

ASSEMBLEE NATIONALE

SIXIEME LEGISLATURE

SECRETARIAT GENERAL

Direction des Services Législatifs

Division des Séances et Huissiers

Section des Séances

Année 2021

Séance plénière du 29 / 12 / 2021

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail-Liberté-Patrie

LOI N° _____

**RELATIVE AUX CONTRATS DE PARTENARIAT
PUBLIC - PRIVE**

TITRE I^{er} : OBJET- DEFINITIONS ET PRINCIPES GENERAUX

Article premier : Objet

La présente loi a pour objet de régir les contrats de partenariat public-privé.

Elle détermine leur régime juridique et leur cadre institutionnel.

Article 2 : Définitions

Aux termes de la présente loi, on attend par :

- **affermage** : partenariat public-privé à paiement par l'utilisateur à travers lequel l'autorité contractante décide, finance les investissements initiaux et en confie la gestion à un fermier, qui se voit remettre pour la durée du contrat, les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service. Le fermier exploite à ses risques et entretient les ouvrages. L'autorité contractante demeure propriétaire des équipements. Le fermier peut être chargé de travaux d'extension ou de modernisation des ouvrages ;
- **autorité contractante** : personne morale de droit public ou de droit privé qui bénéficie du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public qui conclut un contrat de partenariat public-privé ;
- **candidat** : personne morale de droit privé qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenu par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation de contrat de partenariat public-privé ;
- **commande publique** : ensemble des contrats conclus, à titre onéreux, dans le cadre des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé permettant aux autorités contractantes de répondre à leurs besoins en fournitures, travaux et services ;

- **concession** : partenariat public-privé à paiement par les usagers qui peut être qualifié, selon son objet, de concession de travaux ou de service :
 - concession de travaux a pour objet principal le financement, la réalisation, l'exploitation et la maintenance d'un ouvrage nécessaire à un service public ou à une mission d'intérêt général répondant aux exigences fixées par l'autorité contractante. Le titulaire peut être chargé de concevoir l'ouvrage ;
 - concession de services a pour objet principal la gestion d'un service public ou à la satisfaction d'une mission d'intérêt général. Le titulaire peut être chargé de concevoir et de réaliser un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service ;
- **contenu local** : ensemble d'exigences d'ordre social ou environnemental constitué de mesures liées aux aspects de développement local, au transfert de compétences et de technologie, à l'emploi, à la main d'œuvre locale et à l'éducation ;
- **contrat de partenariat public-privé** : contrat administratif, écrit, conclu à titre onéreux par lequel une autorité contractante confie à un ou plusieurs opérateurs économiques (le « titulaire »), pour une durée déterminée, une mission globale ayant pour objet de manière cumulative ou alternative :
 - la réalisation et/ou l'aménagement et/ou l'acquisition et/ou la transformation et/ou la réhabilitation et/ou la maintenance et/ou le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou de zones à caractère urbain, industriel agricole nécessaires à un service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ou dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national ;
 - la gestion ou l'exploitation d'un service public, d'un service d'intérêt général, d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;
 - la gestion ou l'exploitation de biens ou de zones à caractère urbain, industriel, agricole, culturel ou touristique dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national ;
 - tout ou partie du financement des missions confiées, assuré principalement par le titulaire.

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

Le contrat fixe les conditions dans lesquelles sont établis le partage et le transfert des risques entre l'autorité contractante et le titulaire. Le titulaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Il peut assurer leur maîtrise d'œuvre ;

- **partenariat public-privé à paiement public** : contrat dans lequel la rémunération du titulaire consiste dans le versement d'une somme convenue avec l'Autorité contractante pour la durée du contrat, lequel est lié aux objectifs de performance. L'autorité contractante peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son

compte, le paiement par l'utilisateur de prestations exécutées en vertu du contrat. La rémunération du titulaire peut être complétée par des recettes provenant d'activités annexes. Le risque d'exploitation est assumé par l'autorité contractante ;

- **partenariat public-privé à paiement par les usagers** : contrat conclu sous la forme d'une concession, d'un affermage ou d'une régie intéressée. La rémunération du titulaire consiste, en contrepartie des missions qui lui sont confiées, soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, le service ou la zone qui fait l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix. La rémunération du titulaire peut être complétée par des recettes provenant d'activités annexes. Une part substantielle du risque d'exploitation **est** transférée au titulaire. La part du risque transféré implique une réelle exposition aux aléas du marché. Le titulaire assume le risque d'exploitation lorsque dans des conditions normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ;
- **partenariat public-privé à paiement par les utilisateurs** : partenariat public-privé portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national dont les caractéristiques sont similaires aux partenariats public-privés à paiement par les usagers ;
- **opérateur économique ou opérateur** : personne morale de droit privé ou le groupement de personnes morales de droit privé ayant ou non la personnalité juridique, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché ;
- **régie intéressée** : partenariat public-privé à paiement par les usagers selon lequel une autorité contractante confie, au titulaire, l'exploitation d'un service public lié ou non à un ouvrage existant. Le titulaire bénéficie d'un mandat de l'autorité contractante pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par les usagers. La rémunération du titulaire, versée par l'autorité contractante, est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation et prend en compte les objectifs de performance assignés par l'autorité contractante ;
- **soumissionnaire** : opérateur économique qui a présenté une offre ;
- **titulaire** : opérateur économique ou regroupement de plusieurs opérateurs économiques qui ont conclu un partenariat public-privé.

Article 3 : Principes généraux

Les contrats de partenariat public-privé, quels que soient leurs montants et sources de financement, satisfont aux principes suivants qui guident l'action publique lors de la préparation, la passation et l'exécution des contrats de partenariat public-privé :

- l'économie et l'efficacité de la commande publique, en cohérence avec la politique nationale de développement ;
- l'efficacité et l'équité du processus de la commande publique ;
- la concurrence et le libre accès des opérateurs économiques à la commande publique ;

- l'égalité de traitement des candidats ;
- la reconnaissance mutuelle de normes techniques, d'actes et de procédures d'homologation et de certification reconnus par les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) ;
- la transparence et l'intégrité des procédures, leur rationalité, leur modernité et leur traçabilité ;
- le respect des normes environnementales, sociales et de développement durable, notamment la prise en compte de l'accessibilité universelle;
- le respect de la redevabilité de la performance du titulaire ;
- l'équilibre économique et contractuel entre l'intérêt public et l'intérêt privé ;
- la compatibilité des contrats de partenariat public-privé avec la soutenabilité budgétaire sur les finances publiques.

Les contrats de partenariat public-privé prennent en compte les objectifs de développement durable dans leurs dimensions environnementale, économique et sociale, en exigeant un contenu local dans les contrats.

Les opérateurs économiques sont soumis aux principes de responsabilité sociétale des entreprises ci-après :

- le respect de la bonne gouvernance à travers la redevabilité, la transparence, l'éthique et l'intégrité, la reconnaissance de l'intérêt des parties prenantes ;
- le respect des droits humains ;
- le respect des relations sociales et la garantie de conditions de travail décentes ;
- le respect de l'environnement ;
- la loyauté des pratiques commerciales et professionnelles ;
- la prise en compte des intérêts des consommateurs et leur protection ;
- la participation à la promotion des actions en faveur des communautés à la base et du développement local en concertation avec les autorités nationales et/ou locales.

TITRE II : DOMAINE D'APPLICATION MATÉRIEL, ORGANIQUE ET SECTORIEL-EXCLUSIONS

Article 4 : Domaine d'application matériel

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats de partenariat public-privé à paiement public et à paiement par les usagers ou les utilisateurs selon les modalités de rémunération du titulaire et les risques transférés.

Les contrats de partenariat public-privé peuvent revêtir les formes contractuelles suivantes :

- concession de travaux ;
- concession de services ;
- affermage ;
- régie intéressée ;
- contrat de partenariat public-privé à paiement par les utilisateurs portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national ;
- contrat de partenariat public-privé à paiement public.

Il peut être créé par décret en conseil des ministres d'autres formes de contrats de partenariat public-privé pour autant qu'ils entrent dans la définition légale « contrat de partenariat public-privé » de l'article 2 de la présente loi.

Article 5 : Domaine d'application organique

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats de partenariats public-privé passés par les autorités contractantes.

Les autorités contractantes de droit public sont : l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les entreprises publiques, les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent également aux contrats passés par les personnes morales de droit privé agissant au nom et pour le compte d'une autorité contractante.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats conclus avec des personnes morales à capital mixte dans lesquelles l'Etat ou l'autorité contractante détient une participation minoritaire aux côtés d'un opérateur économique et dont l'objet social est à titre exclusif de conclure et d'exécuter un contrat de partenariat public-privé.

Article 6 : Domaine d'application sectoriel

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats de partenariat public-privé conclus dans tous les secteurs d'activité de la vie économique et sociale sous réserve de l'application de dispositions sectorielles spécifiques ou dérogatoires à la présente loi, applicables aux

secteurs des mines, des hydrocarbures, de l'énergie, de l'eau et des télécommunications qui régissent les autorisations, licences et permis octroyés aux partenaires privés.

Article 7 : Exclusions

La présente loi ne s'applique pas aux contrats de partenariat public-privé conclus par une autorité contractante avec une personne publique ou un partenaire privé, dès lors qu'elle exerce sur cette dernière un contrôle similaire à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

Une autorité contractante est réputée exercer sur une personne morale un contrôle similaire à celui qu'elle exerce sur ses propres services, si elle exerce une influence décisive à la fois sur la détermination des objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par l'autorité contractante.

TITRE III : DURÉE – REMUNÉRATIONS ET REDEVANCES

Article 8 : Durée des contrats de partenariat public-privé

Les missions du titulaire d'un contrat de partenariat public-privé lui sont confiées pour une période déterminée en fonction :

- de la durée d'amortissement des investissements réalisés par celui-ci, lorsque des investissements sont à sa charge ;
- des prestations qui lui sont demandées et des délais nécessaires à la réalisation des objectifs et des engagements de performance ;
- des modalités de financement retenues dans le contrat.

Les contrats de partenariat public-privé, à l'exception des concessions, des contrats de partenariat public-privé à paiement public et des contrats de partenariat public-privé portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national, sont conclus pour une durée initiale limitée.

La régie intéressée ne peut être conclue pour une durée supérieure à cinq (5) ans. L'affermage ne peut être conclue pour une durée supérieure à quinze (15) ans.

La durée initiale des contrats d'affermage et de régie intéressée peut exceptionnellement être prorogée par voie d'avenant. Lorsque le titulaire excède ses obligations de performance, la durée de la prorogation peut atteindre la moitié de la durée initiale. Dans les autres cas, la prorogation, pour une durée maximale d'un an, n'est accordée que pour assurer le bon entretien de l'infrastructure et achever d'éventuels aménagements nécessaires.

La durée des concessions et des partenariats public-privé à paiement public ou portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national peut être prolongée par voie d'avenant lorsque le titulaire est contraint, à la demande de l'autorité contractante, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial et de nature à modifier l'économie générale de la concession et lorsque ces investissements ne pourraient être amortis

pendant la durée du contrat restant à courir que par augmentations de rémunération ou de prix manifestement excessives.

Article 9 : Rémunérations et redevances dans le cadre d'un partenariat public-privé

Le titulaire d'un contrat de partenariat public-privé à paiement public bénéficie d'une rémunération liée à des objectifs de performances prédéfinis et versés par l'autorité contractante pendant toute la durée d'exploitation.

Ce paiement peut être versé :

- en numéraire ;
- par compensation, sous forme d'exonérations fiscales ou douanières accordées par l'Etat au titulaire, au titre des agréments dérogatoires du code des investissements de la République togolaise.

La rémunération en numéraire due par l'autorité contractante peut être cédée ou nantie à titre de paiement ou de garantie aux seuls prêteurs du titulaire dans la limite de 80% de son montant hors taxes.

Le contrat de partenariat public-privé peut prévoir une rémunération accessoire versée par des tiers au travers des recettes issues de l'exploitation par le titulaire des ouvrages, équipements ou biens immatériels à des fins d'activités annexes à l'objet du contrat.

Ces recettes annexes qui présentent un caractère accessoire sont prises en compte dans le calcul de la rémunération du titulaire.

Le titulaire d'un contrat de partenariat public-privé à paiement par les usagers perçoit le produit des redevances versées par les usagers du service public ou par les utilisateurs de biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national. Une rémunération à titre accessoire peut être versée par l'autorité contractante au titulaire du contrat de partenariat public-privé.

Le titulaire verse à l'autorité contractante des redevances pour mise à disposition de biens, soit par paiement capitalisé à la signature du contrat, soit par paiements échelonnés. Les modalités de fixation du tarif des redevances sont, sauf dispositions légales ou réglementaires de nature générale ou sectorielle, fixées par le contrat de partenariat public-privé.

TITRE IV : CADRE INSTITUTIONNEL

Article 10 : Principes généraux de gouvernance

Le cadre institutionnel des contrats de partenariat public-privé repose sur le principe de séparation des fonctions et d'indépendance des acteurs institutionnels, destiné à prévenir les conflits d'intérêts, d'attribution et de compétence.

Il comprend les fonctions suivantes :

- la fonction d'identification, de détermination des projets prioritaires, de préparation et

d'évaluation de ces projets et de passation, d'exécution et de suivi des contrats de partenariat public-privé ;

- la fonction de conseil et assistance dans le processus de mise en œuvre des partenariats public-privé et de validation de l'évaluation préalable ;
- la fonction de validation de la soutenabilité budgétaire des contrats de partenariat public-privé qui est un élément de l'évaluation préalable ;
- la fonction de contrôle a priori de la conformité de la procédure de passation des partenariats public-privé ;
- la fonction de contrôle a posteriori des procédures de passation et d'exécution des partenariats public-privé et de régulation desdits partenariats public-privé.

Article 11 : Organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé

Il est créé par décret en conseil des ministres un organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé qui conseille et assiste à travers ses avis les autorités contractantes et contribue au développement des contrats de partenariat public-privé.

Un décret en conseil des ministres fixe les missions, les attributions, l'organisation et le fonctionnement de l'organe d'expertise.

Article 12 : Organes de passation

L'organe de passation des contrats de partenariat public-privé est l'autorité contractante. Les services techniques et les organes de gestion de la commande publique de l'autorité contractante sont responsables du processus de passation, d'exécution et de gestion des contrats de partenariat public-privé.

En matière de contrats de partenariat public-privé, l'autorité contractante exerce les missions suivantes :

- identifier le projet de contrat de partenariat public-privé et transmettre à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé la fiche de projet pour avis ;
- étudier la recevabilité d'une offre spontanée, et en informer l'organe d'expertise dans le cas où l'offre est recevable ;
- procéder aux études et à l'évaluation préalable du projet de contrat partenariat public-privé ;
- analyser, dans le cadre d'une offre spontanée, les études entreprises par l'opérateur économique et les soumettre à l'avis de l'organe d'expertise ;
- faire la demande d'autorisation préalable au lancement des procédures de passation des contrats de partenariat public-privé, le cas échéant ;
- effectuer, éventuellement avec le concours de l'organe d'expertise des contrats de

partenariat public-privé, toutes les activités relatives à la procédure de passation des contrats de partenariat public-privé conformément aux dispositions de la présente loi et transmettre le dossier d'appel à concurrence, le rapport d'évaluation des offres et le projet de contrat de partenariat public-privé à l'avis de non-objection de l'organe de contrôle a priori ;

- signer le contrat de partenariat public-privé ;
- transmettre le contrat de partenariat public-privé approuvé à l'organe de contrôle a priori pour immatriculation et à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé pour information ;
- assurer le suivi et le contrôle de l'exécution du contrat de partenariat public-privé ;
- transmettre à l'organe d'expertise des contrats partenariat public-privé les rapports prévus dans le cadre de la présente loi.

Article 13 : Organe de contrôle a priori des procédures

Les procédures de passation des contrats de partenariat public-privé sont soumises au contrôle a priori de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Les modalités de contrôle sont déterminées par décret en conseil des ministres.

Article 14 : Organe de régulation des contrats de partenariats public-privé

La régulation du système de passation des contrats de partenariat public-privé, le règlement des litiges liés à leur passation ainsi qu'à leur exécution sont assurés par l'autorité de régulation de la commande publique.

Les modalités d'exercice de cette mission sont déterminées par décret en conseil des ministres.

L'autorité de régulation de la commande publique peut adresser au ministère chargé des finances des recommandations sur l'évolution des textes en matière de contrats de partenariat public-privé.

L'autorité de régulation de la commande publique s'assure de la bonne coordination avec l'autorité de régulation sectorielle lorsque le contrat de partenariat public-privé est mis en œuvre dans un secteur régulé.

Article 15 : Redevance de régulation du système des contrats de partenariat public-privé

En vue de garantir le bon fonctionnement du système des contrats de partenariat public-privé, il est créé à la charge du titulaire une redevance de régulation dont le taux et l'assiette sont fixés par voie réglementaire.

La redevance de régulation est perçue par l'autorité de régulation de la commande publique selon les modalités de perception et de recouvrement légalement octroyées à cette autorité comme en matière de recouvrement de la redevance de régulation du système des marchés publics.

La redevance participe au financement des activités de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé, de l'autorité de régulation de la commande publique, de la direction nationale du contrôle de la commande publique et des autorités contractantes suivant des modalités de répartition déterminées par décret en conseil des ministres.

Article 16 : Sources additionnelles de financement

Le système de gestion des contrats de partenariat public-privé, en dehors de la redevance de régulation, bénéficie des ressources ci-après :

- les produits des amendes et pénalités prononcées en cas de violations des règles relatives à l'attribution ou à l'exécution des contrats de partenariat public-privé ;
- les produits de cession des dossiers d'appels à la concurrence ;
- les appuis et subventions des partenaires techniques et financiers ;
- la subvention de l'Etat lorsqu'elle est requise ;
- les revenus et fonds résultant de services rendus aux tiers, tels que les formations et appuis pédagogiques aux acteurs des contrats de partenariat public-privé ;
- les revenus de ses biens, fonds et valeurs ;
- les dons et legs.

Article 17 : Interdictions

Le cumul des fonctions d'expertise, de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation des contrats de partenariat public-privé est interdit.

Le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction est également interdit.

La détention directe ou indirecte d'intérêts dans les entreprises soumissionnaires, l'exercice d'une fonction salariée ou de la perception de tout bénéfice, rémunération ou avantage sous quelque forme que ce soit, accordés par ces entreprises est interdite aux membres des organes d'expertise, de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation des contrats de partenariat public-privé.

TITRE V : CONDITIONS PREALABLES A LA PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Chapitre 1 : Planification des projets

Article 18 : Conditions de recours aux contrats de partenariat public-privé

Seuls les projets inscrits dans un portefeuille de projets des contrats de partenariat public-privé, sauf urgence, peuvent être réalisés en contrat de partenariat public-privé. Tous les projets font l'objet d'une évaluation préalable.

Le recours aux contrats de partenariat public-privé n'est possible que lorsque le recours à un tel contrat présente un bilan-coût avantage plus favorable que celui des autres contrats de la commande publique.

Le bilan coût-avantage tient compte des caractéristiques du projet, des exigences du secteur public, de la mission d'intérêt général dont l'autorité contractante est chargée, de la nécessité de mettre en valeur des biens qui participent de l'intérêt national, de l'urgence et du caractère stratégique national du projet. Les insuffisances et difficultés observées dans la réalisation des projets comparables sont également prises en considération.

Article 19 : Identification et priorisation des projets dans le portefeuille de projets

Les autorités contractantes identifient les projets susceptibles d'être réalisés en contrat de partenariat public-privé.

A cette fin, elles procèdent à la réalisation :

- d'une expression de besoins ; et
- d'une étude préliminaire qui contient les bases et les orientations techniques, juridiques, économiques, financières, environnementales et sociales du projet.

Dans ce cadre, la nature et l'étendue des besoins sont déterminées par les autorités contractantes avant toute procédure de passation.

La détermination des besoins s'appuie sur des spécifications techniques définies avec neutralité, professionnalisme et de manière non discriminatoire au regard de la consistance des équipements, ouvrages et biens immatériels objet du contrat de partenariat public-privé en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Le contrat de partenariat public-privé conclu par l'autorité contractante a pour objet exclusif de répondre à ses besoins.

Les projets identifiés et priorisés sont, sauf urgence, inscrits par les autorités contractantes dans le portefeuille de projets de contrat de partenariat public-privé qui est transmis à l'organe d'expertise, pour information, accompagné des études préliminaires.

Le portefeuille de projets est établi en cohérence avec les crédits alloués aux autorités contractantes et sur le fondement de leur programme d'activités.

Les projets inscrits dans le portefeuille de projets font l'objet d'une publication par tout moyen par l'organe d'expertise de contrat de partenariats public-privé.

Article 20 : Evaluation préalable

Les projets de contrat de partenariat public-privé donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée par l'autorité contractante et soumise à l'avis simple et motivé de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé.

L'évaluation préalable fait apparaître une utilité économique et sociale ainsi qu'un bilan environnemental positif, les motifs à caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent l'autorité contractante à engager la procédure de passation d'un tel contrat.

Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global, de choix de l'instrument contractuel, de partage des risques et de profits, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable et de contenu local. Elle intègre également la valeur estimative du contrat de partenariat public-privé déterminée sur la base de critères objectifs reconnus dégagés par l'organe d'expertise.

L'organe d'expertise se prononce sur le choix de la procédure de passation préconisée par l'autorité contractante pour l'attribution du contrat.

Avant de rendre son avis sur l'évaluation préalable et valider le choix de l'instrument contractuel, l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé saisit le ministère chargé des finances d'une demande d'avis portant sur :

- l'évaluation des implications budgétaires du projet ;
- l'analyse de sa soutenabilité sur les finances publiques ;
- les exonérations fiscales éventuelles du projet et leur impact sur les finances publiques ;
- l'assiette foncière du projet d'investissement, le cas échéant, ainsi que l'état des droits réels et charges afférentes de manière à permettre l'évaluation du coût de mise à disposition de l'emprise foncière nécessaire à l'exécution du projet.

L'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé est également tenu de saisir tout autre service ou ministère sur les questions relevant de leurs compétences et qui sont nécessaires à l'expression de son avis simple et motivé sur l'évaluation préalable.

Pour les projets relevant d'un domaine sectoriel réglementé, l'avis simple et motivé de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé tient compte de l'avis de l'autorité de régulation sectorielle concernée.

Les avis des services ou structures consultés au titre des alinéas précédents sont annexés à l'avis simple et motivé de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé.

L'avis simple et motivé de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé fait l'objet d'une actualisation avant la signature du contrat.

Les avis préalables requis dans le cadre du présent article sont sans préjudice des avis ou autorisations administratives exigés en vertu de la législation en vigueur.

La régie intéressée et la gérance ne font pas l'objet d'évaluation préalable, sauf si l'organe d'expertise remet en cause la qualification juridique proposée par l'autorité contractante.

Chapitre 2 : Financement des contrats de partenariat public-privé

Article 21 : Budgétisation des crédits et comptabilisation des engagements

Les Autorités contractantes s'assurent de l'inscription de chaque projet de contrat de partenariat public-privé y compris le financement des études préalables dans le cycle budgétaire de la dépense publique et dans les projections budgétaires de l'État.

L'autorité contractante peut recourir à l'appui des entreprises privées ou des partenaires techniques et financiers dans le financement des études préalables dans le respect des lois et règlements en vigueur. L'autorité contractante évite tout conflit d'intérêt et s'assure de l'impartialité dans la conduite des études.

Les autorités contractantes veillent au respect des règles en matière de comptabilisation des engagements pris dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé, conformément aux lois et règlements en vigueur.

Article 22 : Financement du projet

Le financement des projets mis en œuvre peut être supporté par le titulaire, intégralement ou conjointement avec l'autorité contractante ou une institution ou organisme à caractère bancaire ou financier.

Article 23 : Stabilité de l'actionnariat du titulaire

Le contrat de partenariat public-privé fixe les conditions dans lesquelles l'actionnariat du titulaire, peut être modifié sans affecter la stabilité de l'actionnariat qui a été pris en considération dans le cadre de l'attribution du contrat de partenariat public-privé. Il prévoit également les modalités d'information de l'autorité contractante sur l'évolution de la détention du capital.

Article 24 : Garanties des engagements contractuels des autorités contractantes

Les garanties susceptibles d'être apportées par les autorités contractantes sont définies dans le contrat de partenariat public-privé dans le respect des lois et règlements en vigueur.

TITRE VI : PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE

Chapitre 1 : Procédures de passation et conditions de participation

Article 25 : Types de procédures de passation des contrats de partenariat public-privé

Lorsque les conditions préalables au lancement de la procédure de passation sont accomplies, les autorités contractantes peuvent mettre en œuvre l'une des procédures de passation ci-après :

- la procédure d'appel d'offres ouvert est la procédure de mise en concurrence par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de partenariat public-privé ou à ses conditions d'exécution, préalablement portés à la connaissance des candidats dans l'avis d'appel à la concurrence et/ou le dossier d'appel d'offres. Elle peut-être en une ou deux étapes, précédé ou non d'une préqualification ;
- la procédure d'appel d'offres restreint est la procédure par laquelle seuls les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter peuvent remettre une offre ;
- la procédure du dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'autorité contractante dialogue avec les candidats invités à y participer et à soumettre une offre sur la base de critères objectifs de qualifications techniques et financières en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins ;
- la procédure d'entente directe est la procédure par laquelle l'autorité contractante engage, sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

La procédure d'appel d'offres ouvert est la règle. Le recours à toute autre procédure est justifié par l'autorité contractante et est autorisé, au préalable, par la direction nationale du contrôle de la commande publique. Les contrats de partenariat public-privé sont passés par entente directe :

- lorsqu'il est urgent d'assurer la continuité du service et qu'il ne serait pas efficace d'ouvrir les procédures prévues au présent article, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas résulté de négligence de sa part ;
- lorsque seule une source est en mesure de fournir le service demandé ou lorsque la prestation de ce service fait appel à un droit de propriété intellectuelle, des secrets commerciaux ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession ;
- lorsqu'aucune candidature ou aucune offre, ou aucune offre régulière n'a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des candidatures et des offres ;
- lorsque les contrats concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité ;

- lorsque les contrats de partenariat public-privé concernent des projets d'intérêt stratégique ou de souveraineté ;
- dans le cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel à la concurrence, nécessitant une intervention immédiate, et lorsque l'autorité contractante n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence, notamment, les cas des contrats de partenariats public-privé rendus nécessaires pour l'exécution d'office en urgence, des travaux, fournitures et services pour faire face à des catastrophes naturelles, la survenance d'épidémies, de pandémies ou à un état d'urgence déclaré ;
- dans le cadre d'un contrat complémentaire confié au même titulaire à condition que les nouvelles prestations ne soient pas techniquement ou économiquement séparables du contrat initial ;
- lorsqu'une seule offre conforme a été déposée, et que le lancement d'une nouvelle procédure de passation ne permettrait pas de respecter le calendrier prévisionnel d'attribution du contrat.

Les autorités contractantes peuvent également recourir au traitement des offres spontanées pour l'attribution des contrats de partenariat public-privé.

L'offre spontanée est la proposition à l'initiative d'un opérateur économique relative à la mise en œuvre d'un projet de contrat de partenariat public-privé qui n'est pas soumise en réponse à un appel à concurrence publié par l'autorité contractante.

Les conditions et les modalités de mise en œuvre des procédures de passation des contrats de partenariat public-privé définis dans le présent article sont précisées par décret en conseil des ministres.

Des procédures spécifiques sont déterminées par voie réglementaire pour la passation des marchés publics des entreprises publiques.

Article 26 : Contrats de partenariat public-privé réservés aux entreprises communautaires

Les projets de contrat de partenariat public-privé sont réservés aux entreprises communautaires.

Les conditions et les modalités de mise en œuvre du présent article sont fixées par décret en conseil des ministres.

Article 27 : Accès des petites et moyennes entreprises nationales et communautaires à l'exécution des contrats de partenariat public-privé

Dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation, l'autorité contractante demande aux candidats et aux soumissionnaires d'indiquer, dans leur offre, la part d'exécution du contrat qu'ils s'engagent à réserver, à travers des contrats de sous-traitance, à des petites et moyennes entreprises nationales et communautaires au sens de la définition de la charte sur les très petites, petites et moyennes entreprises, ainsi que les modalités du transfert

de technologie et de compétence proposées.

Parmi les critères d'évaluation des offres, l'autorité contractante prend en compte :

- la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises nationales et communautaires ;
- le nombre de création d'emplois ainsi que;
- les modalités du transfert de technologie et de compétence proposées.

Le partenariat public-privé indique, conformément à l'offre du titulaire, la part de l'exécution du contrat qu'il s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises nationales et communautaires.

Article 28 : Conditions de participation aux contrats de partenariat public-privé

Sous réserve de l'application des dispositions de l'article 26 de la présente loi, tout candidat qui possède, dans des conditions fixées par les documents de consultation, les capacités techniques et financières nécessaires à l'exécution d'un contrat de partenariat public-privé peut participer aux procédures de passation des contrats de partenariat public-privé.

Les autorités contractantes ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent :

- de la capacité juridique à déposer une candidature et/ou une offre ;
- des capacités professionnelles, techniques, économiques et financières nécessaires et suffisantes à permettre l'exécution du contrat de partenariat public-privé.

Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet et à la nature du contrat de partenariat public-privé ainsi qu'à ses conditions d'exécution. Dans le cadre de la promotion du développement durable, la politique de responsabilité sociétale des entreprises candidates peut être appréciée au stade de l'examen des candidatures.

Dans la définition des capacités techniques et financières requises, les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire, notamment celles qui pourraient avoir pour effet de faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique en qualité de sous-traitant.

Les justifications des capacités et les conditions de présentation des candidatures sont précisées dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation.

Avant l'attribution du contrat, les autorités contractantes vérifient, à nouveau, que les candidats présentent les capacités techniques et financières ainsi que l'expérience requises.

L'inexactitude délibérée des mentions obérant les capacités techniques, financières et les pièces administratives demandées dans le dossier d'appel d'offres ou leur fausseté est sanctionnée par le rejet de l'offre sans préjudice des autres sanctions prévues par les lois et règlements en vigueur.

Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique de leurs liens. L'autorité contractante exige que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables jusqu'à l'attribution du contrat. Dans ce cas, l'autorité contractante mentionne cette exigence dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation.

Lorsque le candidat se présente en groupement, les capacités de chacun des membres du groupement sont appréciées globalement afin de déterminer si leur combinaison garantit qu'ils disposent des capacités suffisantes pour l'exécution du contrat de partenariat public-privé. Des conditions spécifiques de participation peuvent être exigées du mandataire du groupement.

Article 29 : Interdiction de soumissionner

Ne peuvent soumissionner à l'octroi d'un contrat de partenariat public-privé les personnes morales dont le siège social est situé au Togo ou à l'étranger :

- qui ne se sont pas acquittées des droits, taxes, impôts, cotisations, contributions, redevances ou prélèvements de quelque nature que ce soit, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation ou souscrit les déclarations afférentes ;
- qui sont en état de liquidation de biens, en redressement judiciaire, sous une procédure de concordat préventif, de mandat ad hoc ou de conciliation ;
- qui ont été reconnues coupables de corruption et infractions assimilées et/ou dont les dirigeants ont été reconnus coupables de corruption et infractions assimilées ;
- qui ont été reconnues coupables d'infraction à la loi et à la réglementation en vigueur relative à la commande publique ou qui sont exclues des procédures de passation par une décision de justice en matière pénale, fiscale ou sociale ou par une décision d'une autorité de régulation ou qui figure sur la liste d'inéligibilité d'un partenaire technique et financier et/ou dont les dirigeants ont été reconnus coupables de ces mêmes infractions.

L'alinéa précédent est applicable à tout opérateur économique candidat, qu'il se présente seul ou en groupement, ou dont les sociétés du même groupe se sont rendues coupables des infractions précitées.

Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'autorité contractante exige son remplacement. Le remplacement est effectué dans un délai de dix (10) jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure de passation.

Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptées en tant que sous-traitant.

Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la candidature, l'autorité contractante exige son remplacement. Le remplacement est effectué

dans un délai de dix (10) jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou, en cas de groupement, par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion.

Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de l'exécution, l'autorité contractante refuse son agrément et enjoint au titulaire de trouver un autre sous-traitant dans un délai maximum de trente (30) jours. A défaut, le titulaire prend toutes les dispositions pour la bonne exécution du contrat de partenariat public-privé sous peine de résiliation à ses torts exclusifs.

Chapitre 2 : Transparence des procédures et modalités de communication d'information

Article 30 : Transparence des procédures

Les modalités de mise à disposition des dossiers d'appel à la concurrence, de réception, d'ouverture publique et d'évaluation des offres sont déterminées par voie réglementaire dans le respect des principes de la présente loi et sous réserve des régimes de préférence définis par la réglementation en vigueur.

Les procédures d'ouverture et d'évaluation des offres font l'objet de documents soumis à publication dans les formes définies par voie réglementaire.

La procédure d'évaluation des offres est effectuée de manière strictement confidentielle et dans le délai compatible avec le délai de validité des offres. Elle a pour objet de s'assurer que la sélection du candidat qualifié est faite sur la base de l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse et des critères définis dans le dossier d'appel à la concurrence.

L'autorité contractante communique par écrit à tout soumissionnaire, l'acceptation ou le rejet de son offre, en lui indiquant les motifs, le montant du contrat de partenariat public-privé attribué, le nom de l'attributaire et observe le délai défini à l'article 58 de la présente loi, pour d'éventuels recours, avant de procéder à la signature du contrat de partenariat public-privé.

Dans ce délai, le soumissionnaire qui le souhaite, exerce sous peine de forclusion, les recours dans les conditions prévues par la présente loi.

Lorsque l'autorité contractante décide de ne pas attribuer le contrat ou de relancer la procédure, elle communique les motifs de sa décision aux candidats et soumissionnaires dans les plus brefs délais.

Article 31 : Communications et échanges d'information

Les communications et échanges d'information relatifs aux procédures de passation des contrats de partenariat public-privé sont effectués par courrier, remises en mains propres ou par voie électronique, certifiés par accusé de réception indiquant de façon certaine la date et l'heure de la réception.

La transmission par voie électronique est privilégiée dès lors que l'autorité contractante dispose des moyens technologiques nécessaires. Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques ainsi que leurs caractéristiques techniques sont non discriminatoires, couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de

communication généralement utilisées.

L'avis de publicité préalable et les documents de la consultation indiquent le mode de transmission des candidatures et des offres. L'autorité contractante ne peut exiger un mode de transmission exclusivement par la voie électronique.

Chapitre 3 : Obligations de publicité et de confidentialité

Article 32 : Avis de pré-information

Les autorités contractantes font connaître leur intention de passer un contrat de partenariat public-privé au moyen d'un avis de pré-information établi conformément au document standard élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique.

Au moyen de cet avis, elles font connaître les caractéristiques essentielles des contrats partenariats public-privé qu'elles entendent passer dans l'année et qui sont inscrits dans le portefeuille de projets de contrat de partenariat public-privé.

Article 33 : Publicité préalable

L'appel d'offres ouvert fait l'objet de mesures de publicité préalable nationale, sous régionale ou internationale.

Les mentions obligatoires des avis de publicité préalable, dont l'avis d'appel public à la concurrence et l'avis de préqualification sont précisées dans un document élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique.

L'avis d'appel public à la concurrence fixe les délais de réception des offres, en tenant compte, en particulier, de la complexité du projet, des modalités de réception admises par l'autorité contractante, et du temps nécessaire pour préparer les soumissions, sans préjudice des délais minima fixés par décret en conseil des ministres.

Article 34 : Avis d'attribution

L'autorité contractante publie un avis d'attribution après la notification du contrat de partenariat public-privé à l'attributaire.

Cet avis, qui désigne l'attributaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat conformément au document standard élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique, est publié sur les mêmes supports que ceux utilisés par l'autorité contractante pour la publication de l'avis préalable.

Article 35 : Obligation de confidentialité

L'autorité contractante ne peut communiquer les informations confidentielles dont elle a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires, telle que la communication en cours de procédure du montant total ou du prix détaillé des offres.

Toutefois, l'autorité contractante peut demander aux soumissionnaires de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

L'autorité contractante peut imposer aux soumissionnaires des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle communique dans le cadre de la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé.

Chapitre 4 : Achèvement de la procédure

Article 36 : Négociation du contrat

L'autorité contractante engage avec le soumissionnaire dont l'offre a été jugée économiquement la plus avantageuse une phase de négociation du contrat en vue d'en arrêter les termes définitifs selon les modalités définies dans les documents de la consultation. Cette négociation ne peut avoir pour effet de modifier les caractéristiques techniques et financières essentielles de l'offre précisées dans les documents de la consultation et dont la variation serait susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

En cas d'échec de la négociation avec l'attributaire, l'autorité contractante se réserve le droit de solliciter les autres soumissionnaires dans l'ordre de classement des offres.

Article 37 : Finalisation du financement

La finalisation du financement intervient si possible au moment de l'attribution du contrat de partenariat public-privé et à défaut dans un délai raisonnable à compter de cette attribution.

La finalisation du financement du projet est réalisée selon les modalités prévues dans les documents de la consultation complétée le cas échéant par le contrat de partenariat public-privé.

L'autorité contractante s'efforce d'obtenir avant de délibérer sur l'attribution du contrat de partenariat public-privé, la confirmation des engagements financiers pris par l'attributaire du contrat sous forme d'engagements fermes portant sur la totalité du financement.

L'autorité contractante peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable en proportion raisonnable. Ces ajustements ne sauraient avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l'autorité contractante de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au candidat pressenti de bouleverser l'économie de son offre.

Article 38 : Constitution d'une société de projet

L'autorité contractante exige dans les documents de la consultation, la constitution, par le candidat attributaire ou les membres du groupement attributaire du contrat de partenariat public-privé, d'une société de projet de droit togolais.

L'autorité contractante peut exiger la possibilité d'une prise de participation de l'Etat et

d'entreprises togolaises, publiques ou privées, au capital de cette société de projet.

La société de projet est constituée à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution du contrat de partenariat public-privé.

Article 39 : Avis préalables et signature du contrat de partenariat public-privé

Au terme de la négociation, l'autorité contractante soumet le projet de contrat à l'avis de non-objection de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Lorsqu'un contrat de partenariat public-privé est mis en œuvre dans un secteur régulé, l'autorité contractante prend connaissance de l'avis de l'autorité de régulation sectorielle concernée et en tient compte suivant la nature juridique de cet avis.

Après avis de non-objection de la direction nationale du contrôle de la commande publique et actualisation de l'avis de l'organe d'expertise, le contrat de partenariat public-privé est signé successivement par l'attributaire constitué en société de projet et par l'autorité contractante après autorisation préalable de l'autorité compétente.

Pour l'Etat, le contrat de partenariat public-privé est signé conjointement par le ministre chargé des finances et le ou les ministre (s) chargé (s) du (des) secteur(s) concerné (s) par le projet, après autorisation accordée par décret en conseil des ministres.

Pour une collectivité territoriale, le contrat de partenariat public-privé est signé par le premier responsable de la collectivité locale, après autorisation accordée par l'organe délibérant et approbation du ministre de tutelle. Pour le district l'organe délibérant est le conseil du district. Pour la région l'organe délibérant est le conseil régional. Pour la commune l'organe délibérant est le conseil municipal.

Pour les autres autorités contractantes, le contrat de partenariat public-privé est signé par le représentant légal, après autorisation de l'organe délibérant, conformément aux règles statutaires qui leur sont applicables.

Une fois signé et immatriculé auprès de la direction nationale du contrôle de la commande publique, le contrat de partenariat public-privé est notifié au titulaire avant tout commencement d'exécution.

Le contrat signé est transmis par l'autorité contractante à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé, à l'autorité de régulation de la commande publique et, le cas échéant, aux autorités de régulation sectorielle concernées.

Les contrats de partenariat public-privé font l'objet d'enregistrement au service des impôts conformément à la législation fiscale en vigueur.

Article 40 : Conservation des archivages

Les autorités contractantes, la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé conservent les actes et les documents relatifs aux procédures de passation ainsi que les contrats signés.

Les modalités de conservation et d'archivages sont fixées par voie réglementaire.

TITRE VII : EXECUTION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Chapitre 1 : Modalités d'organisation des entreprises

Article 41 : Groupement d'entreprises

Les opérateurs économiques peuvent se présenter en groupement pour participer à la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé. Chaque membre d'un groupement ne peut participer à une procédure de passation, directement ou indirectement, qu'au titre d'un seul groupement. La violation de cette règle entraîne la disqualification des groupements dans lesquels il est membre.

La composition du groupement peut être modifiée au cours de la procédure de passation en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition ou, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne lui sont pas imputables.

En procédure d'appel d'offres en deux étapes la composition du groupement peut évoluer pendant la phase de dialogue, en fonction des solutions techniques et/ou financières proposées. Cette modification ne peut concerner le mandataire du groupement.

La modification de la composition du groupement est préalablement autorisée par l'autorité contractante, qui vérifie que :

- le nouveau membre dispose d'une capacité professionnelle, technique, économique et financière équivalente à celle qui a conduit à retenir la candidature initiale ;
- cette modification résulte d'un fait imprévisible de la part des membres du groupement.

L'autorité contractante ne peut refuser son autorisation que pour justes motifs.

Article 42 : Sous-contrats

Le titulaire peut, dans le cadre de l'exécution du contrat de partenariat public-privé, confier par un contrat de sous-traitance la réalisation de certaines de ses prestations à des tiers placés sous sa responsabilité.

Le titulaire peut aussi confier à des tiers l'exécution d'une activité de service public auquel cas le contrat de sous-délégation emporte application des principes généraux applicables au service public.

Le titulaire d'un contrat de sous-délégation est soumis aux mêmes obligations de performance et/ou de disponibilité de service que le titulaire du contrat de partenariat public-privé.

La sous-traitance ou la sous-délégation de l'objet principal du contrat de partenariat public-privé est interdite de même que la sous-traitance ou la sous-délégation de la totalité des obligations du contrat de partenariat public-privé sauf lorsque le sous-traitant ou le sous-délégataire est actionnaire de la société de projet.

Les contrats de sous-traitance et de sous-délégation sont prioritairement réservés à des

entreprises nationales ou communautaires.

Dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation, l'autorité contractante demande au candidat ou au soumissionnaire d'indiquer dans son offre, la part éventuelle du contrat de partenariat public-privé qui est confiée à des tiers ainsi que les projets de contrats de sous-contrats afférents.

Lorsque le titulaire souhaite confier à un tiers la réalisation de prestations ou une activité de service public, il demande l'agrément préalable de l'autorité contractante avant toute signature, en communiquant à l'autorité contractante :

- le nom du tiers ;
- les coordonnées de son représentant légal ;
- les statuts de la personne morale appelée à exercer la sous-traitance ou la sous-délégation envisagée ;
- la nature, l'objet et la part des prestations ou des activités qui lui sont réservées ;
- les attestations des organismes fiscaux et sociaux établissant que le tiers exerce en parfaite conformité avec les réglementations fiscale et sociale ;
- une copie du projet de contrat de sous-traitance ou de sous-délégation.

L'autorité contractante peut refuser l'agrément du sous-traitant pour justes motifs.

Le titulaire constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, une caution auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues.

Chapitre 2 : Dispositif contractuel

Article 43 : Clauses essentielles du contrat

Le contrat de partenariat public-privé comporte des clauses essentielles, dans le respect des dispositions de la présente loi, relatives :

- à l'objet et au périmètre des missions confiées ;
- à la durée du contrat et aux modalités de son éventuelle prorogation ;
- aux droits et obligations des parties ;
- aux conditions de fourniture des services et, le cas échéant, à l'étendue de l'exclusivité des droits conférés et aux modalités de la contrepartie afférente devant revenir à l'autorité contractante ;

- au régime juridique des biens et aux modalités d'occupation domaniale, notamment sur les droits réels conférés, le cas échéant, au titulaire, conformément à la réglementation en vigueur en matière domaniale et foncière ;
- à la confidentialité des informations échangées ;
- aux objectifs de performance assignés au titulaire, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont, le cas échéant, entretenus et mis à disposition de l'autorité contractante et leur niveau de fréquentation, si applicable ;
- aux conditions de modification du contrat par voie d'avenant dans le strict respect des dispositions de la présente loi ;
- aux conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut bénéficier d'une part des gains consécutifs au refinancement du projet ;
- au partage des risques entre les parties et les obligations en résultant ;
- aux sûretés constituées conformément à l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés et, le cas échéant, aux modalités de l'exercice du droit de substitution des prêteurs en cas de défaillance du titulaire ;
- aux caractéristiques des polices d'assurances que le titulaire, ses sous-contractants sont tenus de souscrire auprès d'assureurs de premier rang ayant leur siège social en République togolaise ;
- aux garanties de bonne exécution, de performance et de transfert constituées par le titulaire ;
- à la rémunération du titulaire d'un contrat de partenariat public-privé à paiement public et ses modalités de détermination, ainsi que :
 - aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour le calcul de la rémunération, les coûts d'investissement qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement, et, le cas échéant les recettes accessoires,
 - aux motifs et modalités de variation de la rémunération pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes devant être éventuellement décaissées par l'autorité contractante au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions qui font l'objet d'une compensation ;
- aux modalités de calcul de la redevance versée par le titulaire des contrats de partenariats public-privé à paiement par les usagers, au titre de l'occupation du domaine public ;
- au versement éventuel d'une contribution au profit de l'autorité contractante par le titulaire, à la signature du contrat de partenariat public-privé ou de façon échelonnée, d'une redevance capitalisée pour mise à disposition d'équipements, d'immeubles ou de

tout bien appartenant à l'autorité contractante ;

- au versement d'un pourcentage sur le bénéfice réalisé par le titulaire au profit de l'autorité contractante ;
- aux conditions, le cas échéant, dans lesquelles l'autorité contractante constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ;
- aux modalités de contrôle par l'autorité contractante de l'exécution du contrat ;
- à la définition et au respect des objectifs de responsabilité sociétale et de contenu local, la performance en matière de développement durable, de formation professionnelle, ainsi que des conditions dans lesquelles le titulaire fait appel aux petites et moyennes entreprises nationales ou communautaires pour l'exécution du contrat ;
- à la force majeure, à l'imprévision, au fait du prince, aux sujétions techniques imprévues et leurs conséquences juridiques, opérationnelles, économiques et financières ;
- aux modalités de mise en œuvre des dispositions de la présente loi relatives au rapport annuel du titulaire et aux droits de contrôle de l'exécution du contrat par voie d'audit de la part de l'autorité contractante ;
- aux sanctions et pénalités pour manquement du titulaire à ses obligations contractuelles ;
- aux conditions et conséquences de la fin, anticipée ou non du contrat, sur la propriété des biens et le transfert des compétences et des technologies ;
- aux conditions de continuité du service en cas de résiliation à l'initiative de l'Autorité contractante pour défaillance du titulaire ;
- aux modalités de contrôle par l'autorité contractante d'une éventuelle cession ou transmission du contrat et de l'évolution de l'actionnariat de la société de projet ;
- aux modalités de gestion des actifs du projet, des coûts et des flux financiers qu'il génère, de leur répartition entre les parties au contrat et de leur affectation à la mise en œuvre du projet ;
- aux conditions de modification unilatérale du contrat par l'autorité contractante pour tenir compte de l'évolution des besoins ou du service public dans le respect du maintien de l'équilibre financier contractuel ;
- aux conditions de résiliation du contrat par l'autorité contractante et le cas échéant aux conditions d'indemnisation corrélatives ;
- aux obligations du titulaire ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages, des équipements ou des biens immatériels, d'une part, au service public et de garantir le respect des exigences du service public ou, d'autre part, à la mission d'intérêt général confiée au titulaire ;

- à la constitution par le titulaire d'une caution auprès d'un organisme financier afin de garantir au sous-traitant qui en fait la demande, le paiement des sommes dues ;
- aux conditions de délivrance éventuelle de garantie des engagements de l'autorité contractante dans le respect des lois et règlements en vigueur ;
- aux conditions dans lesquelles, avec l'accord de l'autorité contractante, dans un contrat de partenariat public-privé à paiement public, le contrat peut servir de garantie de financement ;
- au contrôle qu'exerce l'autorité contractante sur la transmission du contrat de partenariat public-privé et sur les conditions de respect de la stabilité de la détention du capital de la société de projet titulaire du contrat ;
- à la constitution d'un comité paritaire de suivi de l'exécution du contrat ;
- à l'application du droit togolais au contrat de partenariat public-privé ;
- aux modalités de prévention et de règlement des différends et aux conditions dans lesquelles il peut être fait recours à l'arbitrage ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends.

Article 44 : Modifications du contrat - avenant

Un contrat de partenariat public-privé peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, lorsque :

- les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- des investissements supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du contrat avec l'accord de l'autorité contractante ;
- les modifications ne sont pas substantielles.

De telles modifications ne peuvent changer la nature et l'objet du contrat de partenariat public-privé et remettre en cause l'équilibre du contrat initial.

Lorsque l'autorité contractante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, le titulaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux stipulations du contrat.

Toute modification du contrat fait l'objet d'un avenant conclu dans les mêmes formes que le contrat initial et suivant les autorisations préalables requises.

Article 45 : Résiliation du contrat de partenariat public-privé

Le contrat de partenariat public-privé peut-être résilié dans les cas suivants :

- par décision de l'autorité contractante pour motif d'intérêt général moyennant indemnisation du titulaire ;
- par décision de l'autorité contractante pour irrégularité grave affectant le contrat de partenariat public-privé ;
- pour faute grave du titulaire ou de l'autorité contractante ;
- pour cas de force majeure rendant impossible la poursuite de l'exécution du contrat ;
- en cas de procédure collective de paiement empêchant la poursuite du contrat ;
- d'un commun accord par les parties.

Lorsqu'une clause du contrat de partenariat public-privé fixe les modalités d'indemnisation du titulaire ou de l'autorité contractante en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat. L'application d'une telle clause ne peut en aucun cas aboutir à une indemnisation supérieure au préjudice réellement subi.

Article 46 : Transmission du contrat

Le contrat ne peut être transmis quel qu'en soit le mode, en totalité ou en partie, sans l'agrément exprès et écrit de l'autorité contractante, dans les conditions fixées par le contrat et dans les mêmes formes que le contrat initial et suivant les autorisations préalables requises. L'agrément de l'autorité contractante ne peut être refusé que pour justes motifs tels que liés aux capacités légales, techniques, ou financières du repreneur.

Article 47 : Droit applicable

Tout contrat de partenariat public-privé est soumis au droit en vigueur en République togolaise.

Chapitre 3 : Régime des biens

Article 48 : Droits réels pour le titulaire d'un contrat de partenariat public-privé

Le titulaire a pendant la durée du contrat, sauf stipulation contraire, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Le contrat de partenariat public-privé fixe les conditions dans lesquelles les ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition initiale du titulaire. Il garantit notamment le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont l'autorité contractante est chargée du respect des exigences du service public.

Article 49 : Régime des biens

Dans les contrats de partenariat public-privé, les biens sont distingués en biens de retour, biens de reprise et biens propres. Le contrat définit les catégories de biens qui sont utilisés par le partenaire privé pendant toute la durée du contrat.

Les biens de retour sont les biens meubles ou immeubles indispensables au fonctionnement du service public ou à l'exécution des missions portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt national.

Sont considérés comme des biens de retour des biens meubles ou immeubles tels que les terrains, ouvrages et équipements mis à la disposition gratuitement par l'autorité contractante au titulaire pendant toute la durée du contrat ainsi que ceux qui résultent d'investissements réalisés ou acquis par le titulaire, qui sont affectés et nécessaires au service public objet du contrat ou à l'exécution des missions portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt national.

Les biens de retour appartiennent à l'autorité contractante même s'ils ont été construits ou acquis par le titulaire. Ils reviennent en bon état, gratuitement et sans frais à l'autorité contractante à l'expiration du contrat.

La liste des biens de retour sont annexés au contrat. Ils sont grevés d'une clause de retour obligatoire dans le contrat.

Les biens de reprise sont les biens utiles sans être indispensables au service public ou à l'exercice de missions portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt national. Ils reviennent à l'autorité contractante sur sa demande à l'expiration du contrat moyennant le paiement d'un prix à convenir avec le titulaire du contrat. Ils sont grevés d'une clause de retour facultatif dans le contrat.

Les biens propres sont les biens appartenant au titulaire pendant la durée du contrat, et qui lui reviennent à l'expiration du contrat.

Les biens propres ne sont grevés d'aucune clause de retour facultative ou obligatoire.

Article 50 : Régime foncier et domanial

Les opérations foncières réalisées dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé sont soumises au régime foncier et domanial en vigueur en République togolaise.

Chapitre 4 : Contrôle et suivi de l'exécution du contrat

Article 51 : Contrôle par l'autorité contractante et rapport d'exécution du titulaire

Sans préjudice des pouvoirs exercés par les organes de contrôle et autres autorités de l'Etat, l'autorité contractante dispose, de manière permanente, de tous pouvoirs de contrôle par voie d'audit, exercés par ses services ou ses experts, pour s'assurer sur pièce et sur place de la bonne exécution du contrat, de l'atteinte des objectifs de performance et le cas échéant, des conditions dans lesquelles le titulaire a confié une partie de l'exécution du contrat à des sous-traitants.

Le contrôle de l'exécution du contrat intervient à la discrétion de l'autorité contractante et donne lieu à l'établissement d'un rapport écrit par l'autorité contractante et communiqué au titulaire. Les transmissions de documents et les visites sur place font l'objet d'un procès-verbal.

Le titulaire remet au moins une fois par an un rapport comportant les informations nécessaires et sincères pour permettre à l'autorité contractante d'assurer l'effectivité du contrôle.

Le rapport du titulaire comporte les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat, l'actualisation du modèle financier, l'analyse de la qualité du service ainsi que les actions entreprises dans le cadre du contenu local et de la responsabilité sociale d'entreprise.

Ce rapport peut contenir toutes autres informations relatives à l'exécution du contrat exigées par l'autorité contractante.

L'autorité contractante transmet le rapport du titulaire au ministre chargé des finances, à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé, à la direction nationale du contrôle de la commande publique et à l'autorité de régulation de la commande publique.

Article 52 : Audit des contrats de partenariat public-privé

Les contrats de partenariat public-privé font l'objet d'un audit réalisé par l'autorité de régulation de la commande publique sur les conditions et modalités de leur préparation et passation.

Sur la base des rapports de l'autorité contractante et du titulaire, l'autorité de régulation de la commande publique peut se saisir aux fins d'investigations complémentaires pouvant aboutir à l'accomplissement d'un audit portant sur toutes difficultés relevées dans l'exécution des contrats de partenariats public-privé.

Pour la réalisation des audits, l'autorité de régulation de la commande publique sollicite l'appui technique de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé ou de tout autre service dont la compétence est nécessaire à la réalisation de sa mission.

Dans les secteurs régulés, l'audit des contrats de partenariat est réalisé par l'autorité de régulation sectorielle en rapport avec l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé ou tout autre service dont la compétence est nécessaire à la réalisation de sa mission.

Chapitre 5 : Dispositions financières

Article 53 : Garanties contractuelles du titulaire du contrat de partenariat public-privé

Afin de garantir ses obligations contractuelles, le titulaire d'un contrat de partenariat public-privé est tenu de fournir des garanties financières prenant la forme de garantie bancaire à première demande émis par des institutions bancaires ou financières de premier rang. La nature et la teneur de ces garanties sont déterminées par décret en conseil des ministres.

Article 54 : Substitution du titulaire en cas de défaillance

Le contrat de partenariat public-privé peut inclure une clause permettant aux prêteurs du titulaire, avec l'agrément de l'autorité contractante, de désigner, en cas de défaillance du

titulaire qui pourrait conduire à la résiliation du contrat, un Titulaire de substitution, en lieu et place du titulaire initial. Le titulaire de substitution peut être le ou les prêteurs. L'autorité contractante ne peut refuser son agrément que pour justes motifs tels que liés aux capacités légales, techniques, ou financières du repreneur.

Ce droit de substitution peut être repris dans le cadre d'un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs.

Dans ce cas, le nouveau titulaire bénéficie de l'ensemble des droits et assume l'ensemble des obligations envers l'autorité contractante, prévus par le contrat de partenariat public-privé, en lieu et place du titulaire initial pour toute la durée du contrat.

Article 55 : Régime fiscal et douanier

Les contrats de partenariat public-privé sont soumis au régime fiscal et douanier en vigueur en République togolaise.

TITRE VIII : CONTENTIEUX RELATIF A LA PASSATION ET A L'EXECUTION DES CONTRATS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE

Chapitre 1^{er} : Contentieux de la passation

Section 1^{ère} : Recours devant l'Autorité contractante

Article 56 : Recours gracieux devant l'autorité contractante

Tout candidat ou soumissionnaire qui s'estime injustement écarté des procédures de passation des contrats de partenariat public-privé introduit un recours à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation qui lui causent préjudice ou lui font grief, devant l'autorité contractante.

Ce recours gracieux prend la forme de requête adressée par lettre recommandée avec accusé de réception ou par voie électronique, devant contenir les nom et adresse du demandeur, l'objet de la demande, l'exposé sommaire des motifs du recours, l'énonciation et la communication des pièces que le requérant entend verser aux débats. La requête est affranchie d'un timbre fiscal.

Une ampliation de ce recours est faite à l'autorité de régulation de la commande publique par le requérant.

Ce recours a pour effet de suspendre la procédure jusqu'à la prise de décision définitive de l'autorité contractante ou, le cas échéant, de celle de l'autorité de régulation de la commande publique, conformément aux dispositions de l'article 59 de la présente loi.

Article 57 : Objet du recours

Le recours contre les procédures de passation des contrats de partenariat public-privé porte exclusivement sur :

- la décision de préqualification ou d'établissement de la liste restreinte ;

- les règles relatives à la participation des candidats, à leurs capacités et aux garanties exigées ;
- les critères d'évaluation ;
- la décision d'attribution du contrat de partenariat public-privé.

La décision d'annulation d'une procédure de passation par une autorité contractante est insusceptible de recours et ne peut donner lieu à indemnités ou à débours.

Dans tous les cas, le requérant invoque, à l'appui de son recours, une violation caractérisée de la réglementation des contrats de partenariat public privé et établir la preuve d'un grief ou d'un préjudice.

Article 58 : Délais du recours gracieux

Le recours d'un candidat contre la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé est exercé au plus tôt à compter de la date de publication de l'avis d'appel à concurrence et au plus tard dix (10) jours calendaires précédant la date limite prévue pour le dépôt des offres ou des propositions.

Le recours d'un soumissionnaire contre les résultats de l'évaluation des offres ou propositions est exercé dans un délai de sept (7) jours calendaires à compter de la date de notification desdits résultats.

L'autorité contractante dispose d'un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de saisine du requérant pour rendre sa décision de poursuivre ou d'annuler la procédure de passation.

Section 2 : Recours devant l'autorité de régulation de la commande publique

Article 59 : Saisine de l'autorité de régulation de la commande publique

La décision rendue au titre de l'article 58 de la présente loi peut faire l'objet d'un recours devant l'autorité de régulation de la commande publique dans un délai de trois (3) jours ouvrables à compter de la date de sa notification au requérant. En l'absence de décision rendue par l'autorité contractante dans le délai spécifié au dernier alinéa de l'article 58 précité, le requérant peut également saisir l'autorité de régulation de la commande publique.

Ce recours peut être exercé dans les mêmes formes et suivant les mêmes motifs que ceux prévus à l'article 57 de la présente loi. Il est subordonné au paiement des frais d'enregistrement dont le montant est fixé par décision du conseil de régulation de l'autorité de régulation de la commande publique. Le non-paiement de ces frais entraîne l'irrecevabilité du recours.

La procédure devant l'autorité de régulation de la commande publique respecte les principes du contradictoire, d'équité, et de transparence suivant les modalités définies par décret en conseil des ministres.

Dès réception du recours, l'autorité de régulation de la commande publique statue sur sa recevabilité et, dans l'affirmative, peut ordonner, dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de sa saisine, la suspension de la procédure de passation du contrat de partenariat public-privé.

A la demande de l'autorité de régulation de la commande publique, les parties au litige sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction en fournissant les documents et les pièces indispensables à l'examen du recours et à la manifestation de la vérité dans les délais fixés par décret en conseil des ministres, à l'issue desquels l'autorité de régulation de la commande publique peut tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

L'autorité de régulation de la commande publique rend sa décision sur le fond dans un délai de sept (7) jours calendaires à compter de la date de clôture de l'instruction qui ne peut excéder un (1) mois à compter de sa saisine. L'autorité de régulation de la commande publique notifie aux parties un calendrier de procédure à compter de la décision sur la recevabilité du recours.

A l'issue de l'instruction du dossier, l'autorité de régulation de la commande publique rend sa décision sur le fond. Cette décision est immédiatement exécutoire. Elle est notifiée au requérant et publiée sur le portail de la commande publique.

Article 60 : Objet de la décision sur le fond de l'autorité de régulation de la commande publique

La décision de l'autorité de régulation de la commande publique a pour objet de déclarer le recours fondé ou non fondé.

Lorsqu'un recours est déclaré fondé, l'autorité de régulation de la commande publique ordonne la correction de la violation alléguée soit par annulation de la décision d'attribution et la reprise de l'évaluation, soit par annulation de la procédure de passation et sa reprise.

L'autorité contractante se conforme à la décision de l'autorité de régulation de la commande publique en prenant, sans délai, les mesures édictées, de nature à remédier aux irrégularités constatées.

Lorsqu'elle déclare un recours non fondé, l'autorité de régulation de la commande publique ordonne la mainlevée de la suspension et la poursuite de la procédure.

Article 61 : Recours contre les décisions de l'autorité de régulation de la commande publique

Les décisions de l'autorité de régulation de la commande publique peuvent faire l'objet de la part de l'autorité contractante ou du candidat ou du soumissionnaire, d'un recours dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de leur notification ou publication. Le recours ne suspend pas l'exécution de la décision sauf en cas de sursis à exécution prononcé par le juge saisi du recours.

Les décisions rendues par le comité de règlement des différends de l'autorité de régulation de la commande publique, statuant en formation litiges, peuvent donner lieu à un recours devant la juridiction compétente.

Les décisions nominatives prises par l'autorité de régulation de la commande publique statuant en formation disciplinaire peuvent faire l'objet d'un recours en cassation auprès de la chambre administrative de la cour suprême.

Quelle que soit la nature de la décision attaquée, le recours est jugé dans un délai d'un (1) mois à partir de la date de dépôt de la demande.

En cas d'irrégularité ayant affecté la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé, la partie qui s'estime lésée peut introduire un recours indemnitaire en réparation du préjudice réellement subi devant la juridiction administrative compétente à l'exclusion de tout autre recours si elle établit que l'irrégularité est la cause directe ayant conduit à son éviction.

Article 62 : Différends entre entités administratives

L'autorité de régulation de la commande publique est également compétente pour statuer sur les différends qui opposent une ou plusieurs entités administratives de passation ou de contrôle des partenariats public-privé. Elle est saisie dans un délai de cinq (5) jours ouvrables soit à compter de la date de la décision faisant grief, soit, dans ce même délai, en l'absence de réponse de l'entité administrative saisie d'une réclamation.

A l'issue de l'instruction du dossier, l'autorité de régulation de la commande publique rend sa décision sur le fond.

Article 63 : Saisine d'office de l'autorité de régulation de la commande publique

Sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'autorité de régulation de la commande publique peut se saisir d'office et statuer conformément aux dispositions de l'article 60 de la présente loi.

Chapitre 2 : Contentieux de l'exécution des contrats de partenariats public-privé

Article 64 : Recours amiable et médiation

Les parties au contrat de partenariats public-privé recherchent, préalablement à toute saisine de l'autorité de régulation de la commande publique, un règlement amiable à leurs différends liés à l'exécution du contrat.

Si les parties n'aboutissent pas à un règlement amiable quinze (15) jours calendaires suivant la demande de règlement amiable, l'autorité de régulation de la commande publique peut être saisie à la diligence de l'une des parties.

L'autorité de régulation de la commande publique dispose d'un délai de quinze (15) jours ouvrables renouvelable une fois à compter de la date de sa saisine pour tenter de concilier les parties. Le comité désigne un médiateur parmi ses membres.

En cas de succès de la médiation, il est dressé procès-verbal constatant l'existence d'un accord sur la base d'une déclaration conjointe des parties attestant de la conclusion d'un accord transactionnel qu'elles communiquent au comité du règlement des différends. Ce procès-verbal signé par le médiateur et les parties a force exécutoire.

En cas d'échec de la médiation, le litige est résolu par voie d'arbitrage ou par voie judiciaire conformément aux stipulations contractuelles. Un procès-verbal de constat d'échec non motivé est dressé et signé par le médiateur et les parties au contrat.

Le recours à l'autorité de régulation de la commande publique ou à tout autre organe de médiation ou juridictionnel n'est pas suspensif de l'exécution du contrat.

Les documents et informations échangés dans le cadre de la procédure de règlement amiable sont strictement confidentiels et ne peuvent être communiqués et produits devant une juridiction arbitrale ou judiciaire ni faire l'objet d'une quelconque divulgation, sauf accord écrit entre les parties au contrat de partenariat public-privé.

Les procès-verbaux visés au présent article ne peuvent être divulgués que par l'accord écrit des parties.

Article 65 : Recours contentieux

Sans préjudice des dispositions légales conférant compétence aux régulateurs sectoriels de connaître du contentieux de l'exécution, tout différend qui n'a pas été réglé à l'amiable dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date d'introduction du recours auprès de l'autorité de régulation de la commande publique, sauf prorogation décidée par les parties, est porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables devant les instances arbitrales ou les juridictions étatiques compétentes.

Article 66 : Juridiction compétente

La juridiction compétente en matière de règlement des différends liés à l'exécution des contrats de partenariat public-privé est celle désignée dans le corps des contrats.

Le recours à l'arbitrage est possible sauf pour les contrats de gérance et de régie intéressée qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal compétent statuant en matière administrative.

Article 67 : Saisine d'office de l'autorité de régulation de la commande publique

Sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé, l'autorité de régulation sectorielle, des candidats, des soumissionnaires ou des tiers, l'autorité de régulation de la commande publique peut se saisir d'office et statuer sur les irrégularités dénoncées constitutives des pratiques visées et sanctionnées au chapitre 2 du Titre IX de la présente loi, mais non constitutif d'un litige contractuel.

La décision rendue en application du présent article peut faire l'objet d'un recours en cassation suivant le régime prévu à l'article 61, alinéa 3 de la présente loi.

Le recours contre la décision n'a pas pour effet de suspendre l'exécution du contrat.

TITRE IX : REGLES D'ETHIQUE, SANCTIONS DES VIOLATIONS COMMISES DANS LES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVE ET GOUVERNANCE

Chapitre 1 : Ethique, déontologie, alerte et signalement

Article 68 : Respect des règles d'éthique et de déontologie

Les acteurs publics et privés intervenant dans les procédures de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement et de régulation des contrats de partenariat public-privé, à quelque titre que ce soit, s'engagent à respecter les dispositions du code d'éthique et de déontologie défini par décret en conseil des ministres.

Les candidats, soumissionnaires ou titulaires et les agents publics intervenant dans la passation, le contrôle, l'exécution, le règlement ou la régulation des contrats de partenariat public-privé s'engagent à régulariser des formulaires de déclaration d'intérêt.

Les candidats et soumissionnaires à la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé prendront par écrit dans leur offre, l'engagement de n'accorder aucun paiement, avantage ou privilège à toute personne agissant comme intermédiaire ou agent en vue de l'obtention du contrat de partenariat public-privé. En cas de violation de cet engagement, le soumissionnaire peut faire l'objet d'une interdiction de soumissionner et de poursuites pénales.

Article 69 : Alerte et signalement

Toute personne physique ou morale peut signaler ou révéler, de manière désintéressée et de bonne foi, des informations qu'elle a des motifs raisonnables de croire véridiques au moment où elle procède à leur divulgation et qui portent sur des faits susceptibles de constituer une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, tels qu'une violation du droit national ou communautaire des contrats de partenariat public-privé, un abus d'autorité, un gaspillage, une discrimination, une fraude ou une atteinte à l'environnement, la santé publique ou la sécurité publique.

Sont exclus du régime de l'alerte et de signalement, les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couvert par le secret de défense ou de sécurité nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client.

Le dossier d'alerte constitué d'éléments factuels de preuves (courriers, rapports, documents comptables) et de témoignages est transmis à l'organe de régulation de la commande publique qui met en place un dispositif de protection des auteurs d'alerte et de traitement efficace des signalements dans le respect de la confidentialité.

Les agents publics et les salariés du secteur privé auteurs d'alerte, ne peuvent faire l'objet de sanctions liées au signalement ou à l'alerte qu'ils ont effectués.

Les dispositions, procédures et mesures de protection ainsi que la confidentialité des auteurs d'alertes et dénonciateurs de fraude et de corruption dans les contrats de partenariat public-privé sont déterminées par voie réglementaire.

Chapitre 2 : Sanctions des violations commises en matière de contrats de partenariat public-privé

Section 1 : Sanctions des violations commises par les candidats, soumissionnaires ou titulaires

Sous - Section 1 : Typologie des violations commises

Article 70 : Pratiques anticoncurrentielles

Est coupable de pratiques anticoncurrentielles, tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services qui a :

- procédé à des pratiques de collusion entre soumissionnaires afin d'établir les prix des offres à des niveaux artificiels et non concurrentiels et de priver l'autorité contractante des avantages d'une concurrence libre et ouverte ;
- tenté d'influer sur l'évaluation des offres ou sur les décisions d'attribution, y compris la proposition de tout paiement ou avantage indu ;
- fourni des informations ou des déclarations fausses ou mensongères, ou a fait usage d'informations confidentielles dans le cadre de la procédure d'appel à la concurrence ;
- fourni des preuves ou attestations de qualifications techniques ou financières délibérément inexactes ;
- participé à la conception ou à l'usage de documents frauduleux utilisés dans la passation des contrats de partenariat public-privé ;
- eu recours à la surfacturation et/ou à la fausse facturation dûment établie ;
- sous-traité des prestations en contravention aux dispositions de la présente loi ou aux stipulations contractuelles ;
- participé pendant l'exécution du contrat de partenariat public-privé à des actes et pratiques frauduleuses préjudiciables aux intérêts de l'autorité contractante, contraires à la réglementation applicable en matière de contrat de partenariat public-privé susceptibles d'affecter la qualité des prestations ou leur prix ainsi que les garanties dont bénéficie l'autorité contractante.

Article 71 : Pratiques délictuelles

Constituent des pratiques délictuelles, les faits constitutifs de corruption, de trafic d'influence, d'abus de fonction, de prise illégale d'intérêt, d'enrichissement illicite et d'infractions dans la passation des contrats de partenariat public-privé tels que définis dans le code pénal.

Les dossiers d'appel à concurrence contiennent une information sur les pratiques délictuelles et anticoncurrentielles ainsi que l'obligation pour le soumissionnaire de se conformer aux dispositions nationales et aux engagements internationaux souscrits par le Togo en matière de respect des droits humains, de droit du travail, de droit de l'environnement, de droit de

l'urbanisme et de la construction, de règles d'hygiène et de sécurité ou encore en matière d'égalité de genres.

Sous - Section 2 : Sanctions des violations

Article 72 : Sanctions des pratiques anti-concurrentielles

Sans préjudice des sanctions pénales prévues par les lois et règlements en vigueur, les sanctions suivantes peuvent être prononcées et, selon le cas, de façon cumulative, à l'encontre des candidats, soumissionnaires et titulaires qui ont été reconnus coupables de pratiques anti-concurrentielles :

- a) le rejet de l'offre du soumissionnaire dans le cadre de l'appel à la concurrence en cours ou l'annulation de la décision d'attribution, le cas échéant ;
- b) la confiscation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre des procédures d'appel à la concurrence incriminées, dans l'hypothèse où elle n'aurait pas été prévue par le cahier des charges ;
- c) l'exclusion de la concurrence pour une durée temporaire de trois (3) mois à cinq (5) ans en fonction de la gravité de la faute commise, y compris, en cas de collusion établie par l'autorité de régulation de la commande publique ;
- d) le retrait de leur agrément et/ou de leur certificat de qualification ;
- e) une sanction à caractère pécuniaire sous la forme d'une amende de dix millions (10 000 000) à deux cent millions (200 000 000) de francs CFA prononcés par l'autorité de régulation de la commande publique sans pour autant dépasser le montant prévisionnel du marché en cause ;
- f) la restitution de l'avantage indu.

Article 73 : Sanctions des pratiques délictuelles

Sans préjudice des sanctions pénales encourues, les pratiques délictuelles entraînent :

- le rejet de l'offre, l'annulation de l'attribution ou du contrat de partenariat public-privé et la confiscation de la garantie correspondante, au besoin par la saisie de la somme consignée, cette sanction étant considérée comme inscrite d'office à titre de clause pénale dans tout contrat de partenariat public-privé ;
- l'exclusion de la commande publique pour une durée de trois (3) à dix (10) ans et d'une amende de cinquante millions (50 000 000) à cinq cent millions (500 000 000) de francs CFA prononcés par l'autorité de régulation de la commande publique.

Les pratiques délictuelles entraînent de plein droit les sanctions prévues aux points c), e) et f) de l'article 72 de la présente loi.

Section 2 : Sanctions des violations commises par les agents publics

Article 74 : Violations, irrégularités et manquements

Les fonctionnaires, agents publics ou privés des autorités contractantes engagent leur responsabilité personnelle pour les violations, irrégularités et manquements suivants :

- détention d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance vis-à-vis d'une entreprise soumise au contrôle de leur administration ou en relation contractuelle avec celle-ci, qui ne se sont pas désistés au moment d'examiner les dossiers qui leur sont confiés ;
- conclusion de contrat de partenariat public-privé avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services exclus de la participation de la commande publique ;
- dissimulation d'informations de nature à priver une personne ou une entité en droit de la connaître ;
- intervention sans droit auprès des opérateurs économiques ;
- violations des dispositions du code d'éthique et de déontologie de la commande publique en vigueur ;
- prise de décision par négligence coupable ou manifestement irrégulière ;
- diffusion d'informations confidentielles.

Article 75 : Actes de corruption et pratiques frauduleuses

Les fonctionnaires, agents publics ou privés des autorités contractantes engagent leur responsabilité personnelle pour les faits constitutifs de pratiques délictuelles prévus à l'article 73 de la présente loi.

Article 76 : Sanctions des agents publics

Sans préjudice des sanctions disciplinaires et financières ou des poursuites pénales qui pourraient être exercées à leur encontre, les fonctionnaires, les agents publics ou privés des autorités contractantes ayant violé la réglementation applicable en matière de contrats de partenariat public-privé peuvent être sanctionnés par l'autorité de régulation de la commande publique et selon les procédures applicables par une exclusion temporaire ou définitive de toute fonction relative au système de la commande publique. Si les faits de violation ont procuré un avantage indu à son auteur, ce dernier le restitue.

L'exclusion du système de la commande publique est prononcée par décision de l'autorité de régulation de la commande publique pour une durée de trois (3) mois à cinq (5) ans avec une amende de deux cent mille (200 000) à trois millions (3 000 000) de francs CFA, pour les violations, irrégularités et manquements prévus par l'article 74 de la présente loi.

L'exclusion du système de la commande publique est prononcée par décision de l'autorité de régulation de la commande publique pour une durée de cinq (5) ans à l'exclusion définitive avec une amende de cinq cent mille (500 000) à cinq millions (5 000 000) de francs CFA et la restitution des avantages indus, en ce qui concerne les actes de corruption et pratiques frauduleuses prévus par l'article 71 de la présente loi.,

L'autorité de régulation de la commande publique saisit les autorités hiérarchiques, ainsi que les juridictions judiciaires et financières compétentes des actes susceptibles de constituer des fautes disciplinaires, des infractions financières ou pénales commis par les agents publics, à l'occasion de la passation et de l'exécution ainsi que du contrôle et de la régulation de la commande publique.

Article 77 : Sort des contrats obtenus au moyen de pratiques frauduleuses

Tout contrat conclu, ou renouvelé au moyen de pratiques frauduleuses ou d'actes de corruption avérés, ou à l'occasion de l'exécution duquel des pratiques frauduleuses et des actes de corruption ont été perpétrés, peut être entaché de nullité ou faire l'objet d'une résiliation.

Tout contrat conclu en violation des avis des organes de contrôle a priori de la commande publique ou ses structures déconcentrées et des décisions prises par l'autorité de régulation de la commande publique peut également être frappé de nullité ou faire l'objet d'une résiliation.

Article 78 : Publication des sanctions - programme de clémence

L'autorité de régulation de la commande publique établit périodiquement une liste des personnes physiques et morales exclues de toute participation à la commande publique.

Cette liste est régulièrement mise à jour, distribuée aux autorités contractantes et publiée sur le site internet de l'autorité de régulation de la commande publique, de la direction nationale du contrôle de la commande publique ou sur tout autre support d'information accessible.

L'autorité de régulation de la commande publique peut établir un programme de clémence qui consiste à accorder un traitement favorable et dans certaines conditions, aux entreprises qui l'aident à découvrir et à sanctionner des pratiques frauduleuses ou corruptives intervenues dans les contrats de partenariat public-privé. Les modalités de mise en œuvre de ce programme de clémence sont précisées dans un manuel de procédures élaboré par le conseil de régulation de l'autorité de régulation de la commande publique.

TITRE X : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 79 : Sort des contrats notifiés avant l'entrée en vigueur de la présente loi – Procédures de passation en cours

Les contrats de partenariat, les concessions, les affermage et régies intéressées notifiés antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions qui étaient applicables au moment de leur notification.

Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux procédures de passation en cours au jour de la promulgation de la présente loi.

Article 80 : Modalités d'application

Des actes réglementaires déterminent en tant que de besoin les modalités d'application de la présente loi.

Article 81: Abrogation des dispositions antérieures contraires

Sont abrogées :

- Le titre I « du régime des contrats de partenariat » et le titre II « du régime des concessions » de la loi n° 2014-014 du 22 octobre 2014 portant modernisation de l'action publique de l'Etat en faveur de l'économie.
- Toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi.

Article 82 : Exécution

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

Délibéré et adopté le 29 décembre 2021

La Présidente de l'Assemblée nationale



Yawa Djigbodi TSEGAN