



AVIS N° 2024-140/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT-PI/SRR/SA DU 25 SEPTEMBRE 2024

1. PRECISANT :
 - a. QUE LE FONDS NATIONAL DE GARANTIES ET D'ASSISTANCE AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES (FONAGA) EST UN ORGANISME FINANCIER HABILITE A DELIVRER DES ACTES DE CAUTIONNEMENT CONFORMEMENT AUX EXIGENCES DE L'OHADA ET A LA REGLEMENTATION EN VIGUEUR EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS ;
 - b. QUE LE FONDS NATIONAL DE GARANTIES ET D'ASSISTANCE AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES (FONAGA) N'EST PAS HABILITE A DELIVRER DES ATTESTATIONS DE CAPACITE FINANCIERE, CONFORMEMENT A LA REGLEMENTATION EN VIGUEUR EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS ;
2. INVITANT LES ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE A EN TIRER LES CONSEQUENCES DE DROIT QUI S'IMPOSENT.

LE PRESIDENT DU CONSEIL DE REGULATION,

- Vu la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin ;
- Vu le décret n°2020-595 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le décret n°2020-596 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Personne responsable des marchés publics et de la Commission d'ouverture et d'évaluation ;
- Vu le décret n°2020-597 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement des Cellules de contrôle des marchés publics en République du Bénin ;
- Vu le décret n°2020-598 du 23 décembre 2020 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Direction nationale de contrôle des marchés publics ;
- Vu le décret n°2020-605 du 23 décembre 2020 fixant les règles et modalités de mise en œuvre des procédures de sollicitation de prix ;
- Vu le décret n°2021-230 du 12 mai 2021 portant nomination du Président de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le décret n°2021-228 du 12 mai 2021 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu le décret n°2022-144 du 23 février 2022 portant nomination du Secrétaire Permanent de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;

Ensemble les pièces du dossier,

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Considérant que par lettre n°252/SP/08/24 du 19 août 2024, enregistrée au Secrétariat administratif de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) à la même date sous le numéro 1614-24, le **Secrétaire permanent du Fonds National de Garanties et d'Assistance aux Petites et Moyennes Entreprises (FONAGA)** a saisi l'ARMP au sujet du rejet par les Personnes Responsables des Marchés Publics relevant des Communes et des démembrements de l'Etat non seulement des attestations de capacités financières mais aussi des garanties et cautionnements délivrées aux PME par le FONAGA ;

Que dans sa requête, il explique ce qui suit :

- « (...) le FONAGA (Ex FoBAPE) est une institution de l'Etat Béninois créée en 1990 pour faire la promotion des PME du secteur privé à travers des prestations financières visant à leur faciliter l'accès aux crédits bancaires et aux marchés publics. Son Conseil d'Administration est présidé par le Ministère de l'Economie et des Finances. Ainsi, les services offerts par le FONAGA sont :
 - *les garanties données aux institutions de financement dans le cadre de l'octroi des crédits à moyen et long terme pour les investissements ;*
 - *les garanties données aux institutions de financement dans le cadre de l'octroi des crédits à court terme pour l'exécution des marchés ;*
 - *les cautionnements des marchés (Cautions ou garanties de soumission, promesses de cautionnements, attestations de capacité financière, cautions ou garanties d'avance de démarrage, cautions ou garanties de bonne exécution, cautions de retenue de garantie) ;*
 - *les garanties financières accordées aux Agents Généraux et Courtiers en Assurances ».*
- « Le FONAGA, avec plus de trente-trois (33) ans d'existence, accompagne chaque année, en moyenne mille cinq cents (1500) entreprises dans le cadre des marchés publics à travers la mise en place de ces divers cautionnements et garanties pour un montant annuel d'environ quinze milliards (15 000 000 000) de Francs CFA dont trois milliards (3 000 000 000) de Francs CFA pour la mobilisation de financements auprès des banques. Il jouit d'une bonne crédibilité auprès de toutes les banques de la place, de Partenaires au Développement et des Maîtres d'ouvrages ».
- « L'Attestation de Capacité Financière étant une pièce destinée à rassurer le maître d'ouvrage de la capacité de l'entreprise à mobiliser les ressources nécessaires pour exécuter le marché au cas où elle en serait adjudicataire, le FONAGA a toujours délivré cette pièce dans la mesure où les institutions bancaires exigent des PME, une garantie à première demande (dont celle du FONAGA) avant la mise en place de tout crédit pour l'exécution des marchés ».
- « Cette situation de rejet des actes délivrés par le FONAGA semble se généraliser au point où des Directions Départementales de Contrôle des Marchés Publics (DDCMP) rejettent de ce fait, les rapports d'attribution des marchés des Communes et démembrements de l'Etat ; ce qui crée d'énormes difficultés aux PME et exclut bon nombre d'entre elles du processus de passation des marchés publics ».

- « Une situation pareille avait été créée en 2002 et c'est à travers une note circulaire signée par le Ministre en charge de l'Economie et des Finances dont la copie est ci-jointe, que la polémique avait été levée. Aussi en 20218, l'ARMP a dû prendre une note circulaire dont la copie est ci-jointe, pour régler également une situation pareille créée au cours de la même année ».
- Je sollicite donc votre appui en vue du règlement définitif de ce problème, afin de sauvegarder les acquis du FONAGA qui est une institution de l'Etat et pour qu'il puisse continuer par assumer pleinement sa mission d'assistance aux PME pour leur développement ».

Considérant que le Secrétaire permanent du FONAGA sollicite l'appui de l'ARMP aux fins d'accorder aux actes de cautionnement délivrés par le FONAGA, un caractère authentique et valide ;

Que ces actes soient acceptés par toutes les autorités contractantes dans le cadre de la procédure de passation et de l'exécution des marchés publics ;

Considérant les dispositions de l'article 58 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics en République du Bénin selon lesquelles : « *Tout candidat qui possède des capacités techniques et des capacités financières nécessaires à l'exécution d'un marché public ainsi que l'expérience de l'exécution de contrat analogue peut participer aux procédures de passation de marchés publics. Les capacités techniques ou financières requises doivent reposer sur des critères objectifs suffisamment définis dans le dossier d'appel à concurrence au sens des articles 59 et 60 de la présente loi* » ;

Que les dispositions de l'article 60 de la même loi, relativement à la capacité financière, précisent que : « *La justification de la capacité financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes :*

1. *la présentation des bilans ou d'extraits de bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le soumissionnaire est établi ;*
2. *une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché pour, au maximum, les trois (03) derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire ;*
3. *des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités ou le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels. Lesdites déclarations appropriées sont exigées à titre exceptionnel dans les cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures (...) » ;*

Que du point 3 de l'article 60 susvisé, il ressort que les banques et organismes financiers sont habilités à délivrer les déclarations appropriées en matière de capacité financière ;

Considérant que sur les formes de garanties de soumission admissibles, les dispositions de l'article 68 alinéa 4 de la même loi et les stipulations des clauses des dossiers types précisent que « la garantie de soumission peut prendre les formes ci-après :

1. *Un chèque ordinaire encaissable sur la durée de validité de l'offre ;*

2. Une garantie bancaire inconditionnelle émise par une banque ou une institution financière habilitée ;
3. Toute autre mentionnée, le cas échéant, dans le dossier d'appel à concurrence ».

Que mieux l'article 93 de la loi n°2020-26 du 29 septembre 2020 citée supra précise en ses dispositions que : « les garanties de bonne exécution et de remboursement d'avance de démarrage sont constituées sous la forme de garanties bancaires à première demande ou de cautionnement, en conformité avec les dispositions du traité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) » ;

Qu'au regard des précisions susmentionnées, il se dégage que le législateur, de façon récurrente et cohérente, a indiqué les structures habilitées à émettre les actes de cautionnements ainsi que les formes dans lesquelles lesdits actes doivent se présenter ;

Considérant en espèce, les dispositions de l'article 5 des Statuts de l'Association « FONAGA » du 23 mai 2001 renseignant sur l'objet de ladite association selon lequel : « L'association a pour objet la promotion et le développement de la petite et moyenne entreprise (PME) par la garantie qu'elle accordera pour des prêts consentis par les banques et établissements financiers aux dites PME en faveur d'opérations présentant un intérêt économique et social et une rentabilité financière suffisante. Elle assure également le cautionnement des petites et moyennes entreprises pour la réalisation des marchés de travaux et de services » ;

Que l'article 6 desdits statuts précise la composition du FONAGA, comme ci-après :

- Ministre des finances
- Ministre chargé du commerce
- Directeur national de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest ;
- Association professionnelle de banque ;
- Chambre de commerce et d'industrie du Bénin ;
- Conseil national du Patronat du Bénin ;
- Chambre d'agriculture du Bénin.

Qu'au surplus, le FONAGA est soumis aux exigences du droit OHADA notamment à l'obligation de produire un rapport financier en application de l'article 715 de l'acte Uniforme de l'OHADA relatif aux des sociétés commerciales et du GIE ;

Que par lettre n°597-c/SP/MFE/FONAGA du 28 août 2002 sur les activités du FONAGA, le Ministère des Finances et de l'Economie reconnaît que « **le fonctionnement du FONAGA est régi par le principe du partenariat entre le secteur privé, les institutions financières et l'administration publique (...)** Ces performances ainsi réalisées par le Fonds et la tutelle qu'en assure mon ministère autorisent que les cautions qu'il délivre soient prises en considération et acceptées par la Commission Nationale des Marchés Publics » ;

Que par la circulaire n°2018-001/PR/ARMP/SP/DRAJ/SA du 06 septembre 2018, l'ARMP a indiqué que : « **les garanties émises par le Fonds National de Garantie et d'Assistance aux Petites et Moyennes Entreprises (FONAGA), (...)** les organismes financiers habilités par le Ministre de l'Economie et

des Finances à émettre des garanties sont autant recevables que les garanties délivrées par les institutions bancaires » ;

Que toutefois, sans remettre en cause les termes de la circulaire n°2018-001/PR/ARMP/SP/DRAJ/SA du 06 septembre 2018, l'ARMP à travers son avis n°2024-063/ARMP/PR-CR/CRD/CD/SP/DRR-AT/SAT/SA du 30 avril 2024 a établi que bien qu'elles soient détentrices du statut d'organismes financiers agréés, les compagnies d'assurance ne sont pas habilitées, de par leur mission, à délivrer les attestations de capacité financière aux candidats dans le cadre des procédures de passation des marchés publics ;

Qu'en croisant l'ensemble des exigences de la loi sur les marchés publics, les faits, les clarifications de l'organe de régulation et les statuts du FONAGA, il y a lieu de déclarer que le FONAGA est un organisme financier habilité à délivrer des actes de cautionnements conformément aux exigences de l'OHADA et ces actes sont conformes à la réglementation en matière des marchés publics.

Toutefois, le FONAGA ainsi que les compagnies d'assurance n'est pas habilité à délivrer les attestations de capacités financières conformément aux exigences de la réglementation applicables en la matière en l'état actuel du droit positif béninois ;

Qu'il est rappelé d'une part, que les structures et organismes pouvant délivrer les attestations de capacité financière sont identifiés et agréés par le Ministère de l'Economie et des Finances et d'autre part, les candidats ou soumissionnaires disposent au niveau desdites structures, des comptes ouverts à cet effet.

EN CONSEQUENCE, EMET L'AVIS CI-APRES :

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics :

- 1. Dit que le FONAGA est un organisme financier habilité à délivrer des actes de cautionnements mais non habilité à délivrer les attestations de capacité financière conformément aux exigences de l'OHADA et à la réglementation en vigueur au Bénin,**
- 2. Invite les acteurs de la commande publique à en tirer les conséquences de droit qui s'imposent.**



The image shows a blue circular official stamp of the 'Présidence de la République' and 'Le Président' with 'ARMP' at the bottom. Overlaid on the stamp is a large, stylized blue signature. Below the signature, the name 'Séraphin AGBAHOUNGBATA' is printed in black capital letters.

Séraphin AGBAHOUNGBATA