des Travaux est fixé à [●] GNF.

L'Autorité Contractante peut faire appel à cette garantie en cas de manquement par le Titulaire à ses obligations contractuelles relatives à la réalisation des Travaux, notamment au titre du paiement des pénalités de retard et de la levée des réserves.

Cette garantie sera valable durant toute la période des Travaux et jusqu'à une période de [●] Jours suivant la Date Effective de Mise à Disposition.

Commentaire

L'Autorité Contractante devra préciser :

(i) la date d'émission de cette garantie (en fonction des obligations qu'elle couvre), celle-ci pouvant être la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat mais en pratique le Titulaire (et son Prestataire en charge des Travaux) insistera pour qu'elle soit effective à la date de démarrage effective des Travaux (notion précisée dans le contrat de Travaux).

(ii) le type de garantie qu'elle souhaite voir mise en place (une garantie bancaire à première demande étant très souhaitable et sera requise par les Prêteurs, etc.).

(iii) le montant de cette garantie, en fonction des obligations couvertes. L'Autorité Contractante peut prévoir un mécanisme de reconstitution de ce montant mais cette demande peut être onéreuse pour le Titulaire qui, en général, considère – dans son analyse de risques – un seul appel de la garantie. Il peut aussi être envisagé de réduire le montant de la garantie à certaines dates (par exemple, après la Mise à Disposition, les obligations couvertes étant alors plus réduites). Typiquement ce mécanisme de « step-down » pourra intervenir en effet à la Date Effective de Mise à Disposition (qui correspond à la date de réception des Travaux – avec ou sans réserve – au niveau du contrat de Travaux) et la garantie résiduelle sera maintenue jusqu'à l'achèvement de la garantie de parfait achèvement.

(iv) la date d'expiration de la garantie (Date Effective de Mise à Disposition)

38.2 Garantie de bonne exécution des prestations d'Entretien et de Maintenance et de GER

Le Titulaire fournit (ou fait fournir) à l'Autorité Contractante, au plus tard le [●], une garantie à première demande correspondant à [●] Jours, émise par un établissement bancaire de premier rang [●].

Le montant de la garantie est fixé à [●] GNF.

L'Autorité Contractante peut faire appel à cette garantie afin de couvrir notamment les éléments suivants :

- le paiement des pénalités qui n'auraient pas été réglées par le Titulaire ou qui n'auraient pas directement été déduites du montant de la Redevance versée au Titulaire ;

- le paiement des sommes dues à l'Autorité Contractante par le Titulaire en vertu du Contrat ; et/ou

- le paiement des dépenses supportées par l'Autorité Contractante en raison des mesures prises aux frais du Titulaire, notamment pour assurer la continuité de l'exploitation, la sécurité publique, la réalisation de Travaux incombant au Titulaire ou encore la reprise de l'exploitation en cas de mise en régie.

Cette garantie demeure valide jusqu'à une période de [●] Jours suivant la fin normale ou anticipée du Contrat.

Commentaire

L'Autorité Contractante devra préciser :

(i) la date d'émission de cette garantie (en fonction des obligations qu'elle couvre), celle-ci devant être la Date effective de Mise à Disposition (ou la date de démarrage effective des Prestations).

(ii) le type de garantie qu'elle souhaite voir mise en place (une garantie bancaire à première demande étant très souhaitable et sera requise par les Prêteurs, etc.).

(iii) le montant de cette garantie, en fonction des obligations couvertes. L'Autorité Contractante peut prévoir un mécanisme de reconstitution de ce montant. Cette restitution est plus vraisemblable pendant la Phase d'Exploitation dans la mesure où les montants engagés et les risques sont -en principe- moindres que pendant la période de construction.

(iv) la date d'expiration de la garantie, qui pourra le cas échéant être postérieure à la date de fin du Contrat. En pratique, les garanties d'exploitation-maintenance sont régulièrement renouvelées car elles couvrent une période longue. Un tel mécanisme doit alors être prévu dans la rédaction de la garantie initiale.

38.3 Garantie relative au compte GER

Le Titulaire fournit (ou fait fournir) à l'Autorité Contractante, au plus tard le [●], une garantie [●], émise par [●].

Le montant de la garantie est fixé au solde positif du compte GER.

L'Autorité Contractante peut faire appel à cette garantie pour récupérer le bénéfice de l'éventuel solde positif du compte lui revenant au titre du Contrat.

Cette garantie est constituée à la Date Effective de Mise à Disposition et renouvelée annuellement.

Commentaire

L'Autorité Contractante devra préciser :

(i) la date d'émission de cette garantie, qui dépendra de la date à laquelle est versée la Redevance liée aux Prestations de GER ; et

(ii) le type de garantie qu'elle souhaite voir mise en place (garantie bancaire ou « corporate », garantie à première demande, etc.).

La garantie vise à assurer à l'Autorité Contractante le reversement à son bénéfice de l'éventuel solde positif pouvant être constaté sur le compte GER dans les conditions prévues le cas échéant à l'Article 27.2 (voir le Commentaire à cet article). Le montant de cette garantie évolue annuellement, en fonction des encaissements et décaissements effectués sur ce compte.

38.4 Garantie relative au Plan de Remise en État

Le Titulaire fournit (ou fait fournir) à l'Autorité Contractante, au plus tard le [●], une garantie à première demande correspondant à [●], émise par un établissement bancaire de premier rang [●].

Le montant de la garantie est égal au montant du Plan de Remise en État prévu à l'Article 17.

L'Autorité Contractante en donnera la mainlevée progressive au fur et à mesure de la réalisation des travaux du Plan de Remise en État.

Cette garantie couvre le financement des opérations de fin de Contrat qui restent à la charge du Titulaire au terme du Contrat.

Cette garantie demeure valide jusqu'à [●].

Commentaire

L'Autorité Contractante devra préciser :

(i) la date d'émission de cette garantie (en lien avec l'Article 18, voir le Commentaire à cet article) ;

(ii) le type de garantie qu'elle souhaite voir mise en place (garantie à première demande, etc.) ; et

(iii) la date d'expiration de la garantie, qui pourra le cas échéant être postérieure à la date de fin du Contrat.

Article 39. Programme d'assurances

Le Titulaire contractera ou fera contracter, à ses frais, toutes polices d'assurance nécessaires à la couverture intégrale des risques inhérents à la construction, avant et après la Mise à Disposition des Infrastructures dans les conditions de l'Annexe 10.

Après la Mise à Disposition des Infrastructures et pendant toute la durée du Contrat, le Titulaire devra assurer les Infrastructures en valeur à neuf contre l'incendie, la foudre, l'explosion et les risques spéciaux auprès d'une compagnie d'assurance notoirement solvable dans les conditions prévues à l'Annexe 10.

Le Titulaire devra souscrire une assurance couvrant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile qu'il peut encourir à raison des dommages causés aux tiers du fait ou à l'occasion de l'exploitation des Infrastructures dans les conditions fixées par l'Annexe 10.

Le Titulaire s'assurera auprès des différents intervenants, cocontractants et sous-traitants qu'ils ont également contracté des assurances de responsabilité civile en relation avec la nature de leurs engagements et pour des montants suffisants.

Commentaire

En conformité avec les dispositions de l'article 40 (xv) du décret 041 portant modalités d'application de la loi 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé

L'Autorité Contractante prendra soin, préalablement au lancement de la consultation, d'auditer le programme d'assurance dont elle dispose, afin d'éviter tout doublon avec les assurances qui seront souscrites par le Titulaire.

Les assurances sont contractées auprès de compagnies notoirement solvables de manière à permettre la reconstruction en valeur à neuf des Infrastructures, leur remise en état ou la reconstruction des parties détruites ainsi que le remplacement des installations et, pour l'assurance Responsabilité Civile, à indemniser les tiers lésés.

Les polices d'assurances prévoiront une clause de renonciation à recours à l'encontre de l'Autorité Contractante, à compter de leur souscription, de leur renouvellement, de leur modification et/ou de leur délégation.

Toutes indemnités perçues des compagnies d'assurances ou de tiers seront impérativement employées à la reconstruction des Infrastructures ou à leur remise en état, ou encore à la reconstitution des parties détruites.

Le Titulaire doit transmettre à l'Autorité Contractante, dans le cadre du Rapport Annuel prévu à l'Article 48 du Contrat, une copie des attestations d'assurance ainsi que le justificatif du paiement à l'échéance des primes d'assurance.

Le Titulaire est tenu d'informer préalablement l'Autorité Contractante de toute réduction, suspension ou résiliation des assurances et de toute augmentation des franchises.

En cas de retard dans la communication d'information, dans la remise de documents ou en cas de remise de documents incomplets, l'Autorité Contractante peut appliquer une pénalité d'un montant de [●] par information/document remis en retard.

Commentaire

Le Contrat pourra, selon l'état du marché de l'assurance et le Projet en cause, prévoir des stipulations destinées à couvrir le risque d'« inassurabilité ».

Par ce terme, on peut entendre (i) le fait que le Titulaire soit objectivement dans l'incapacité d'obtenir une proposition d'assurance de la part d'assureurs notoirement solvables, pour une raison

qui ne lui est pas imputable, (ii) l'augmentation du coût ou des franchises des polices d'assurance au-delà d'un certain plafond.

Face à ce risque, il pourra alors être prévu plusieurs solutions : (i) la résiliation du contrat (dans les conditions de la résiliation pour Force Majeure si aucune faute du Titulaire n'est constatée), (ii) la prise en charge par l'Autorité Contractante du surcoût des primes au-delà du plafond défini contractuellement, (iii) la dispense du Titulaire de son obligation d'assurance (avec adaptation en conséquence de la redevance qui lui est versée).

Si une telle clause est insérée, il conviendra également de prévoir le retour à une situation « normale » d'assurabilité.

CHAPITRE 7 : CLAUSES FINANCIERES

Article 40. Gestion du modèle financier

Le modèle financier, objet de l'Annexe 6.3, ne pourra pas contenir plus de contraintes que celles définies littéralement dans ladite Annexe.

Le protocole d'utilisation du modèle financier est défini dans l'Annexe 6.3.

En cas de contradiction entre les Annexes financières et le modèle financier, les Annexes financières prévaudront.

Article 41. Modalités de financement des investissements

41.1 Plan de Financement

Le Titulaire établit, sous son entière responsabilité, le Plan de Financement. Celui-ci figure en Annexe 6.1.

Le Titulaire finance, à compter de la Date d'Entrée en Vigueur, les coûts d'investissement à sa charge par tous les moyens, qui peuvent inclure notamment les sources de financement suivantes :

- fonds propres ;
- quasi-fonds propres y inclus les comptes courants d'associés ;
- financement bancaire ;
- cession-escompte de créances ;
- crédit-bail ;
- financement obligataire ; et

- le cas échéant, subventions et avances sur Redevance.

Le Titulaire apporte et supporte également l'ensemble des coûts de préfinancement : crédit relais pour la construction, crédit relais pour les fonds propres, crédit TVA, etc.

Quelles que soient les modalités de financement mises en œuvre, le Titulaire veille au respect de l'affectation de l'Infrastructure au service public dont l'Autorité Contractante a la charge.

41.2 Date de fixation des taux de financement

La fixation des taux de financement interviendra, à la demande de l'Autorité Contractante, entre les dates suivantes : [●]

A la fixation des taux de financement, le modèle financier est recalculé y compris le loyer de financement du par l'Autorité Contractante.

Commentaire

Les conditions dans lesquelles l'Autorité Contractante pourra demander la cristallisation des taux de financement devront être indiquées dans le Contrat (par exemple : à la Date d'Entrée en Vigueur ; entre plusieurs dates et au plus tard à la Mise à Disposition).

Suivant les dates envisagées pour la fixation des taux, il importe de préciser que le retard dans la mise à disposition effective des Infrastructures, s'il entraîne une majoration des taux de financement, ne peut être à la charge de l'Autorité Contractante.

Les modalités de fixation des taux d'intérêts sont détaillées dans le Plan de Financement joint en Annexe 6.1.

Article 42. Opération de Refinancement

L'Autorité Contractante pourra, à tout moment du Contrat, demander au Titulaire de procéder à un Refinancement.

Si l'Autorité Contractante décide d'user de cette faculté, le Titulaire a l'obligation de l'assister de bonne foi dans cette démarche.

De même, le Titulaire peut à tout moment proposer à l'Autorité Contractante de procéder à une opération de Refinancement. Si l'Autorité Contractante refuse ce Refinancement, le refus devra être dûment motivé et justifié.

Dans le cas où l'Autorité Contractante est à l'origine de la demande de refinancement, elle conserve les Gains de Refinancement, calculés dans les conditions décrites en Annexe 6.4.

Dans le cas où le Titulaire est à l'origine de la proposition de Refinancement, les Gains de Refinancement, calculés dans les conditions décrites en Annexe 6.4, sont partagés à hauteur de [●] GNF pour l'Autorité Contractante et de [●] GNF pour le Titulaire.

Les Gains de Refinancement qui bénéficient à l'Autorité Contractante lui sont reversés dans les conditions suivantes : [●].

Commentaire

L'Autorité Contractante peut revendiquer la clause de refinancement si les conditions de financement ont été substantiellement modifiées.

Une annexe financière pourra prévoir les modalités de calcul des Gains de Refinancement. Il faudra veiller à bien identifier l'ensemble des frais liés au Refinancement, tels que les frais de rupture des Instruments de Dette et de Couverture, commissions bancaires, frais de conseils, impôts éventuels, etc. (ainsi que les modalités de leur calcul), afin de pouvoir calculer l'économie réelle pour l'Autorité Contractante.

Article 43. Modalités de rémunération du Titulaire

Le Titulaire est rémunéré au travers :

- D'une redevance perçue sur la personne publique (paiement public) ; et/ou
- D'une rémunération perçue sur l'usager (paiement concessif)

Commentaire

Les modalités de rémunération sont précisées suivant la forme du PPP et les articles suivants adaptés en conséquence. Une redevance perçue sur l'Autorité Contractante induit un PPP à paiement public. Un droit à percevoir une rémunération sur l'usager induit un PPP de type concessif. Les deux modalités peuvent être associées dans un même dispositif, notamment si la rémunération perçue sur l'usager ne permet pas d'équilibrer l'intégralité du modèle économique, compte-tenu des sujétions de service public associées au projet.

Article 44. Redevance payée par l'Autorité Contractante

Commentaire

Cet article doit être supprimé si le Contrat ne prévoit pas de paiement public.

44.1 Décomposition de la Redevance

En contrepartie de l'ensemble des missions confiées au Titulaire par le présent Contrat et exécutées par ce dernier, le Titulaire est rémunéré, à partir de la Date Effective de Mise à Disposition, par le paiement d'une Redevance qui couvre les dépenses d'investissement, de financement ainsi que les coûts liés au fonctionnement des Infrastructures.

Commentaire

Conformément aux dispositions de l'article 20 de la loi n°0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé, la rémunération du Titulaire d'un Contrat de PPP est librement fixée par les stipulations contractuelles dans le respect du principe de la rémunération à risque du Titulaire tel que fixé à l'article 3-2 de la présente loi et des règles, plafonds et conditions de règlement qui sont fixés par décret et l'article 43, spécifiquement 43-1, 43-2, 43-3, détaille les typologies de rémunération de tout titulaire d'un PPP.

Or, l'article 3.2 dispose que « La rémunération du Titulaire doit être substantiellement liée à l'exploitation du service lorsque les revenus de la Personne Privée sont en risque, que ce soit au regard d'une rémunération directe sur les usagers du service, d'un intéressement aux résultats d'exploitation du service ou d'une indexation sur des critères de performance fixés au Contrat de PPP. »

Il est rappelé qu'au titre de l'article 43-3 du Décret 041, « la rémunération est substantiellement liée à l'exploitation du service lorsqu'au moins trente pour cent des revenus du Titulaire au titre du Contrat de PPP, ne sont pas garantis par l'Autorité ».

Comme il l'a déjà été dit, selon la nature du Projet, il peut être envisagé de verser une partie de la Redevance dès la date d'Entrée en Vigueur par exemple si l'exploitation de l'Infrastructure est confiée dès cette date au Titulaire. La clause sera alors adaptée en conséquence.

En tout état de cause, il conviendra à chaque fois de bien définir cette notion de rémunération à risque car elle ne s'exprime pas nécessairement par un paiement à l'usager

La Redevance due au Titulaire se décompose en plusieurs termes définis comme suit :

- R1 : Loyer Financier qui correspond au remboursement de l'investissement : principal (R1p) et intérêts (R1i) ;
- R2 : Grosses Réparations/Renouvellement (GER) qui correspond à la part de la rémunération liée aux Prestations de GER mises à la charge du Titulaire ;
- R3 : Maintenance courante qui correspond à la part de la rémunération liée aux Prestations d'Entretien et de Maintenance mises à la charge du Titulaire ;
- R4 : Services qui correspondent à la part de la rémunération liée aux Prestations de Services mises à la charge du Titulaire ;
- R5 : Administration, assurance, et gestion du contrat qui représentent la part de la rémunération du Titulaire correspondant aux frais de gestion du Contrat (émission des factures, tenue de comptabilité, réalisation des comptes rendus périodiques) et d'assurance ; et
- RA : Recettes Connexes lesquelles correspondent aux recettes connexes perçues par le Titulaire dans le cadre du Contrat, et venant en diminution de la rémunération du Titulaire.

Commentaire

Il est utile de décomposer les différents termes de la redevance selon ce qui est rémunéré. En outre, on rappelle que le Loyer Financier doit nécessairement être isolé dans la mesure où il pourra être cédé aux banques.

Si plusieurs Mises à Disposition ont été prévues par le Contrat (voir Article 23), l'Autorité Contractante pourra prévoir ici de décomposer la Redevance en conséquence (R1phase 1, R1phase 2, etc.).

44.2 Montant de la Redevance et modalités d'indexation et d'actualisation

Le montant prévisionnel de la Redevance et les modalités de calcul de chaque terme de la Redevance sont indiqués en Annexe 6.2.

Le terme R1 de la Redevance sera figé au plus tard à la Date Effective de Mise à Disposition des Infrastructures en application du dispositif prévu à l'Annexe 6.1. Une fois défini à la Date Effective de Mise à Disposition, le loyer financier sera fixe sur toute la durée de remboursement.

Les termes R2, R3, R4 et R5 de la Redevance seront, eux, révisés à la fin de chaque année civile à compter de la Date Effective de Mise à Disposition par application des formules d'indexation définies en Annexe 6.2.

En cas de suppression des indices visés à l'Annexe 6.2 ou dans l'hypothèse où les formules de révision ne seraient plus représentatives des coûts réels, les Parties se rapprocheront afin de leur substituer, de bonne foi, un indice équivalent assurant le juste équilibre du Contrat à sa date de signature, dans les [●] mois suivant la demande de la Partie la plus diligente.

44.3 Subventions – Avances sur Redevance

Commentaire

Si le Projet bénéficie de subventions ou financements publics, il conviendra de proposer une clause pour préciser notamment :

(i) les dates de versement ;
(ii) les modalités du versement ; et
(iii) les conséquences d'un retard de versement (au-delà du paiement d'intérêt de retard par l' Autorité Contractante, il conviendra de prévoir comment s'établit la prise en charge des éventuels frais financiers qui pourraient résulter de ce retard).

De même, si l'Autorité Contractante souhaite procéder au versement d'avances sur redevance, elle en précisera les modalités dans cette clause.

Toute subvention ou avance sur redevance devra se conformer aux dispositions législatives relatives à la gestion des finances publiques, notamment la loi organique relative aux lois des finances. Cette loi régit le versement des subventions et de manière générale, toute forme de participation publique (participation en capital, octroi de prêts, de garanties, etc).

44.4 Recettes connexes

Dans l'hypothèse où le Titulaire souhaite valoriser le Terrain et développer des usages autres que l'objet initial du Contrat tel que défini à l'Article 2, c'est-à-dire pour des besoins autres que ceux de l'Autorité Contractante, et ce dans la

perspective de dégager des recettes connexes, il saisit l'Autorité Contractante d'une demande d'autorisation.

Les recettes connexes qui seront ainsi autorisées doivent conserver un caractère accessoire au regard du montant de la Redevance versée au Titulaire.

Le Titulaire s'engage à ce que ces activités ne portent pas préjudice aux missions de service public et notamment le principe de continuité et l'exécution du service à l'Autorité Contractante ou à la destination des biens dont il a la charge. Il apportera toute justification à cet égard.

Les risques résultant de l'exploitation des Infrastructures mis à la disposition par l'Autorité Contractante et notamment la conservation, le maintien et l'entretien de la partie du Terrain – et le cas échéant des terrains adjacents – confiés au Titulaire relèvent de son entière responsabilité.

Les Recettes Connexes générées par le Titulaire seront partagées entre les Parties comme suit : [●]

Elles seront versées concomitamment et selon le même échéancier que le versement de la Redevance. Aucune compensation n'est opérée entre la Redevance et les Recettes Connexes.

Le Partenaire fournit à l'appui de ses versements les justificatifs de recettes attestant de l'assiette à laquelle s'applique la clé de répartition susvisée.

L'Autorité Contractante peut à tout moment retirer l'autorisation par décision notifiée au Titulaire.

Commentaire

Ces stipulations sont conformes à l'article 28 de la loi 43.2 du Décret 041.

Si l'Autorité Contractante autorise le Titulaire à mener des activités de valorisation du Terrain génératrice de Recettes Connexes pour le Titulaire, il conviendra de préciser les modalités dans lesquelles celles-ci sont reversées à l'Autorité Contractante. Plusieurs solutions peuvent être envisagées : partage entre les Parties dès le premier euro ou à partir d'un certain seuil, forfait minimum garanti à l'Autorité Contractante.

44.5 Modalités de facturation et de paiement de la Redevance

Les termes de la Redevance seront payés dans les conditions suivantes : [●]

Commentaire

Il conviendra de donner, pour chaque terme de la Redevance, les indications suivantes :

(i) la date à laquelle celle-ci commence à être payée. Il s'agira de la Date Effective de Mise à Disposition, sauf si l'Autorité Contractante envisage de payer tout ou partie des Prestations éventuellement effectuées par le Titulaire avant cette date (le versement du Loyer Financier sera toujours déclenché par la Mise à Disposition) ;

(ii) la date à laquelle le terme de la Redevance est versé par l'Autorité Contractante ; et

(iii) la périodicité des paiements.

Le Titulaire libelle ses factures au nom de l'Autorité Contractante. Les factures seront envoyées par le Titulaire à la date suivante : [●].

Le montant des factures émises est réduit du montant des éventuelles pénalités dues au titre du Contrat.

L'Autorité Contractante procède au paiement des factures dans un délai de [●] à compter de la date de réception desdites factures et de l'ensemble des pièces justificatives.

Commentaire

L'Autorité Contractante indiquera les modalités de facturation des termes de la Redevance et les délais de paiement.

44.6 Intérêts moratoires en cas de retard de paiement

Le retard de paiement par l'Autorité Contractante de sommes dues au titre de la Redevance ou de toute autre somme due au titre du Contrat fait courir de plein droit des intérêts moratoires calculés à partir du jour où ces sommes sont dues, jusqu'à la date du paiement principal. Le taux des intérêts moratoires est de [●].

Commentaire

Il est proposé de prévoir que ces intérêts seront également versés en cas de retard de paiement de toutes les autres sommes dues par l'Autorité Contractante au titre du Contrat (ce qui inclut par exemple les indemnités de résiliation).

Il est ici fait référence aux articles 142 et 143 du nouveau code des marchés publics précisant les intérêts moratoires et pénalités particulières. C'est une mention obligatoire (articles 12.11 et 19 de la loi n°0032/2017/AN). Sans préjudice des mesures qui pourraient être prévues aux textes juridiques sur les Partenariat Public-Privé, les intérêts moratoires en cas de retard de paiement sont établis en commun accord avec les parties au contrat.

Article 45. Redevances perçues sur l'Usager

Commentaire

Cet article doit être supprimé si le Contrat ne prévoit pas de paiement public.

En contrepartie de l'ensemble des missions confiées au Titulaire par le présent Contrat et exécutées par ce dernier, le Titulaire est autorisé, à partir de la Date Effective de Mise à Disposition, à percevoir une Redevance directement auprès des usagers du service dans les conditions suivantes :

[décrire la ou les Redevances permises par le projet]

Le Titulaire veille en tout temps à respecter l'égalité de traitement des usagers dans la bonne application de la Redevance.

La perception des Redevances est aux risques et périls du Titulaire, qui supporte seul la conséquence des retards de paiement par les usagers et plus largement de la non-atteinte des objectifs définis à l'annexe 6.2.

La Redevance décrite au présent article est indexée suivant les formules d'indexation définies en Annexe 6.2.

En cas de suppression des indices visés à l'Annexe 6.2 ou dans l'hypothèse où les formules de révision ne seraient plus représentatives des coûts réels, les Parties se rapprocheront afin de leur substituer, de bonne foi, un indice équivalent assurant le juste équilibre du Contrat, à sa date de signature, dans les [●] mois suivant la demande de la Partie la plus diligente.

Le Titulaire rend compte chaque année des tarifs appliqués, des indices utilisés pour l'indexation, des sommes collectées et des sommes effectivement recouvrées en application de la Redevance.

Commentaire

En cas de régie intéressée, il pourra être inséré un article spécifique « Fonctionnement de la régie intéressée » entre l'article 45 et l'article 46, qui s'énoncerait comme suit :

« Le Titulaire restitue chaque année au terme de l'exercice et sur présentation des comptes clos un bilan des dépenses et des recettes du Contrat, incluant l'ensemble des justificatifs.

Le solde de ce bilan est transféré à l'Autorité contractante : versement du Titulaire à l'Autorité contractante en cas d'excédent des recettes sur les dépenses, versement de l'Autorité contractante au Titulaire en cas d'excédent des dépenses sur les recettes.

Le Titulaire perçoit par ailleurs une rémunération calculée en fonction du niveau de résultat :

- *Quand le résultat est compris entre X % et Y % du chiffre d'affaires du service, le titulaire conserve Z % du dit résultat à titre de rémunération*
- *Etc.*

Le paiement des sommes intervient sous trente jours à la clôture des comptes et au plus tard le 1er juin de l'année n+1. »

Article 46. Cession de créances et acceptation de la cession

Le Titulaire a la possibilité de céder les créances qu'il détient sur l'Autorité Contractante au titre du Contrat à un ou plusieurs Prêteurs conformément aux articles 30, 30-1 et 30-2 de la loi 0032/2017/A N portant Partenariats Public-Privé.

La cession de créances fera l'objet d'une acceptation dans les conditions prévues par lesdites dispositions susmentionnées.

L'Autorité Contractante signe à la date des présentes un acte d'acceptation, conforme au modèle figurant en Annexe 7.

Commentaire

L'une des principales sûretés exigée par les banques s'exerce sur les flux du Projet, c'est-à-dire sur les Redevances payées par l'Autorité Contractante.

Il est proposé ici de recourir à la cession de créances professionnelles en vertu des textes en vigueur en République de Guinée (Acte Uniforme Révisé portant Organisation des Sûretés) tels que visées par les dispositions des articles 30, 30-1 et 30-2 de la loi n° 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé, laquelle doit permettre de bénéficier de meilleures conditions de financement. Il est rappelé que l'acceptation a toutefois des effets radicaux puisque l'Autorité Contractante ne pourra plus, pour refuser de payer les banques, exciper de ses relations contractuelles avec le Titulaire.

Un tel mécanisme semble dès lors acceptable par l'Autorité Contractante qu'à partir de Date Effective de Mise à Disposition : à cette date, l'Infrastructure est livrée et la Redevance (telle que décomposée sous l'article 43.1) est bien due.

Par ailleurs, il pourra être prévu de ne faire porter l'acceptation que sur une partie de la cession de créance dans les conditions de l'Article 85 de l'Acte Uniforme Révisé portant Organisation des Sûretés.

Article 47. Fiscalité

Sans préjudice de tout avantage éventuel résultant des régimes fiscaux et douaniers applicable au Projet, le Titulaire est tenu de s'acquitter de ses obligations fiscales et douanières prévues par les lois et règlements en vigueur en ce compris toutes impositions, contributions, taxes, redevance (y compris la redevance de régulation, le cas échéant) droits et assimilés de toute sorte et ce sous réserve le cas échéant des règles de non-cumul de ces avantages.

Commentaire

Conformément à l'article 31 de la loi n° 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé.

Les conditions dans lesquelles les impôts et taxes relatives au Projet seront acquittées pourront être précisées notamment pour ce qui concerne :

- *Les modalités de règlement ; et*
- *L'incidence des changements d'une loi ou d'un règlement de nature fiscale.*

CHAPITRE 8 : CONTRÔLE, SUIVI ET PENALITES

Article 48. Contrôle et suivi des obligations du Titulaire

Commentaire

Conformément aux dispositions de l'article 33-2 de la loi n° 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé, le Titulaire est tenu d'une obligation générale d'information sur les modalités de calcul des coûts d'investissement et d'exploitation-maintenance. A cet effet, le Contrat de PPP précise les obligations du Titulaire en termes de transmission des documents comptables du Titulaire ainsi que les contrats passés avec des affiliés pour l'exécution du PPP ou avec les Prêteurs pour son financement et aux dispositions de l'article 40 (viii) et (ix) du décret 041.

48.1 Réunions de suivi

Un calendrier de suivi des obligations de conception-construction du Titulaire est mis en place par les Parties dès la Date d'Entrée en Vigueur.

Un calendrier de suivi des Prestations est mis en place par les Parties dès la Date Effective de Mise à Disposition. Ce calendrier est annexé au Contrat de Partenariat Public-Privé en Annexe 4.

Commentaire

Si certaines Prestations démarrent dès l'entrée en vigueur, cette clause sera adaptée en conséquence.

Les calendriers prévoiront des réunions de suivi du Contrat à tenir entre les Parties, étant précisé qu'il ne pourra en toute hypothèse s'écouler plus de [●] Jours entre deux réunions.

Il est en outre formé un Comité de Pilotage du Contrat composé d'un représentant de l'Autorité Contractante et d'un représentant du Titulaire, chargé d'aplanir les difficultés n'ayant pas pu l'être par les représentants des Parties lors des réunions de suivi. Il se réunit chaque fois que nécessaire, à la demande de l'une des Parties. Le Comité de Pilotage se réunit par ailleurs à l'occasion de l'examen du Rapport Annuel. Les Prestataires pourront être conviés, le cas échéant, à ces réunions.

48.2 Rapport Annuel

Un Rapport Annuel sera élaboré par le Titulaire et remis à l'Autorité Contractante au plus tard avant la fin de chaque année civile durant toute la période prévue pour l'exécution des termes du Contrat. Ce rapport contient les informations suivantes :

1. Les données économiques et comptables suivantes :

   a) Le compte annuel de résultat du Projet pour l'année écoulée, rappelant les données présentées l'année précédente au même titre et présentant :
      (i) En charges : les différents postes de dépenses engagés, avec commentaires sur les éventuels écarts depuis l'exercice précédent ;
      (ii) En recettes : le montant précis et détaillé de toutes les rémunérations perçues pendant l'exercice écoulé avec commentaires sur les éventuels écarts depuis l'exercice précédent ; et

(iii) Les données utilisées pour l'application des formules de révision et indexation prévues au contrat ainsi que les justifications des prestations extérieures facturées à l'Autorité Contractante dans le cadre du contrat ;

b) Le bilan du Titulaire ;
c) Le détail des révisions et indexations contractuelles ;
d) Un compte analytique de l'exploitation du Projet qui présentera une ventilation entre les différentes activités ;
e) Une prévision des recettes (perçues sur les usagers ou sur l'Autorité Contractante) pour l'année à venir ;
f) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique retenus pour la détermination analytique des produits et charges imputés au compte de résultat mentionné ci-dessus avec, le cas échéant, la mention des changements, exceptionnels et motivés, intervenus au cours de l'exercice dans ces méthodes et éléments de calcul ;
g) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat, et le tableau d'amortissement de ce patrimoine ;
h) Un compte rendu de la situation des autres biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation de l'Infrastructure faisant apparaître pour chaque immobilisation, sa date d'acquisition, sa valeur brute, sa durée d'amortissement cumulée depuis la Date Effective de Mise en Service et la valeur nette comptable de l'immobilisation et la comparaison, le cas échéant, avec les tableaux relatifs à l'amortissement et au renouvellement de ces biens et immobilisations ;
i) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année ainsi que, le cas échéant, un tableau des écarts entre le programme de renouvellement et les opérations de renouvellement effectivement réalisées pendant l'année écoulée, complété par une note explicative de ces écarts ;
j) Les engagements à incidences financières liés au Contrat et nécessaires à la continuité du service public ;
k) 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 afférente au financement des biens et activités objets du Contrat ;
l) Un état des sinistres ou contentieux (y compris fiscaux et sociaux) survenus dans le courant de l'exercice et leurs conséquences financières ainsi que des indemnités perçues des compagnies d'assurances ; et
m) Un organigramme du personnel affecté au projet, ainsi qu'un état de variation détaillé des effectifs affectés au projet.

2. Le suivi des indicateurs correspondant :

a) Aux délais de réalisation des Infrastructures ;
b) Aux objectifs de performance prévus dans le Contrat ;
c) A la part d'exécution du Contrat confiée à des sous-traitants et à des entreprises détenues majoritairement par des nationaux guinéens ou à des artisans guinéens ;
d) Le cas échéant, au suivi des Recettes Connexes perçues par le Titulaire ; et

e) Aux pénalités demandées au Titulaire en vertu du Contrat et à celles acquittées par lui.

Les données comptables, économiques et financières décrites dans le rapport annuel sont exprimées pour l'année civile. Elles seront transmises par le Titulaire dans les quatre (4) mois suivant la fin de l'année civile considérée.

Les pièces justificatives de ces données sont tenues par le Titulaire à la disposition de l'Autorité Contractante.

Commentaire

En application de l'article 44 du Décret 041.

Les données comptables, économiques et financières peuvent être le cas échéant exprimées sur une autre base que l'année civile.

Le contenu du Rapport Annuel pourra en outre être complété par l'Autorité Contractante en fonction des spécificités du Projet.

48.3 Contrôle

L'Autorité Contractante peut contrôler, sur pièces et sur place, le respect des engagements contractuels du Titulaire, ainsi que les informations qui lui sont communiquées. Elle peut diligenter tous moyens à cette fin. Elle est libre en particulier de faire auditer, de manière préventive ou à la suite d'un dysfonctionnement, tout ou partie des missions du Titulaire, qui s'engage à faciliter le travail des auditeurs.

Le Titulaire fournit à l'Autorité Contractante tous rapports, documents et informations en sa possession, concernant l'exécution de ses obligations contractuelles.

L'Autorité Contractante peut demander au Titulaire des informations complémentaires sur tous les comptes rendus et documents produits en application des stipulations du Contrat, ou tout autre rapport utile à l'exercice de son contrôle.

Dans le cadre de son contrôle, l'Autorité Contractante peut se faire assister par tout expert de son choix.

Les contrôles effectués par l'Autorité Contractante ne sauraient en aucun cas avoir pour effet d'engager la responsabilité de l'Autorité Contractante ou de dégager le Titulaire de sa responsabilité au titre du Contrat.

En cas de non-respect par le Titulaire de ses obligations au titre du présent Article, l'Autorité Contractante pourra appliquer une pénalité d'un montant de [●] GNF.

Article 49. Pénalités

L'Autorité Contractantes applique de plein droit les pénalités dues par le Titulaire au titre du Contrat, sans mise en demeure préalable, en cas de non-respect de ses obligations contractuelles.

OU

A l'exception des pénalités en cas de retard dans l'atteinte de la Date Contractuelle de Mise à Disposition, les pénalités sont précédées d'une mise en demeure de remédier au manquement constaté dans un délai déterminé en fonction de la nature du dit manquement.

Les pénalités sont payables par compensation sur la Redevance. Toutefois, lorsqu'une telle compensation n'est pas possible, elles sont acquittées directement par le Titulaire dans un délai de [●] Jours. A défaut, l'Autorité Contractante pourra appeler l'une des garanties prévues au Contrat.

Le Titulaire peut se voir infliger les pénalités suivantes : [●]

Commentaire

Les pénalités ci-dessous sont typiquement retenues dans les contrats de partenariat :

- *En cas de retard dans la communication d'information, la remise de documents ou la remise de documents incomplets : [●] par information/document remis en retard (Article 44, point 2, d, du décret 041) ;*
- *En cas de retard par rapport à la Date Contractuelle de Mise à Disposition des Infrastructures : [●] dans la limite de [●] (Article 40, i du décret 041) ;*
- *En cas de retard dans la levée des réserves : [●] (Article 40 du décret 041) ;*
- *En cas de non-respect des surfaces : [●] (Article 40, iii, du décret 041) ;*
- *Non mise en place des mesures de préférence nationale : [●] (Article 40, du décret, vi, 041) ;*
- *Non-respect des obligations au titre du contrôle par l'Autorité Contractante : [●] (Article 43.2, iii du décret 041) ;*
- *Non atteinte/respect des objectifs/obligations d'exploitation/objectifs de performance (Article 44, point 2, a, et 43-3, alinéa 2 du décret 041) ; et/ou*
- *En cas de manquement grave de la part du Titulaire à l'une quelconque de ses obligations*

Autres pénalités possibles :

- *Manquements aux obligations relatives à la conception/construction des Infrastructures ;*
- *Tout écart par rapport à une règle de l'art, une règle de sécurité, de circulation, signalisation ;*
- *Non-respect d'une disposition relative à la protection de l'environnement ;*
- *Non-respect d'une règle de sécurité ;*
- *Manquement au règlement intérieur ; et/ou*
- *Non constitution d'une garantie de bonne exécution.*

De manière générale, l'Autorité Contractante évaluera l'opportunité d'exiger ou non l'application de pénalités plus ou moins importantes – et de déterminer un plafond de pénalités - au regard de la nature du Projet, du calendrier d'exécution attendue par la personne publique, de l'importance

d'obtenir les services qui en découlent, de la capacité des soumissionnaires à absorber ces pénalités sans trop renchérir le coût du Projet.

Les montants des pénalités sont immédiatement exigibles actualisés dans les conditions prévues en Annexe 2.

Commentaire

Conformément aux dispositions des articles 40 (vii) et 44.2 (d), du décret 041 portant modalités d'application de la loi n° 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé,

Le Contrat pourra prévoir, selon la nature du Projet, le caractère libératoire des pénalités ou de certaines d'entre elles. Il est d'usage de l'accorder pour les pénalités de retard (sauf lorsque le plafond est atteint et génère un évènement de résiliation pour torts et griefs du Titulaire).

Il conviendra également d'indiquer si l'Autorité Contractante entend pouvoir cumuler certaines pénalités lorsqu'un même manquement est en cause.

La compensation peut ne pas être possible soit parce que la pénalité s'applique en période de conception-construction et qu'aucune redevance n'est alors due par l'Autorité Contractante, soit parce que le montant de la redevance ne suffit pas à absorber les pénalités devant être infligées.

Le Contrat détaillera les pénalités pouvant être infligées par l'Autorité Contractante. Quelques exemples sont donnés ci-dessus, cette liste devant naturellement être adaptée au Projet concerné.

Ces éléments pourront être négociés avec le candidat pressenti.

Il conviendra également d'indiquer si certaines pénalités font l'objet d'un plafonnement.

Enfin, les pénalités d'exploitation pourront être détaillées en Annexe. Elles seront associées aux objectifs de performance décrits.

Exemples de pénalités d'exploitation

1. Les pénalités de disponibilité, sachant que la disponibilité d'un local est définie par le respect des indicateurs de performance, et non pas par l'utilisation effective des locaux par l'Autorité Contractante. La pénalité de disponibilité est égale à la somme des valorisations des écarts de performance par rapport à la valeur de référence, associée aux indicateurs de performance.

Un local est dit indisponible dès lors que (i) l'une des performances nécessaires à sa disponibilité n'est pas réalisée, du fait du Titulaire, pendant les heures d'ouverture et/ou (ii) le local est immobilisé pour des raisons de maintenance curative, préventive ou de GER du fait du Titulaire, pendant les heures d'ouverture.

2. Les pénalités de maintenance qui sanctionnent les fautes de maintenance. La pénalité de maintenance est égale à la somme des valorisations des écarts de performance par rapport à la valeur de référence, associé aux indicateurs de performance.

3. Les pénalités d'exploitation qui sanctionnent les fautes d'exploitation. La pénalité d'exploitation est égale à la somme des valorisations des écarts de performance par rapport à la valeur de référence, associée aux indicateurs de performance.

CHAPITRE 9 : FIN DU CONTRAT

Article 50. Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire

50.1 Principe de la résiliation pour faute grave du Titulaire

Le Contrat pourra être résilié par l'Autorité Contractante en cas de faute grave du Titulaire, et notamment :

1. En cas de non-obtention des Autorisations Administratives pour faute du Titulaire dans les délais prévus à l'Article 15 et l'Annexe 4 ;
2. En cas de cession partielle ou totale du Contrat sans autorisation préalable de l'Autorité Contractante telle que prévue à l'Article 5 ;
3. En cas de non-respect de la clause de stabilité de l'actionnariat prévue à l'Article 4 ;
4. En cas d'atteinte du plafond de pénalités de retard tel que prévu à l'Article 25.2 et non justifié par une Cause Légitime de Retard ;
5. En cas de manquements répétés à ses obligations au titre des Prestations ;
6. Lorsque le montant des pénalités d'exploitation atteint un seuil de [●] ;
7. En cas de non mise en place ou de non-reconstitution des garanties prévues à l'article 38 ;
8. En cas de mise en régie pendant une période excédant [●] Jours ;
9. En cas de liquidation judiciaire du Titulaire sous réserve de l'accord de l'Administrateur Judiciaire, le cas échéant ; et/ou
10. Dans l'hypothèse où le Titulaire (en ce compris l'un quelconque de ses actionnaires, ses dirigeants ou son personnel) a été convaincu d'agissements frauduleux ou dont les actions ou le financement sont contraires aux règles d'éthique et/ou au regard du droit applicable.

Cette résiliation interviendra de plein droit pour les cas cités aux sections 2, 3, 4, 6, 8, 9 et 10. Dans les autres cas, l'Autorité Contractante notifiera au Titulaire le manquement allégué, les motifs et lui accordera une période qui ne pourra excéder [●] Jours afin de remédier à cette situation.

Si cette mise en demeure reste infructueuse à l'issue de cette période, l'Autorité Contractante peut alors prononcer la résiliation à l'expiration du délai fixé, sous réserve de l'information des Prêteurs prévue à l'Article 54.2.

Commentaire

Conformément aux dispositions de l'article 40 (xvi) du décret 041.

La liste des cas d'ouverture de la résiliation sera adaptée à chaque projet ; il est recommandé de ne pas prévoir une liste exhaustive (« notamment » du premier aliéna).

Préalablement à la décision de résiliation, l'Autorité Contractante met le Titulaire en demeure de remédier au manquement constaté dans un délai [●] au moins, éventuellement prorogeable à sa seule discrétion sauf s'il s'agit de manquements graves qui ne sont pas susceptibles d'être remédiés (ex : liquidation judiciaire, acte de corruption, atteinte d'un plafond de responsabilité, etc).

50.2 Conséquences financières de la résiliation pour faute grave du Titulaire

Dans l'hypothèse d'une résiliation pour faute grave du Titulaire, celui-ci a droit au remboursement de la valeur comptable nette des actifs réalisés conformément aux stipulations du Contrat, augmentée de la Soulte des Instruments de Couverture.

OU

Le Titulaire a droit au remboursement de l'encours des Instruments de Dette souscrits en vue du financement du Projet, augmentée de la Soulte des Instruments de Couverture.

Par ailleurs, l'indemnité due au Titulaire est diminuée de l'ensemble des préjudices causés à l'Autorité Contractante du fait de la résiliation, incluant notamment les coûts d'une nouvelle procédure et ceux nécessaires pour la remise en état de l'Ouvrage. Cette déduction est plafonnée à [●] GNF.

L'indemnité de résiliation due au titre du présent Article sera versée au Titulaire, si elle est positive, ou à l'Autorité Contractante, si elle est négative, au plus tard [●] Jours après la date de prise d'effet de la résiliation.

Commentaire

En cas de résiliation, même fautive, il sera nécessaire d'indemniser le Titulaire dans la mesure où les Infrastructures construites seront transférées gratuitement à l'Autorité Contractante. Dans le cas contraire, les Infrastructures ne seraient pas amorties et cette situation générerait un enrichissement sans cause de l'Autorité Contractante.

Les deux options présentées ci-dessous divergent dans l'approche mais le résultat obtenu sera sensiblement le même.

En effet dans le premier cas, l'approche retenu est celle de la VNC des actifs réalisés, soit une indemnisation du point de vue comptable.

Le second cas adopte une approche financière : lorsque le Projet est financé en financement de projet, cette indemnisation devra nécessairement couvrir l'encours des prêts non encore remboursés.

Dans les deux cas, l'Autorité Contractante pourra indemniser la Soulte d'Instruments de Couverture (swaps). En effet, d'une part l'Autorité Contractante pourrait reprendre les prêts, ce qui éviterait la rupture des swaps, d'autre part, la Soulte sera positive si les taux d'intérêt ont baissé.

Dans une telle hypothèse, l'Autorité Contractante pourra se réendetter à moindre coût et, globalement, elle ne perdra rien, le coût de la Soulte étant égal au gain provenant de la baisse des taux d'intérêt.

Par ailleurs et au cas d'une résiliation pour faute grave, le Titulaire doit aussi payer une indemnité à l'Autorité Contractante, en raison des préjudices subis par elle du fait de la résiliation. Le Projet sera davantage « bancable » si cette indemnité est plafonnée, mais tout dépendra du Projet et des éventuelles négociations.

Notre préférence va a priori vers l'option qui est la plus favorable à l'Autorité Contractante mais les expressions utilisées dans l'une ou l'autre des options ne recouvrent pas tout à fait les mêmes notions :

- *Dans la première option ci-dessus, il est fait référence à la VNC + encours des instruments de couverture*
- *Dans la seconde, il est fait référence à l'encours des contrats de crédits et des instruments de couverture*

Or, le recours à la VNC peut être potentiellement plus favorable en fonction de la date de résiliation et du recours ou non à un amortissement linéaire (par opposition à un amortissement de caducité). Par ailleurs, il pourrait également être pris en compte, dans le montant à rembourser une quote-part des fonds propres si la part des fonds propres est importante dans le financement. Faute de quoi, le risque est de générer une situation d'enrichissement sans cause.

Le choix de telle ou telle option sera à discuter au regard de la loi n° 0032/2017/AN dans son article 21 qui indique que la compensation due au Titulaire, dans tous les cas, doit couvrir la part non amortie des investissements sous réserve que :

- *Les investissements aient été financés par le Titulaire ; et*
- *Les immobilisations soient intégrées au patrimoine de l'Autorité Contractante*

Et ce, déduction faite du préjudice subi par l'Autorité Contractante.

Le choix entre ces options est donc à opérer en fonction de la nature du projet (et de la structure du financement)

Article 51. Résiliation anticipée pour motif d'intérêt général et résiliation pour faute grave de l'Autorité Contractante

51.1 Principe de la résiliation pour motif d'intérêt général

La résiliation anticipée du Contrat pour motif d'intérêt général peut être prononcée à tout moment par l'Autorité Contractante

La résiliation doit être précédée d'un préavis notifié au Titulaire par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception dans un délai d'au moins [●] Jours avant sa prise d'effet.

51.2 Conséquences financières de la résiliation pour motif d'intérêt général

Le Titulaire a droit au remboursement de la valeur comptable nette des actifs réalisés conformément aux stipulations du Contrat, augmentée de la Soulte des Instruments de Couverture.

OU

Le Titulaire a droit au remboursement de l'encours des Instruments de Dette souscrits en vue du financement du Projet, augmentée de la Soulte des Instruments de Couverture.

Commentaire

Conformément aux dispositions de l'article 40 (xvi) du Décret 041.

Même remarque que pour la résiliation pour faute grave.

On ajoutera ici l'indemnisation de l'encours des Instruments de Fonds Propres, des coûts de rupture des sous-contrats et du manque à gagner.

Le Contrat précisera les modalités de calcul de l'indemnisation liée à la rupture des contrats des Prestataires et à l'indemnisation du manque à gagner du Titulaire (forfait, plafond, etc.).

Le Titulaire a, en outre, droit à l'indemnisation de :

- L'encours des Instruments de Fonds Propres ;
- La rupture des contrats conclus avec ses Prestataires pour l'exécution du Contrat évaluée dans les conditions suivantes : [●] ; et
- Son manque à gagner évaluée dans les conditions suivantes : [●]

L'indemnité de résiliation due au titre du présent Article sera versée au Titulaire au plus tard [●] Jours après la date de prise d'effet de la résiliation.

51.3 Résiliation pour faute grave de l'Autorité Contractante

Le Contrat pourra être résilié par le Titulaire en cas de faute grave de l'Autorité Contractante, et notamment :

[●]

51.4 Conséquences de la Résiliation pour faute grave de l'Autorité Contractante

Dans ce cas, le Titulaire aura droit au paiement des mêmes sommes par l'Autorité Contractante que dans le cas visé à l'Article 51.2 [Résiliation pour Motif d'Intérêt Général].

Commentaire

Les cas de résiliation du Contrat pour faute grave de l'Autorité Contractante doivent être strictement encadrés. Par exemple, il est d'usage de se limiter aux cas de défaut de paiement, de non remise des terrains ou d'évènements de type « expropriation ». Un soin particulier devra être apporté à cette rédaction.

Article 52. Résiliation anticipée pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat

52.1 Principe de la résiliation pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat

La résiliation anticipée du Contrat pour Force Majeure ou pour bouleversement de l'équilibre du Contrat est prononcée d'un commun accord entre les Parties dans les conditions ci-après.

La résiliation doit être précédée d'un préavis notifié au Titulaire par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception dans un délai d'au moins [●] Jours avant sa prise d'effet.

52.2 Conséquences financières de la résiliation pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat

Le Titulaire à droit au remboursement de la valeur comptable nette des actifs réalisés conformément aux stipulations du Contrat, augmentée de la Soulte de rupture des Instruments de Couverture.

OU

Le Titulaire a droit au remboursement de l'encours des Instruments de Dette souscrits en vue du financement du Projet, augmentée de la Soulte de rupture des Instruments de Couverture.

Commentaire

Conformément aux dispositions de l'article 42 (i) et (ii) du Décret 041.

On pourra ajouter ici l'indemnisation de l'encours des Instruments de Fonds Propres.

Il est d'usage d'exclure toute indemnisation du manque à gagner dans une telle hypothèse de résiliation.

L'indemnité pourra être diminuée des indemnités perçues ou à percevoir par le Titulaire au titre des polices d'assurance souscrites par lui et couvrant l'évènement de Force Majeure considéré.

L'indemnité de résiliation due au titre du présent Article sera versée au Titulaire au plus tard [●] après la date de prise d'effet de la résiliation.

Article 53. Résiliation d'un commun accord

Les Parties peuvent convenir de mettre fin au Contrat, d'un commun accord.

Les modalités, notamment financières, de la résiliation sont arrêtées conjointement par les Parties.

Article 54. Substitution du Titulaire

54.1 Substitution du Titulaire – continuité du service public

Pour assurer la continuité du service public, l'Autorité Contractante peut procéder à la substitution du Titulaire par elle-même en cas d'urgence ou par un tiers de son choix pour l'exécution de tout ou partie des missions qui sont confiées au Titulaire au titre du Contrat, dans les cas suivants :

- le manquement grave et dûment constaté aux obligations, notamment, en termes d'objectifs de performance assignés au Titulaire ; et
- la survenance d'autres événements pouvant justifier la résiliation anticipée du Contrat ; ou
- [●] [à compléter]

Lorsqu'elle entend procéder à la substitution, elle adresse au Titulaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une notification indiquant (i) le motif de sa décision, (ii) la date à laquelle il sera procédé à la substitution, en l'absence de remédiation au manquement ou à l'évènement justifiant la décision de substitution, (iii) les conditions d'exécution du Contrat jusqu'à la substitution.

La substitution par un autre opérateur privé s'effectue dans les mêmes conditions d'exécution initiales du Contrat. La substitution et l'accomplissement des missions du Titulaire dans ce cadre par l'Autorité Contractante ou un opérateur privé sont effectués aux frais et risques du Titulaire.

Le Titulaire s'engage à ne pas gêner ou empêcher, pour quelle que cause que ce soit, la substitution. Le Titulaire pourra être relevé de la substitution, s'il justifie de la mise en œuvre des mesures ou moyens nécessaires pour remédier au manquement ou à l'évènement ayant justifié la décision de substitution. L'Autorité Contractante notifie alors au Titulaire sa décision de faire cesser la substitution.

En tout état de cause, dans un délai maximal d'un mois suivant l'entrée en vigueur de la substitution, les Parties conviennent de se rencontrer pour décider de la suite à donner au Contrat.

Commentaire

Conformément à l'article 21 de la loi n° 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé, l'Autorité Contractante pourra compléter la liste des motifs en lien avec la continuité du service public qui lui ouvriront le droit de procéder à la substitution du Titulaire. On peut penser par exemple à un risque sérieux pesant sur la sécurité des biens ou des personnes ou à une situation d'urgence.

54.2 Droit de substitution des Créanciers Financiers

Lorsque l'Autorité Contractante considère qu'elle est en droit de résilier le Contrat conformément aux dispositions de l'Article 50.1, elle adresse aux Créanciers Financiers une copie de la mise en demeure adressée au Titulaire, par lettre recommandée avec accusé de réception.

Les Créanciers Financiers disposent alors d'un délai de [●] mois à compter de la réception de la notification pour (i) se substituer aux actionnaires du Titulaire ou (ii) proposer une entité substituée pour poursuivre l'exécution du Contrat, étant entendu que l'Autorité Contractante ne peut prononcer la résiliation du Contrat avant l'expiration du délai de substitution.

Les Créanciers Financiers ou, le cas échéant, l'entité substituée qu'ils proposent, devront être approuvés par l'Autorité Contractante préalablement à leur substitution au Titulaire dans l'exécution du Contrat.

L'Autorité Contractante peut procéder, également, à la substitution du Partenaire Privé à la demande des organismes de financement du projet en cas de manquement dûment constaté du Partenaire Privé à ses obligations et qui peut nuire à la continuité du service public.

Si, à l'expiration du délai de substitution, les Créanciers Financiers ne se sont pas substitués ou n'ont pas proposé une entité substituée pour poursuivre l'exécution du Contrat, ou si l'Autorité Contractante a refusé d'approuver ladite entité substituée, l'Autorité Contractante peut, sans délai, résilier le Contrat dans les conditions prévues aux Articles 50.1 et suivants.

Commentaire

Sans préjudice des mesures prévues dans les textes juridiques en vigueur et qui encadrent les Partenariats Public-Privé (article 23 de la loi n° 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé), la substitution du Titulaire s'opère conformément aux stipulations contractuelles prévues de commun accord entre les parties.

CHAPITRE 10 : PREVENTION DES LITIGES ET CLAUSES DIVERSES

Article 55. Litiges

En cas de litige et avant toute action contentieuse, les Parties (ou la Partie la plus diligente) saisiront(a) promptement de leur différend le Comité de Pilotage pour discuter des modalités de règlement des litiges adéquats. Cette saisine constitue

un préalable obligatoire à toute procédure de conciliation, de médiation conventionnelle, à l'arbitrage ou des procédures judiciaires.

Si, dans un délai de [●] Jours suivant la saisine d'une Partie par l'autre, le litige n'est pas résolu par le Comité de Pilotage, les Parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend. Le médiateur sera :

(i) soit l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, en application des dispositions de l'article 154 du Nouveau Code des Marchés Publics ;

(ii) soit choisi par commun accord entre les Parties. Si les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord dans un délai de [●] Jours à compter de la date à laquelle les Parties sont convenues de recourir à un médiateur, chaque Partie désignera, dans un délai de [●] Jours un médiateur et les médiateurs ainsi nommés en désigneront un troisième dans un délai de [●] Jours.

Si, dans un délai de [●] Jours à compter de la saisine du troisième médiateur, les Parties ne sont toujours pas parvenus à une décision mettant fin au litige, alors la Partie la plus diligente pourra saisir [●] [*insérer ici une clause standard de recours à l'arbitrage international ou régional]*

Commentaire

Les dispositions de l'article 25 « Contentieux de l'exécution du Contrat de Partenariat Public-Privé » de la loi n° 0032/2017/AN portant Partenariats Public-Privé, spécifiquement en sa disposition 25-3, précisent les modalités de règlement des litiges.

Cette clause devra être adaptée selon la nature du Projet et les pratiques de l'Autorité Contractante.

Il pourrait être prévu de recourir à l'arbitrage international. Il conviendra alors d'indiquer la loi applicable, la procédure applicable, le lieu et la langue de l'arbitrage.

Le recours à l'arbitrage pourra être, par exemple, celui prévu par les règles de la CCJA (Traité OHADA) ou un arbitrage internationale de type Chambre de Commerce Internationale. Il devra être apprécié par l'Autorité Contractante, dans le choix de l'arbitrage, la réputation et qualité du forum arbitral, son coût et la rapidité de traitement.

Article 56. Recours à un Expert

Commentaire

Les Parties pourront décider de préciser dans une clause générale les conditions de désignation de l'Expert auquel elles pourront décider de recourir, notamment lorsque le recours à un tel expert est prévu au Contrat.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées : désignation d'un expert unique sur une liste préétablie entre les Parties, désignation d'un comité d'experts composé de 3 membres (un représentant de chaque Partie, le 3ème membre étant désigné par les deux premiers), etc.

Cet article pourra également prévoir les délais dans lesquels l'expert devra se prononcer, et l'éventuel partage des frais d'expertise.

Enfin, il conviendra d'indiquer la force attachée aux avis de l'expert : on pourra par exemple indiquer que l'avis de l'expert lie les Parties dans l'attente d'une décision juridictionnelle ou arbitrale.

Article 57. Propriété intellectuelle ou industrielle

Les plans et autres études d'architecture et de conception (tels que esquisses, plans, représentations graphiques, dessins, maquettes etc.) réalisés par le Titulaire, ou par un tiers pour le compte du Titulaire (tels que les bureaux d'études, architectes, etc.) dans le cadre du Contrat sont sujets à des droits de propriété intellectuelle appartenant au Titulaire et seront désignés collectivement ci-après les « Plans ».

L'Autorité Contractante bénéficie du droit de reproduction et de représentation des Plans dans les conditions suivantes : [●].

Les droits de propriété industrielle et intellectuelle attachés aux brevets, marques, licences ou logiciels acquis ou déposés par le Titulaire dans le cadre du Contrat, sont la propriété du Titulaire.

L'Autorité Contractante bénéficie d'un droit d'usage dans les conditions suivantes : [●].

A la fin du Contrat, les droits attachés aux biens remis par le Titulaire à l'Autorité Contractante sont transférés à cette dernière dans les conditions suivantes : [●].

Commentaire

La clause proposée ci-dessus l'est à titre d'exemple et devra être adaptée en fonction des spécificités du Projet.

Article 58. Computation des délais

A défaut de stipulation contraire, tout délai prévu par le Contrat commence à courir le lendemain du Jour où s'est produit le fait défini comme point de départ de ce délai.

Sauf stipulation contraire fixant un délai en Jours ouvrés, lorsque le délai est fixé en Jours, il s'entend en jours de calendrier et expire à la fin du dernier Jour de la durée prévue.

Lorsque le délai est fixé en mois, il est compté de quantième à quantième. S'il n'existe pas de quantième correspondant dans le mois au cours duquel se termine le délai, celui-ci expire à la fin du Jour suivant ce dernier.

Si une échéance ou une date de paiement coïncide avec un Jour qui n'est pas un Jour ouvré, ladite échéance ou date de paiement est automatiquement reportée au premier Jour ouvré suivant, à moins que ce report n'entraîne le passage dans un mois calendaire différent, auquel cas cette échéance ou date de paiement sera automatiquement avancée au jour ouvré précédent.

Article 59. Liste des Annexes

Commentaire

La liste des Annexes proposée ci-après est indicative.

Annexe 1 - Programme Technique / Cahier des Charges [cette annexe comporte notamment le détail des Travaux et des prestations attendus, et les objectifs de performance qui leur sont associés. Elle peut être subdivisée en plusieurs annexes thématiques : 1.1 Prestations relatives à la conception et à la réalisation, 1.2 Prestations d'Entretien, Maintenance, 1.3 Prestations d'Exploitation, 1.4 Prestations de GER, 1.5 Prestations de Services]

Annexe 2 - Pénalités

Annexe 3 - Terrain [cette annexe comporte notamment une description et un plan du Terrain et desservitudes]

Annexe 4 - Calendrier des Travaux et de suivi

Annexe 5 - Opérations d'Essais et de Vérifications et Mise à Disposition

Annexe 6 – Plan de Financement [cette annexe peut être subdivisée en plusieurs annexes

Thématiques :

6.1 Plan de financement (décompositions des coûts, description du montant à financer, conditions du financement, modalités de fixation des taux d'intérêt),

6.2 Décomposition de la redevance (actualisation et indexation, échéanciers),

6.3 Modèle financier,

6.4 Modalités d'un refinancement (procédure, conditions de calcul des gains de refinancement),

6.5 Modalités de calcul de la soule des instruments de couverture]

Annexe 7 - Modèle d'acte d'acceptation de la cession de créances

Annexe 8 - Personnel

Annexe 9 – Modèles des garanties

Annexe 10 - Programme d'assurance

Annexe 11 - Matrice des risques [cette annexe a une valeur informative]

Fait à [●], Le [●], En [●] originaux.

Autorité Contractante

Par : [●]

Titulaire

Par : [●]