

REPOBLIKAN'I MADAGASIKARA
Tanindrazana- Fahafahana- Fandrosoana

Ministère de l'Eau de l'Assainissement et de l'Hygiène



Rural Access to New Opportunities
in Water, Sanitation, and Hygiene

APPUI AU DEVELOPPEMENT DU PARTENARIAT PUBLIC PRIVE
MODELES DE CONTRAT DE FINANCEMENT ET DE CONTRAT DE DELEGATION DE GESTION



soumis par **Sandandrano**



MARS 2020

AVERTISSEMENT

Ce document a été rendu possible grâce au généreux soutien du peuple américain par l'intermédiaire de l'Agence américaine pour le développement international (USAID). Les contenus sont sous la responsabilité du PCT RANO WASH et du consortium de CARE, CRS, WaterAid, Sandandrano et BushProof, dirigé par CARE International, et ne reflètent pas nécessairement les opinions de l'USAID ou du gouvernement des États-Unis

PRESENTATION

Conformément aux Objectifs Stratégiques (OS) 1 et 2 du projet USAID RANO WASH (Rural Access to New Opportunities in Water, Sanitation and Hygiene ou Accès aux Nouvelles Opportunités en matière d'Eau d'Assainissement et d'Hygiène en milieu Rural) de **(OS1) Renforcer la gouvernance et le suivi de l'eau et de l'assainissement pour une prestation de services WASH durable et équitable** et **(OS2) d'Augmenter et d'améliorer l'engagement du secteur privé dans la fourniture de services WASH**, le présent dossier *Appui au développement du Partenariat Public Privé (PPP)* apporte des informations et des éléments de décision relatifs aux modèles de *contrat de financement et de contrat de délégation de service public d'eau* applicables aux communes de Madagascar.

Par ailleurs, l'arrêté ministériel **portant création, organisation et fonctionnement de la Plateforme Nationale pour la Promotion du Secteur Eau, Assainissement et Hygiène (PNP-EAH)** promeut l'alignement des appuis techniques et financiers mobilisés par les partenaires avec **les lois nationales** et **les orientations de la Stratégie Nationale et les procédures de gestion nationales**.

L'adoption de la loi 2015-039 sur le Partenariat Public Privé (PPP) a donné une impulsion dans l'environnement des affaires et dans la perspective du développement des infrastructures y compris les infrastructures d'eau. Selon cette loi, les PPP sont incontournables dans les différents secteurs stratégiques pour doper la croissance économique.

Parmi les points essentiels de l'AXE STRATÉGIQUE N°5 : DÉVELOPPEMENT DU SECTEUR de la *Stratégie Nationale de l'Eau de l'Assainissement et de l'Hygiène (EAH)* sont le **renforcement de la bonne gouvernance du secteur et le Développement /Élaboration/Réactualisation des outils référentiels du secteur**.

Cette *Stratégie Nationale de l'Eau de l'Assainissement et de l'Hygiène (EAH)* prône la **Promotion optimale du secteur privé dans les activités EAH** et que les actions à réaliser sont de:

1. **Développer les concepts de 3P (Partenariat Public Privé) et identifier ceux qui sont les plus adaptés au contexte de Madagascar.**
2. **Promouvoir une grande campagne de communication sur le 3P, auprès de toutes les parties prenantes.**

Durant toutes les phases des études, des travaux et d'exploitation, il est nécessaire d'initier les parties prenantes impliquées dans le projet sur la BASE de la « **Promotion du Partenariat Public Privé** » :

- Etablissement de *contrat de délégation légal* et incitatif aux **parties contractantes**,
- Paiement de l'eau par les *usagers*,
- Gestion privée par un *délégué (partenaire privé)* pour pérenniser les ouvrages,
- Implication et information sur le rôle à jouer du *représentant de la Commune (partenaire public)* dans la maîtrise d'ouvrage,
- Implication du service *déconcentré de l'état DIREAH (Direction Régionale chargée de l'Eau de l'Assainissement et de l'Hygiène)* sur son rôle d'*appui au développement du PPP et d'assistance des communes pour qu'elles satisfassent aux critères d'habilitation dans les meilleurs délais et dans les meilleures conditions (mission de l'Etat)*.
- **Engagement effectif du secteur privé** [financement des banques primaires dans la construction (*assistance aux investissements*), dans la gestion et l'exploitation (*création de fonds de développement et de garantie*); développement des petits opérateurs privés fournisseurs des pièces de raccord (*réduction du coût de branchements*), fournisseurs

d'électrochlorateurs (*réduction du coût de traitement*), fournisseurs des équipements de plomberie après compteur, engagement des fournisseurs de compteurs et de tuyauteries à travailler avec les délégataires.

L'objectif **de ce dossier est de capitaliser** des acquis **sur le PPP réussi à Madagascar** tenant compte de « *l'Evaluation des activités pilotes et identification des nouvelles approches pour le financement des Services d'eau potable et l'extension du Partenariat Public Privé (PPP) en milieu rural* » effectuée par le Gouvernement malagasy sur financement de la Banque Mondiale en 2006. Sachant que l'approche de RANO WASH consiste à **développer son potentiel pour transformer le secteur, mais en procédant étape par étape, en testant les hypothèses et en examinant les changements** possibles et la meilleure façon de les réaliser, ce qui permet à **l'apprentissage de faire avancer les choses.**

Le modèle *de contrat de délégation de service public d'eau* élaboré à partir du contrat type du manuel de procédures du MINEAH et adapté au contexte malgache est axé sur les performances. Un modèle de contrat définissant les rôles et responsabilités de gestion interdépendants des communes, des PSE ou Petits Opérateurs Privés ou Gestionnaires délégués et de la DirEAH ainsi que les bénéficiaires.

En effet, le développement de PPP ne peut être conduit sans maîtriser et/ou connaître de façon aussi précise que possible les principaux paramètres suivants :

- les environnements du secteur de l'eau dans les petits centres à Madagascar,
- le niveau de compétence des responsables communaux à être « maîtres d'ouvrage habilités »,
- l'identification / existence des « privés » s'intéressant au projet de développement mentionné et leurs capacités techniques et financières pour qu'ils puissent s'impliquer d'avantage et effectivement au système de gestion privée de service public,
- l'implication rationnelle du service déconcentré de l'Etat- la Direction Régionale chargé de l'Eau de l'Assainissement et l'Hygiène en tant qu'assistant du développement du PPP,
- le niveau de compétence des responsables de Projet sur le PPP.

Le succès de l'opération dépend, en effet, de l'imbrication de ces paramètres et l'adaptation du projet aux réalités du terrain.

Bien qu'il existe une loi relative à l'exécution du PPP, **la réussite du PPP repose essentiellement sur la qualité du contrat signé en amont.**

MODELES DE CONTRAT DE FINANCEMENT ET DE CONTRAT DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC DE DISTRIBUTION D'EAU POUR LES COMMUNES DU PROJET USAID RANO WASH

1 Contexte général

Actuellement, pour la relance et le développement de l'économie de MADAGASCAR, l'Etat malagasy mise sur la bonne gouvernance et favorise le Partenariat Privé Public (3P).

Globalement le projet USAID RANO WASH avec comme horizon 20ans tient compte des objectifs, des Communes, de la **Politique Générale de l'Etat (PGE) faisant du secteur privé un PILIER de développement de Madagascar**, des **Objectifs de Développement Durable (ODD Objectif 6: Garantir l'accès de tous à l'eau et à l'assainissement et assurer une gestion durable des ressources en eau- horizon 2030)** et de la *Stratégie Nationale de l'Eau de l'Assainissement et de l'Hygiène (EAH)* pour l'accroissement de la desserte en eau à Madagascar prônant la **Promotion optimale du secteur privé dans les activités EAH**.

Ainsi, l'objectif ambitieux du Gouvernement malgache et du projet USAID RANO WASH est d'honorer les **Objectifs de Développement Durable (ODD)** est de desservir en eau potable la totalité (100%) de la population malagasy d'ici 2030.

Conformément à la **loi 2015-039 sur le Partenariat Public Privé**, *l'Etat a confirmé sa volonté de développer les Partenariats Publics Privés ("PPP") dans une démarche qui allie la mise en place d'un cadre favorable au développement du secteur privé, la construction et la réhabilitation d'infrastructures clés, le renforcement de la capacité des collectivités locales, tout en veillant aux volets sociaux et environnementaux.*

Pour compléter ses ressources financières et face à ses besoins croissants en matière d'infrastructures et de prestations de services publics, l'Etat souhaite disposer d'outils de financement additionnels et favoriser la contribution du secteur privé au développement, notamment en matière d'infrastructures et de logistique. A cet effet, l'Etat veut s'appuyer sur les compétences et ressources du secteur privé afin de réaliser les programmes sectoriels d'investissement public de l'Etat et d'améliorer la qualité des services publics fournis.

Le PROPOSAL du projet USAID RANO WASH s'aligne à cette direction.

La loi 2004-009 portant Code des marchés publics ne s'applique cependant aux Délégations de Services Publics (« DSP ») que pour un nombre très limité de ses dispositions (articles 4 et 15 à 21) qui ne sont autrement réglementées que par des dispositions sectorielles relatives aux concessions.

Avec cette loi sur le PPP, il est **permis d'avoir recours à une panoplie complète de projets de partenariats publics privés.**

Pour **faciliter le financement privé des dispositions spécifiques**, telles que la cession de créances, **l'accord direct** ou la substitution et la création de fonds de développement, de garantie ou de viabilité sont prévues **afin de faciliter le financement des infrastructures par des institutions financières nationales et internationales.**

Les projets réalisés dans le cadre d'un PPP sont en outre éligibles à l'ensemble des dispositifs en place pour l'incitation et l'assistance aux investissements ainsi qu'aux avantages fiscaux qui pourraient être prévus par la loi.

Soulignant que dans le cadre du PPP, la PGE incite les responsables de *Rendre le climat des affaires favorables aux investissements* ; de *Développer un manuel de procédure et rendre opérationnel et effectif la loi par rapport aux futurs investisseurs* ; et de *Accompagner et faciliter le développement du secteur privé et des organisations intermédiaires*.

2 Définitions nécessaires au développement de PPP

Il est nécessaire de bien encadrer et bien informer les acteurs du secteur EAH pour éviter les retours en arrière, s'assurer du respect des normes et éviter les dérapages.

2.1 Définitions des mots clés de contrat de délégation de gestion par rapport à la loi sur le PPP

La loi 2015-039 sur le PPP concerne d'une part les financements de projet dans le cadre juridique des concessions traditionnelles avec délégation de service public y compris les formes plus récentes des contrats de type "Construction, Exploitation, Transfert" ("CET") et toutes ses formes dérivées et d'autre part les contrats de partenariat et autres formes de contrat répondant à la définition de PPP avec ou sans délégation du service public.

Les **modes contractuels concernés** sont *la concession et l'affermage*.

Les **concessions** considérées comme des PPP au sens de ladite loi sont les **concessions de travaux ou de services** qui sont des contrats par lesquels une **personne publique** confie à un titulaire l'exécution de travaux ou la prestation de services en lui offrant notamment en contrepartie le droit d'exploiter les ouvrages ou les services, à charge pour le titulaire de supporter tout ou partie du risque d'exploitation.

Les **contrats d'affermage**, par lesquels le titulaire supporte certaines obligations de gros entretien, de maintenance lourde ou de renouvellement et supporte un risque d'exploitation, entrent également dans le cadre de ladite loi bien que la personne publique prenne en charge l'essentiel des investissements

Ces contrats PPP obligent de ce fait à une plus grande préparation notamment par une évaluation comparative préalable et à une vigilance accrue en cours de contrat.

Un tel dispositif permettrait à Madagascar de s'engager dans de grands travaux d'infrastructures, nécessaires à son développement économique et social ne pouvant pas être actuellement réalisés de manière satisfaisante, pour l'ensemble des parties prenantes, au moyen d'un marché public ou d'une simple délégation de service public.

L'objectif est de créer un environnement incitatif en vue de mobiliser le secteur privé (mécanisme de financement, technique, **participation à la conception et mise en œuvre de la stratégie, régulation du marché**).

Pour l'appui au développement du PPP, la connaissance des **Définitions** suivantes sont nécessaires :

- "**Accord direct**" désigne les accords conclus directement par les personnes publiques, l'Etat ou ses démembrés et une institution financière participant au financement des projets de PPP ou

à l'octroi de garanties afférentes aux obligations de la Personne publique au titre des contrats PPP tels que visés à l'article 45 de la loi 2015-039.

- "**Affermage**", désigne un contrat essentiellement de type locatif pour lequel la Personne publique supporte les obligations d'investissement, de gros entretien et de maintenance lourde et pour lequel le fermier titulaire supporte le risque d'exploitation et prend en charge l'entretien courant et éventuellement le renouvellement des équipements ou installations.

"**Affilié**" désigne toutes entités, organisations ou individus qui contrôlent ou sont contrôlés effectivement l'un par l'autre ou sont contrôlés par une même tierce ou associés à d'autres entité, organisations ou individus sous un même contrôle ou avec un propriétaire commun.

"**Concessions**" désigne les concessions de travaux ou de service qui sont des contrats par lesquels une Personne publique confie à un titulaire l'exécution de travaux ou de la prestation de services en lui offrant notamment en contrepartie le droit d'exploiter les ouvrages ou les services, à charge pour le titulaire de supporter tout ou partie du risque d'exploitation,

"**Construction, Exploitation, Transfert**" ("**CET**") (ou "**BOT**" en langue anglaise) désigne un contrat par lequel l'autorité contractante confie à un opérateur la construction, le financement, l'exploitation et l'entretien d'infrastructures lequel opérateur reçoit en contrepartie sa rémunération sur les tarifs payés par les usagers, afin de recouvrer ses coûts ; l'usager peut être une Personne publique, unique bénéficiaire de la production ou du traitement; l'installation est transférée à la Personne publique à l'expiration du contrat.

- "**Délégation de service public**", désigne les contrats pour lesquels l'autorité contractante délègue à une personne physique ou morale la réalisation des prestations de service public, comportant ou non un investissement préalable, lorsque la rémunération du délégataire est principalement constituée par les redevances payées par les usagers de service,

- "**Droit d'exclusivité**" : La détention d'un droit d'exclusivité confère au candidat une situation de monopole de droit qui écarte automatiquement la concurrence, et par voie de conséquence le recours à l'appel d'offres ou toute autre forme de mise en concurrence.

"**Etude de faisabilité**" désigne l'étude préalable obligatoire pour tout contrat PPP visant à démontrer la faisabilité technique, économique, financière, environnementale, sociale, juridique et administrative du projet sous forme de PPP, telle que prévue à l'article 8 de la présente loi. L'étude de faisabilité comprend une étude d'impact économique, social et environnemental, et un plan de remédiation éventuelle.

"**Formes dérivées des contrats CET**", désigne d'autres formes de montage juridico financier répondant à la définition de PPP au sens de la présente loi. Ces formes dérivées des contrats CET, sont désignées par de multiples acronymes d'origine anglo-saxons -**DBFO, BOO, BTO, DOT, ROT, ROO** et autres, qui reflètent l'objet du contrat suivant qu'il s'agit de construction neuve, de réhabilitation, d'extension ou d'amélioration, ou qui signalent un régime différent de propriété, avec ou sans transfert de celle-ci à différents stades du projet, ou d'autres particularités,

"**Personne publique**" désigne soit l'Etat, soit une **collectivité territoriale**, soit un **établissement public** décidant de confier à une tierce la réalisation des missions prévues par le contrat PPP.

"**PPP**" ou "**Partenariat Public Privé**" désigne un contrat quelle que soit sa forme ou sa dénomination, par lequel une Personne publique, confie à un tiers, pour *une période déterminée, en*

fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenus, une mission ayant pour objet :

- tout ou partie du financement, d'infrastructures, ouvrages, équipements ou de biens immatériels, nécessaires au service public, ainsi que,
- tout ou partie de leur construction, réhabilitation, transformation, entretien, maintenance, exploitation, ou gestion, avec ou sans délégation de services publics.

"**Titulaire**" désigne la société commerciale de droit malgache cocontractante de la Personne publique en charge des missions prévues par le PPP.

Des **correspondants PPP** nommés au sein de chaque administration de l'Etat (**cellule PPP ministérielle**), des établissements publics ou des collectivités territoriales concernés par un ou plusieurs projets PPP sont les interlocuteurs privilégiés de l'**Unité PPP** et le point focal de l'Unité PPP dans ces divers démembrements de l'Etat.

L'Unité PPP qui est opérationnelle actuellement, a pour but d'optimiser les performances du secteur public, à travers un cadre institutionnel défini par le décret 2017-150. Elle est autonome et est placée sous tutelle technique du Ministère auprès de la Présidence en charge des Projets Présidentiels, de l'Aménagement du Territoire et de l'Équipement. L'Unité PPP assure aux PPP ministérielles, titulaires de programmes sectoriels, le support nécessaire pour la conduite de tels processus complexes.

Le cadre institutionnel des PPP est piloté par le **Comité National PPP** chargé d'assister le gouvernement dans la définition de sa politique et des stratégies PPP.

Les autorités de régulation sectorielles demeureront pleinement compétentes pour les activités de leur secteur.

3 Réflexion sur l'habilitation de la Commune

La loi organique 2014-018 régissant les compétences, les modalités d'organisation et de fonctionnement des Collectivités Territoriales Décentralisées, ainsi que celles de la gestion de leurs propres affaires a clairement défini une politique de décentralisation de l'administration publique malgache. Elle crée la commune comme unité fondamentale de gestion locale. Les services publics d'eau et d'assainissement, en particulier, sont du plein ressort des communes. Cette loi stipule dans son article 28 que les Communes sont chargées de planification du développement communal et la mise en œuvre des opérations liées à la *gestion de voirie, d'eau et assainissement, d'hygiène, de gestion des ordures ménagères*.

L'économie de ladite loi organique est de mettre en œuvre le cadrage légal du Partenariat Public-Privé.

Etant donné que l'un des Objectifs de RANO WASH avec la participation effective du ministère chargé de l'EAH est d'appuyer la Commune pour devenir « maître d'ouvrage habilité » selon les textes réglementaires, nous nous sommes permis d'apporter cette réflexion sur l'adéquation mécanisme institutionnel et réalités du terrain.

Rappelons que le Code de l'Eau (Loi n°98-029) précise bien le rôle des communes en la matière. Celles-ci sont responsables du service public vis-à-vis des usagers. En tant que tel, elles sont les maîtres d'ouvrages des équipements collectifs existants ou à créer sur leurs territoires respectifs.

L'article 46 dudit Code prévoit la possibilité de déléguer l'exploitation des systèmes à des gestionnaires, en gérance, affermage ou concession, au moyen d'un contrat. Il stipule même que l'exploitation en régie directe ne peut être effectuée qu'à titre exceptionnel.

Par ailleurs, le décret 2003-193 n'autorise le recours à la gestion directe des systèmes d'eau qu'après trois échecs successifs à trouver un candidat à la gestion déléguée, et l'interdit strictement dans le cas de communes classées selon le décret 95-381.

Toutefois, il y a une réticence ou une prudence face à la capacité limitée de nombreuses communes pour assumer le rôle de maître d'ouvrage. Selon l'article 41, aussi longtemps que les communes ne satisferont pas aux critères de capacité définis par décret pour l'exercice de **TOUT OU PARTIE des responsabilités** incombant aux maîtres d'ouvrage, **CELLES-CI seront exercées par le Ministre chargé de l'Eau Potable jusqu'à leur habilitation.**

Le Ministre en question est la personne morale mais non la personne physique.

Les dispositions du Code de l'Eau sont détaillées par le Décret n° 2003/193, portant sur le fonctionnement et l'organisation du service d'eau potable et d'assainissement.

Ce décret rappelle tout d'abord les missions de l'Etat, notamment :

- Assurer la planification et le développement du service public ;
- Assumer la responsabilité de maître d'ouvrage délégué tant que les communes ne satisfont pas aux critères d'habilitation ;
- **Assister les communes pour qu'elles satisfassent à ces critères dans les meilleures conditions et meilleurs délais.**

Les critères de capacité des communes sont spécifiés par l'article 26 dudit décret :

1. Respecter l'ensemble des obligations administratives, financières, budgétaires et comptables propres aux lois et règlements organisant les communes ;
2. Disposer des services appropriés pour exercer l'ensemble des responsabilités de maître d'ouvrage ;
3. Avoir un plan de développement du service public de l'eau comportant un plan d'investissement à réaliser sur cinq ans au moins et son mode de financement ;
4. Avoir établi avec l'Etat, représenté par la Société de Patrimoine, un inventaire des biens du Système d'Eau et des dettes contractées pour le financer ;
5. S'engager, par une convention signée avec la Société de Patrimoine, à solder ses dettes vis à vis de ladite Société de Patrimoine et démontrer sa capacité à assurer l'équilibre financier du Service Public de l'Eau, compte tenu de cet engagement.

Sur la base de la présentation de ces critères, l'Organisme Régulateur déclarera l'aptitude de la Commune. (L'Organisme Régulateur n'est pas encore établi à ce jour mais selon l'article 37 du décret d'application dudit code « *en attendant la mise en place effective de l'Organisme Régulateur, la régulation du service public de l'eau potable et de l'assainissement des eaux usées domestiques sera assurée par un service de réglementation rattaché à la Direction de l'Eau et de l'Assainissement* ». Par ailleurs, le *service de réglementation* en question non plus n'est pas encore structuré.)

Dans la pratique, le rôle d'appui des structures étatiques existantes relatives au secteur de l'eau auprès des communes est aujourd'hui extrêmement limité.

En outre, en se référant à ces quatre critères d'habilitation des communes cités ci-dessus, diverses analyses méritent une attention.

- Concernant le premier point, globalement toutes les communes *respectent l'ensemble des obligations administratives, financières, budgétaires et comptables propres aux lois et règlements organisant les communes.*
- Le deuxième point des critères d'habilitation des communes reste flou. Il est écrit que les Communes doivent disposer de services appropriés pour exercer l'ensemble des responsabilités de maître d'ouvrage, sans qu'il soit précisé ce que veut dire « approprié ». De toute façon, le *service de réglementation* substituant l'Organisme Régulateur qui est chargé d'en décider n'est pas opérationnel.
- Pour le troisième point, la mise en place du PPP amènera automatiquement à l'établissement d'un plan de développement du service public de l'eau et son mode de financement.
- Pour les quatrième et cinquième points, les communes de ce projet ne sont pas concernées par cet engagement vis-à-vis de la Société de patrimoine qui d'ailleurs n'est pas encore établie.

Dès lors, l'action de support et d'appui auprès des communes doit être empreinte de pragmatisme.

A titre comparatif et de rappel, conformément à l'article 14 du décret 193/2003, les responsabilités du Maître d'ouvrage du Service Public de l'Eau sont :

1. L'organisation du service public et, en particulier, du service universel d'approvisionnement en Eau potable.
2. La préservation du domaine public placé sous sa dépendance.
3. Le lancement des appels d'offres des Délégations de gestion de service public, la négociation et la conclusion de tous les contrats de Délégation de gestion ainsi que de leurs avenants, y compris ceux passés de gré à gré.
4. Le contrôle de la gestion du service public dans le cadre du contrat de Délégation de gestion.
5. L'établissement des plans d'investissement, la recherche et la mise en place des financements octroyés par l'Etat pour exécuter les investissements qui sont à la charge du Maître d'ouvrage, le lancement des procédures de dévolutions des marchés d'études et de travaux, l'engagement des marchés correspondants et l'ordonnancement des paiements de ces marchés.
6. L'approbation des plans d'investissements des Systèmes d'eau, dont le financement et la réalisation sont à la charge des Gestionnaires délégués.
7. La gestion du « fonds de branchement ».
8. La garantie de l'équilibre financier par application de l'article 54 du Code de l'Eau.

Selon l'article 16 dudit décret, le Maître d'ouvrage garantit la continuité du Service Public de l'Eau en cas de carence des titulaires de Délégations de gestion ou en l'absence de titulaires et prend toutes mesures urgentes appropriées.

Si le Ministère, en tant que maître d'ouvrage temporaire, a conclu auparavant un contrat de délégation de gestion en cours, la commune devra respecter ce contrat.

Les principes généraux de la délégation de gestion sont établis par l'article 48. Ce dernier mentionne en particulier que le gestionnaire devra remettre les systèmes d'eau à la fin de la délégation de gestion, dans les conditions prévues par le contrat.

Les contrats de délégation de gestion sont établis au terme d'une procédure d'appel d'offres. Ils peuvent toutefois être passés de gré à gré à l'issue d'un appel d'offres infructueux, ou lorsqu'un candidat déclare spontanément au maître d'ouvrage son engagement à créer, à ses frais, puis exploiter un système dans une commune qui en est dépourvue et où aucun système n'est projeté.

En d'autres termes, les concessions pleines dans des communes où il n'y avait pas de système auparavant peuvent être l'objet d'une négociation en gré à gré. Dans les autres cas, affermage ou Gérance notamment, la procédure d'appel d'offre est requise.

Les contrats entrent en vigueur après leur approbation par l'organisme régulateur. Leur durée est inférieure ou égale à 30 ans pour une concession, 15 ans pour un affermage, 10 ans pour une gérance. Ils sont éventuellement renouvelables.

L'article 46 du décret 2003-193 précise que *le MINEAH et l'organisme régulateur peuvent prendre, dans le cadre de la réglementation en vigueur, toute mesure visant à encourager la gestion des services publics de l'Eau et de l'Assainissement, dans une même aire géographique, par le même Gestionnaire délégué.*

4 Réflexion sur le modèle de contrat de délégation de gestion de service public d'eau

Le véritable objet de la maîtrise des outils de suivi pour les différents acteurs du secteur EAH est à la fois d'assurer un service public fiable à la population résidente et de pérenniser le mécanisme de PPP mis en place basé sur le principe de « gagnant gagnant ».

Le modèle de contrat doit être un élément de promotion du PPP. Il doit être un outil qui donne donc aux investisseurs du secteur l'assurance que les problèmes pouvant se produire lors de l'exploitation peuvent être traités de façon rationnelle et mènent à des solutions réalisables.

Pourvu que le contrat réponde aux intérêts et besoins de toutes les parties prenantes et soit conforme aux textes et normes en vigueur.

A titre de rappel la Délégation de gestion est un acte par lequel le Maître d'ouvrage charge un tiers, appelé Gestionnaire délégué, d'établir et/ou d'exploiter des systèmes d'Approvisionnement en Eau potable et d'assainissement, dans une aire géographique déterminée, en vue de satisfaire les besoins du Public pour une durée fixée et dans des conditions prévues par un contrat. Selon les obligations imposées au Gestionnaire délégué en matière d'investissements, ce contrat de Délégation de gestion du service public peut prendre la forme d'une Concession, d'un Affermage, d'une Gérance ou de **toute variante de ces trois contrats.**

Le contrat relatif à un **investissement, construction et exploitation** est un exemple de cette variante sus citée.

4.1 Maîtrise du contrat

4.1.1 Maîtrise globale du contrat

Conformément à l'article 123 de **Loi sur la Théorie Générale des Obligations** un *Contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi.*

Il constitue donc le principal outil de suivi étant établi d'accord parties entre la Commune et le gestionnaire pour le développement du système. Ainsi, il est nécessaire que les parties contractantes appuyées par la Direah suivent de près les obligations contractuelles respectives des parties.

Le Contrat établi dans le cadre de ce projet USAID RANO WASH est inspiré et basé sur le contrat type du Ministère chargé de l'eau dans le manuel de procédures. Ce contrat type s'adapte à la fois aux conditions d'une concession, d'un affermage ou d'une gérance. Ce modèle de contrat élaboré durant l'appui au développement du PPP pour la gestion et l'exploitation des petits centres de Madagascar sur financement de la Banque Mondiale en 2006 a été partagé par le WSP en Afrique et en Asie comme modèle de référence pragmatique. Soulignons qu'un PPP repose essentiellement sur la qualité du contrat signé en amont. **Un Contrat bien conçu, bien rédigé et bien négocié est équilibré et stable selon l'Unité de PPP.**

Selon le contrat de délégation de gestion et d'exploitation d'un système d'Alimentation en eau potable (Cf Modèle de contrat appliqué dans ce projet en annexe devenu référence pour les projets en cours du MEAH), la Commune, en tant que Maître d'Ouvrage, confie à l'exploitant la gestion et l'exploitation du service public de l'eau potable à ses frais, risques et périls.

Le Ministère chargé de l'Eau qui assure provisoirement la fonction de l'organisme régulateur approuve le contrat.

Le contrat est globalement renouvelable une fois ou plusieurs fois par accord mutuel, pour une durée à discuter d'accord parties.

Les ouvrages et équipements constitutifs du système deviennent propriétés du Maître d'ouvrage. En fin de contrat, l'exploitant pourrait être indemnisé en compensation des investissements non encore amortis, après arbitrage d'un spécialiste.

La Mairie peut demander l'extension du contrat à d'autres points, notamment l'assainissement urbain ou à la délégation d'autres systèmes d'eau ou des petits systèmes ruraux (puits ou forages équipés de pompe à motricité humaine) dans d'autres localités de la Commune s'il est vérifié que la capacité du Délégitaire lui permet de faire face à toutes les obligations résultant de cette extension.

Les obligations du Gestionnaire délégué sont définies en spécifiant notamment :

1. service continu sauf arrêts spéciaux sous réserve d'autorisation ou force majeur,
2. publication bisannuelle d'analyses bactériologiques,
3. bon entretien des équipements,
4. les extensions et renouvellement à financer sur le fonds de renouvellement et d'extension sont proposées par l'exploitant, et approuvées par la Mairie,
5. maintien à jour d'un plan du réseau, et affichage des tarifs et coûts de connexion,
6. présentation d'un rapport annuel d'activité technique et financier, y compris les propositions de programme d'investissement,
7. Gestion des PECs (Points d'Eau Collectifs). Le Gestionnaire délégué peut augmenter ou diminuer le nombre de PECs, après approbation du Maître d'Ouvrage.

Le Gestionnaire délégué n'est pas responsable des conséquences d'une destruction des ouvrages par des tiers ou par un cataclysme naturel.

La procédure de passation de marchés relatifs aux travaux, fournitures et services financés par le Gestionnaire délégué est libre.

NOTA : Dans ce modèle de contrat la gestion de la police administrative est confiée à une entité administrative conformément au texte réglementaire (Cf point 6 plus bas) mais non au gestionnaire privé comme mentionné dans certains contrats.

Les obligations du Maître d’Ouvrage sont, notamment :

1. la délivrance des autorisations nécessaires
2. la cogestion avec le délégataire du fonds de renouvellement et d’extension.

Le Ministère chargé de l’eau potable a pour obligation de conseiller et de régler à l’amiable tous les litiges qui pourraient naître entre le Maître d’ouvrage et le Gestionnaire délégué en rapport avec le contrat, considérant que les deux parties s’engagent à accepter son arbitrage.

Les tarifs, tant de Branchement Particulier qu’en Points d’Eau Collectifs, sont déterminés par le contrat. Ils sont révisables en fonction des conditions économiques, après demande motivée du délégataire et approbation de la Mairie.

La facturation est mensuelle.

Le Gestionnaire délégué doit recouvrer des **taxes et des redevances communales** prévues par le décret tarifaire 2003-791 du Code de l’Eau du service public de l’eau potable.

La *taxe* ou *redevance audit* mise dans certains contrats n’a pas été prévue dans les textes réglementaires donc illégale.

4.1.2 Suivi de certains points spécifiques

Le contrat présente quelques **points techniques** pouvant être sources de dérapages et de fausses interprétations ; ainsi, à titre d’exemples :

- Le contrat mentionne que *les ouvrages et les équipements constitutifs du système d’AEP sont propriétés du Maître d’ouvrage y compris ceux financés grâce au fonds de renouvellement et d’extension, de même que ceux financés en tout ou partie par le Gestionnaire délégué, avec accord du Maître d’ouvrage. Les **Biens de Retour** sont les biens indispensables au fonctionnement du service public, tels que les ouvrages et équipements de production et/ou de traitement, les canalisations, les branchements, les fichiers des abonnés, qui doivent obligatoirement revenir au Maître d’ouvrage à la fin dudit contrat.*

Sur ce point, il ne faut pas insister sur le **transfert** immédiat des actifs financés par le Gestionnaire délégué au maître d’ouvrage car cela pose des problèmes pour l’établissement du bilan de l’entreprise exploitante, ce qui entrave inutilement sa capacité d’accès au marché financier. La prise en compte de cette règle n’est pas nécessaire. Il faut revenir à la dernière phrase relative aux règles décrites dans le décret 2003/193. ***Les actifs immobilisés construits par l’opérateur doivent être transférés au maître d’ouvrage à la fin du contrat.***

Le PPP est le fruit d’une négociation entre la Personne Publique (Partenaire Public) , le Partenaire Privé et les développeurs de projet. Non seulement, le Partenaire Public doit faire

face au partenaire Privé, mais également aux institutions financières internationales et/ou nationales qui participent au financement du projet.

- *Le concept de fonds de renouvellement et extension* est introduit dans le contrat mais n'est pas assez détaillé. Dans la pratique pour certains exemples, il ne sera d'ailleurs pas applicable pour les cinq années à venir mais est envisageable à moyen terme. Or, si le système mis en place nécessitera encore des investissements complémentaires pour atteindre les objectifs fixés par l'Etat et les ODD, chaque partie s'efforcera de trouver d'autres ressources financières. Ainsi, la frontière technique entre maintenance et renouvellement sera spécifiée à cette occasion.
- Le contrat prévoit également une *majoration du prix de l'eau par l'application de la Redevance de rejet des Eaux Usées (REU)*. Effectivement, la loi 98-029 portant Code de l'Eau impose à tout pollueur de supporter les coûts de ses activités polluantes, tandis que la loi 95-035 autorise la perception des taxes d'assainissement urbain.

Cependant, il faut s'assurer de la mise en place des structures adéquates à l'assainissement urbain préalablement à l'application de cette taxe.

Aussi, y-aura-t-il affectation effective des recettes encaissées au titre des services eau et assainissement à ces seuls services.

- Le Ministère est présenté comme arbitre du contrat, ce qui est bien s'il se positionne en tant que régulateur avec son rôle d'appui mais ce qui amène dans la pratique un risque de conflit d'intérêt avec son rôle de tutelle en se portant maître d'ouvrage délégué de la Commune.

4.2 Suivi des indicateurs

La Mairie a un rôle très important à jouer pour l'optimisation du 3P. Elle doit veiller au développement du système.

Le Maître d'ouvrage doit toujours focaliser le contrat sur son véritable but : **gérer un service public sur la base du PPP**. Les principaux indicateurs de résultats à suivre systématiquement sont :

- Critères de qualité du service
- Disponibilité et continuité
- Qualité de l'eau
- Information au consommateur et gestion clientèle

Les critères de qualité du service mériteraient d'être mieux maîtrisés :

- Pression de service idéale : 0,5-1 bar minimum par exemple pour éviter les risques de contamination, (le non-respect de ce critère ne doit pas être une source de sanction pour le délégataire)
- Disponibilité : au moins 20 l/hab/jour (30l/j/hab en consommation unitaire brute selon l'article 10 du décret 2003-193, Tous Besoins Services et Pertes Confondus-TBSP),
- Continuité : 24 h/24,
- Qualité de l'eau : les normes du Code de l'Eau (décret 2004-635) sont applicables.

Dans la pratique, tenant compte du changement climatique, les ressources en eau se tarissent et peuvent entraîner des pénuries d'eau et des conflits d'usagers.

Durant cette période, le délégataire peut faire des sectorisations de desserte en eau. Et en cas de conflit d'usages, priorité est donnée à l'Alimentation en Eau Potable selon l'article 28 du Code de l'Eau.

4.3 Suivi périodique

En tant que maître d'ouvrage, la Commune ne peut pas empiéter dans la gestion du système. Mais, elle a un pouvoir de contrôle en tant que partenaire dans le cadre du 3P.

Par ailleurs, le gestionnaire du système doit présenter par semestre selon les accords établis d'accord parties un état récapitulatif compréhensible, facile à lire, sous forme de tableau (Cf Quelques Modèles de tableau de suivi en annexe 4), ou de courbe de la gestion comprenant :

- le nombre de branchements (Bloc Sanitaire ou Monobloc ou Multi-Points d'Eau Collectifs -MultiPECs, Branchement Social-BS, Branchement Particulier-BP),
- la consommation par type de branchement,
- les redevances à verser correspondant à la consommation (redevance communale, redevance pour les branchements sociaux, redevance sur les eaux usées et redevance pour l'extension et le renouvellement du système d'eau).

A partir de ces « outils de suivi et de contrôle », la Commune peut évaluer l'évolution de branchement (BF, BS et BP) et de l'exploitation et envisager ainsi l'extension du réseau.

La taxe de régulation et la taxe de ressource en eau prévues à recouvrer par le gestionnaire ne seront pas à verser à la Commune de même pour la TVA 20% pour les consommations mensuelles des branchements particuliers plus de 10m³/mois. Les Branchements sociaux ne sont pas assujettis à la TVA quelle que soit la consommation.

5 Réflexion sur le modèle de contrat de financement

Le Contrat de financement établi dans le cadre de ce projet est inspiré et basé sur les contrats types déjà utilisés avec le Ministère chargé de l'eau dans le cadre de projet avec participation de l'Investisseur constructeur gestionnaire aux financements des études, travaux et exploitation. Ce contrat de financement type en annexe s'adapte aux conditions d'une concession ; il est déjà utilisé et lancé par le Ministère chargé de l'Eau en tant que modèle dans d'autres projets.

Comme mentionné plus haut le PPP est le fruit d'une négociation entre la Personne Publique (Partenaire Public) et le Partenaire Privé et les banques. Non seulement, le Partenaire Public doit faire face au partenaire Privé, mais également aux bailleurs internationaux ou partenaires financiers qui participent au financement du projet.

6 Réflexion sur la repartition des responsabilités des collectivités et des services déconcentrés de l'Etat

Conformément au décret d'application 2003-945 du Code de l'Eau les responsabilités des intervenants sont précises comme suit :

- Le *chef de district* coordonne les responsabilités de l'Etat en matière de police et de gestion des ressources en eau (**Article 8 Décret 2003-945**).
- Le *Maire* dispose d'un pouvoir de police générale en matière de gestion et d'exploitation de la ressource en eau (**Article 11 Décret 2003-945**).

- *Les communautés locales villageoises, principalement les Fokonolona, sont chargées, à leur niveau, du contrôle et de la surveillance du bon usage de l'eau, des installations nécessaires à son exploitation et du respect des conditions d'insalubrité. Elles opèrent par voie de DINA, lesquels doivent recevoir l'homologation du tribunal compétent pour être applicables (Article 13 Décret 2003-945).*
- *Le sous préfet exerce un pouvoir de police en matière de salubrité et des ouvrages d'adduction d'eau. (Article 9 Décret 2003-945).*

7 Réflexion sur la Délégation de gestion d'une autre localité situant dans la même aire géographique que celle du périmètre de délégation initial

Selon le modèle de contrat de délégation, le Maître d'ouvrage peut demander au délégataire l'extension du Contrat à d'autres points, entre autres la gestion de l'assainissement urbain (toilettes publiques, eaux usées, etc.) et à d'autres localités de la commune s'il est vérifié que la capacité du Délégataire lui permet de faire face à toutes les obligations résultant de cette extension.

Au cas où surviendraient les circonstances nécessitant les modifications du présent Contrat, ces dernières seront négociées et acceptées d'accord parties et consignées dans **un addendum au Contrat (Cf modèle d'addendum en annexe)**.

Soulignant que la négociation et la conclusion de tous les contrats de Délégation de gestion ainsi que de leurs avenants, y compris ceux passés de gré à gré est une attribution du maître d'ouvrage.

L'établissement d'un simple addendum supprime les lourdeurs ou procédures administratives d'un projet classique.

Rappelant que comme cité plus haut, le Ministre chargé de l'Eau potable peut prendre, dans le cadre de la réglementation en vigueur, toute mesure visant à encourager la gestion des services publics de l'Eau et de l'Assainissement, dans une même aire géographique (circonscription régionale ou communale), par le même Gestionnaire délégué.

8 Réflexion sur l'alignement des approches par rapport aux orientations politiques

Le leitmotiv de la PGE est de **rattraper le retard de développement de Madagascar** sur le respect de l'Etat de droit en faisant du secteur privé un pilier de développement de Madagascar.

Par ailleurs, aligné à cette direction, l'Objectif Stratégique de RANO WASH (OS2) est **d'Augmenter et d'améliorer l'engagement du secteur privé dans la fourniture de services WASH**. Les activités proposées dans le cadre de l'OS2 s'appuieront sur **l'expérience antérieure du Consortium** dans la mise en œuvre d'approches pour l'engagement structuré des acteurs du secteur privé à fournir des services et des produits WASH fondés sur le marché.

Le projet représente une chance de développer RANO HP et de relever un défi à l'intérieur de la zone géographique d'intervention et en rapport à la gouvernance de WASH et aux objectifs de renforcement des systèmes.

L'approche de RANO WASH allie l'offre du secteur privé à la demande des usagers/clients en adoptant des approches fondées sur des données factuelles pour transposer à grande échelle.

Selon le proposal de RANO WASH, le modèle de contrat peut procéder à un appel d'offres de « lots » de systèmes pour **profiter des économies d'échelle**, associant des systèmes plus petits et

moins rentables avec des systèmes plus importants et d'autres modèles de mise en œuvre et des modèles hybrides. Il faut établir des critères et des normes pour chaque type de modèle.

Par ailleurs, le co-investissement est le principal critère dans l'analyse des offres. Il est précisé dans le proposal de RANO WASH qu'il est *permis au PSE de récupérer les investissements à partir de la construction mais non plus uniquement à partir de l'encaissement des recettes.*

NOTA : La Politique Nationale de l'Eau de l'Assainissement et de l'Hygiène en cours précise la création d'un environnement favorable au développement du secteur privé à tous les niveaux.

9 Réflexion sur l'ajustement, adaptation et la révision tarifaire

Selon le modèle de contrat de délégation, les prix convenus sont révisables en fonction des variations des conditions économiques. Les éléments pris en compte pour les demandes de révision tarifaire sont notamment les suivants :

- ▷ variation du taux des différentes taxes ;
- ▷ variation du coût de l'électricité ;
- ▷ variation du salaire minimum ;
- ▷ variation du taux d'inflation ;
- ▷ variation du taux de change.

Sur une demande motivée du Délégué, le Maître d'ouvrage pourra par délibération de son conseil et de l'association des usagers, et après instruction de la demande par ses services, décider d'une augmentation exceptionnelle des prix de vente et revente d'eau.

Pour juger de la validité de la demande le Maître d'ouvrage pourra demander une expertise du Ministère ou d'un expert extérieur de son choix.

Le nouveau tarif n'entrera en vigueur qu'au relevé de compteur suivant la prise de décision et après notification des usagers.

Comme stipulé à l'Article 8 du décret tarifaire 2003-971, *le tarif ajusté est soumis à l'approbation de l'Organisme Régulateur (le MEAH) au moins un mois avant sa mise en vigueur. L'absence d'observations formulées par l'Organisme Régulateur avant la date de mise en application du tarif ajuste vaut autorisation. Le tarif ajusté est porté à la connaissance des usagers.*

Pendant la période intermédiaire entre deux révisions quinquennales prévues à l'article 9 dudit décret, les niveaux du tarif peuvent être **ajustés** automatiquement chaque année par le gestionnaire du Système d'eau, par application d'une formule d'ajustement déterminée par l'Organisme Régulateur.

Article 9. Le tarif peut être adapté, après deux années d'application, pour tenir compte de la structure des consommations effectivement observées. La proposition d'adaptation des tarifs est soumise par le Gestionnaire à l'Organisme Régulateur. Elle est accompagnée des documents justificatifs nécessaires à son examen, notamment

- *la structure des consommations d'eau prévue pour déterminer le tarif initial,*
- *la structure des consommations effectivement observée pendant les deux premières années d'application de la grille tarifaire initiale, et l'adaptation tarifaire proposée.*

L'Organisme Régulateur détermine les paramètres à prendre en compte pour l'ajustement tarifaire et en définit la formule;

Il tient compte des caractéristiques du système d'eau que le Gestionnaire est tenu de lui communiquer, à savoir :

- la structure des investissements et des éventuelles subventions en précisant la répartition des dépenses en devises et en monnaie locale.
- les modes et les conditions de financement, en spécifiant les subventions
- le type de système d'eau: gravitaire , par pompage , ou mixte

Exceptionnellement, le Gestionnaire peut demander un ajustement tarifaire dans les cas suivants :

- l'indice global d'ajustement des tarifs a augmenté de plus de vingt pour cent (20%) par rapport au dernier ajustement.
- l'un des paramètres de la formule a augmenté de plus de cinquante pour cent (50%) par rapport au dernier ajustement.

MODELE DE CONTRAT DE DELEGATION

MODELE D'ADDENDUM AU CONTRAT DE FDELEGATION

MODELE DE CONTRAT DE FINANCEMENT