NATIONS UNIES

A

Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE
A/CN.9/458/Add.3
24 février 1999

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-deuxième session
Vienne, 17 mai-4 juin 1999

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Projet de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé

Rapport du Secrétaire général

Additif

II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA LÉGISLATION	1- 2	3
NOTE SUR LES RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA LÉGISLATION	1-70	4
A. Généralités	1- 2	4
B. Risques de projet et répartition des risques	3-24	4
1. Aperçu des principales catégories de risque de projet	6-15	5
2. Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques	16-24	7

V.99-81254

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

		Paragraphes	*Page*
C.	Appui des pouvoirs publics	25-56	9
	1. Considérations pratiques concernant l'appui des pouvoirs publics	27-29	10
	2. Formes d'appui des pouvoirs publics	30-56	10
D.	Garanties offertes par des institutions financières internationales	57-67	17
	1. Garanties émises par des institutions financières internationales	58-62	18
	2. Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements	63-67	18
E.	Garanties fournies par des institutions bilatérales	68-70	20

RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA LÉGISLATION

1. Risques de projet et répartition des risques (voir par. 3 à 24)

1 L'étendue et la nature des risques assumés par la société de projet et par l'autorité contractante, respectivement, devraient être énoncées dans l'accord de projet et dans la documentation connexe. Le pays hôte pourra souhaiter supprimer les textes statutaires ou réglementaires inutiles limitant l'aptitude de l'autorité contractante à convenir d'une répartition des risques qui, du point de vue de l'autorité contractante, est adaptée aux besoins du projet.

2. Appui des pouvoirs publics (voir par. 25 à 56)

2. Le pays hôte pourra souhaiter envisager d'adopter des dispositions législatives indiquant les formes d'appui financier que les pouvoirs publics sont autorisés à fournir.

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS RELATIVES À LA LÉGISLATION

A. Généralités

1. Les projets d'infrastructure à financement privé offrent la possibilité de réduire les fonds publics et autres engagés pour la construction et l'exploitation d'infrastructures. Ils permettent également de transférer vers le secteur privé un certain nombre de risques qui seraient sinon supportés par les pouvoirs publics. La répartition précise des risques entre les différentes parties concernées est généralement déterminée après l'examen d'un certain nombre de facteurs, y compris l'intérêt public que revêt la construction de l'infrastructure en question et le niveau de risque assumés par la société de projet, d'autres investisseurs et prêteurs (ainsi que leur aptitude et leur volonté d'absorber ces risques à un coût acceptable). Une répartition adéquate des risques est indispensable pour réduire le coût des projets et garantir la réussite de leur mise en œuvre. Inversement, une répartition insatisfaisante des risques de projet peut compromettre la viabilité financière du projet ou entraver sa gestion efficace, augmentant ainsi le coût auquel le service est offert.

2. La section B du présent chapitre (voir par. 3 à 24) donne un aperçu des principaux risques encourus dans les projets d'infrastructure à financement privé et examine brièvement des solutions contractuelles courantes de répartition des risques en soulignant la nécessité d'accorder aux parties la souplesse nécessaire pour négocier une répartition équilibrée des risques de projet. La section C (voir par. 25 à 56) présente les considérations de politique générale dont les pouvoirs publics peuvent souhaiter tenir compte lorsqu'ils décident de l'importance de l'appui direct à fournir aux projets d'infrastructure (intérêt public d'un projet donné et nécessité d'éviter que les pouvoirs publics n'assument d'éventuelles responsabilités évolutives ou excessives) et passe en revue certaines autres mesures d'appui adoptées dans des programmes publics visant à promouvoir l'investissement privé dans la construction d'infrastructures, sans toutefois en privilégier aucune. Enfin, les sections D (voir par. 57 à 67) et E (voir par. 68 à 70) présentent les garanties et les mesures d'appui qui peuvent être mises en œuvre par des institutions financières internationales et bilatérales.

B. Risques de projet et répartition des risques

3. Telle qu'elle est utilisée dans le présent chapitre, la notion de "risques de projet" renvoie aux circonstances qui, de l'avis des parties, ont un impact négatif sur le bénéfice qu'elles escomptaient tirer du projet. Bien qu'il puisse exister des événements représentant un risque grave pour la plupart des parties (destruction physique de l'ouvrage par une catastrophe naturelle), l'exposition de chaque partie au risque variera en fonction du rôle que celle-ci joue dans le projet.

4. L'expression "répartition des risques" revient à déterminer quelle(s) partie ou parties doivent assumer les conséquences de la survenue d'événements identifiés comme risques de projet. Par exemple, si la société de projet est tenue de livrer à l'autorité contractante l'infrastructure dotée de certains équipements en état de fonctionnement, la société de projet assume le risque que l'équipement ne fonctionne pas conformément aux spécifications convenues. L'existence de ce risque de projet peut, à son tour, avoir une série de conséquences pour la société de projet, y compris la mise en jeu de sa responsabilité pour non-respect d'une obligation contractuelle en vertu de l'accord de projet ou du droit applicable (versement de dommages-intérêts à l'autorité contractante au titre du retard dans la mise en exploitation de l'ouvrage); perte (perte de recettes résultant de la mise en exploitation tardive de l'ouvrage); ou dépenses supplémentaires (frais de réparation d'équipements défectueux ou de fourniture d'équipements de substitution).

5. La partie assumant un risque donné peut prendre des mesures préventives en vue de limiter la probabilité de ce risque ainsi que des mesures spécifiques pour se protéger, intégralement ou partiellement, contre les conséquences de ce risque. Ces mesures sont souvent dites d'"atténuation des risques". Dans le précédent exemple, la société de projet examinera soigneusement la fiabilité des équipementiers et la technologie proposée. La société de projet

pourra exiger de ses équipementiers qu'ils apportent des garanties indépendantes concernant le fonctionnement de leurs équipements. Le fournisseur peut également être tenu de verser des pénalités ou des dommages-intérêts d'un montant préalablement fixé à la société de projet pour les conséquences du non-fonctionnement de ses équipements. Dans certains cas, une chaîne plus ou moins complexe d'arrangements contractuels peut être établie pour atténuer les conséquences d'un risque de projet. Par exemple, la société de projet peut combiner les garanties offertes par l'équipementier avec une assurance commerciale couvrant certaines conséquences de l'interruption de son activité en raison du non-fonctionnement des équipements.

1. Aperçu des principales catégories de risque de projet

6. À des fins d'illustration, les paragraphes suivants donnent un aperçu des principales catégories de risque de projet et illustrent certains arrangements contractuels utilisés pour répartir et atténuer les risques. Pour un examen plus poussé de ce sujet, il est conseillé au lecteur de consulter d'autres sources d'information telles que le document consacré à la construction d'infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET) établi par l'ONUDI[1].

a) Interruption d'un projet causée par des événements échappant au contrôle des parties

7. Les parties courent le risque que le projet soit interrompu par des événements imprévus ou extraordinaires échappant à leur contrôle et pouvant être de nature physique, comme des catastrophes naturelles (inondations, tempêtes, tremblements de terre) ou résulter de l'action de l'homme (guerres, émeutes ou attentats terroristes). Ces événements imprévus ou extraordinaires peuvent entraîner une interruption temporaire de l'exécution du projet ou de l'exploitation de l'ouvrage, entraînant un retard dans la construction, une perte de revenu et d'autres pertes. Des événements graves peuvent causer des dommages physiques, voire des destructions irréparables.

b) Interruption d'un projet causée par des actes de gouvernement néfastes ("risque politique")

8. La société de projet et les prêteurs courent le risque que l'exécution du projet soit influencée négativement par des actes de l'autorité contractante, d'une autre entité publique ou de l'organe législatif du pays hôte. Ces risques sont souvent appelés "risques politiques" et peuvent être classés en trois grandes catégories: risques politiques "traditionnels" (nationalisation des avoirs de la société de projet ou imposition de nouvelles taxes compromettant l'aptitude de la société de projet à rembourser ses prêts et à amortir ses investissements); risques réglementaires (introduction de normes plus rigoureuses de prestation des services ou ouverture d'un secteur à la concurrence) et risques "quasi commerciaux" (non-respect de ses engagements par l'autorité contractante ou interruptions du projet dues à un changement des priorités et des plans de l'autorité contractante). Outre les risques politiques liés au pays hôte, certains risques politiques peuvent résulter d'actes d'un gouvernement étranger (blocus, embargo ou boycottage imposés par le gouvernement du pays d'origine des investisseurs).

c) Risques de construction et d'exploitation

9. Les principaux risques encourus par les parties pendant la phase de construction sont le risque que l'ouvrage ne puisse pas être achevé ou livré conformément au calendrier convenu (risque d'achèvement); que le coût de construction dépasse les estimations initiales (risque de dépassement des coûts de construction); ou que l'ouvrage ne réponde pas aux critères de fonctionnement lors de l'achèvement (risque de fonctionnement). De même, pendant la phase d'exploitation, les parties courent le risque que l'ouvrage achevé ne puisse être efficacement exploité ou maintenu pour produire la capacité, l'extrant ou le rendement escomptés (risque de fonctionnement); ou que les coûts d'exploitation dépassent les estimations initiales (dépassement des coûts d'exploitation). On notera que les risques de construction et d'exploitation ne touchent pas seulement le secteur privé. L'autorité contractante et les usagers du pays hôte peuvent être gravement touchés par une interruption de la fourniture de services nécessaires.

10. Certains de ces risques peuvent être occasionnés par la société de projet ou par ses entrepreneurs ou fournisseurs. Par exemple, le dépassement des coûts de construction et les retards dans l'achèvement peuvent être le résultat de pratiques de construction inefficaces, de gaspillages, d'une mauvaise budgétisation ou d'un manque de coordination entre les entrepreneurs. Le fait que l'ouvrage ne réponde pas aux critères de fonctionnement peut également être le résultat d'une mauvaise conception, d'une inadaptation des techniques utilisées ou d'équipements défectueux livrés par les fournisseurs à la société de projet. Pendant la phase opérationnelle, les défauts de fonctionnement peuvent être la conséquence, par exemple, d'une maintenance défectueuse de l'ouvrage ou d'une exploitation négligente d'équipements mécaniques. Le dépassement des coûts d'exploitation peut aussi être la conséquence d'une mauvaise gestion.

11. Certains de ces risques, cependant, peuvent également résulter de mesures spécifiques prises par l'autorité contractante, par d'autres entités publiques, voire par l'organe législatif du pays hôte. Les défauts d'exécution ou les dépassements de coûts peuvent être la conséquence de l'insuffisance des spécifications techniques fournies par l'autorité contractante lors de la sélection du concessionnaire. Les retards et les dépassements de coûts peuvent également être occasionnés par des actions entreprises par l'autorité contractante suite à l'attribution du projet (retards dans l'obtention des autorisations et permis, surcoûts causés par une évolution des besoins du fait d'une planification déficiente, interruptions causées par des organismes de contrôle ou livraison tardive du terrain sur lequel l'ouvrage doit être construit). Des mesures législatives ou réglementaires générales (normes de sécurité ou du travail plus rigoureuses) peuvent également accroître les coûts de construction ou d'exploitation. Des déficits de production peuvent être provoqués par la non-livraison des fournitures nécessaires (électricité ou gaz) par les pouvoirs publics.

d) Risques commerciaux

12. Les "risques commerciaux" ont trait à la possibilité que le projet ne puisse générer les recettes escomptées en raison d'une évolution défavorable des cours ou de la demande des biens et services qu'il produit. Ces deux formes de risque commercial peuvent gravement limiter l'aptitude de la société de projet à régler le service de sa dette et compromettre la viabilité financière du projet.

13. Les risques commerciaux varient grandement en fonction du secteur et du type de projet. Le risque peut être considéré comme minime ou modéré lorsque la société de projet exerce un monopole sur le service concerné ou lorsqu'elle fournit un client unique en vertu d'un accord d'enlèvement permanent. Cependant, les risques commerciaux peuvent être considérables pour des projets qui dépendent de recettes liées au marché, notamment lorsqu'en raison de l'existence d'installations ou de sources d'approvisionnement concurrentes, il est difficile d'établir une prévision fiable de l'usage ou de la demande. Cela peut être le cas, en particulier, de projets de routes payantes affrontant la concurrence de routes gratuites. En fonction de la facilité avec laquelle les conducteurs peuvent accéder à des routes gratuites, les recettes des péages peuvent être difficiles à prévoir, surtout dans des zones urbaines où il peut exister de nombreux itinéraires concurrents et où des routes peuvent être construites ou améliorées en permanence. De surcroît, la circulation est encore plus difficile à prévoir pour de nouvelles routes payantes, surtout lorsqu'elles ne complètent pas un système existant d'ouvrages à péages, car il n'existe aucune circulation existante sur laquelle fonder des prévisions.

e) Taux de change et autres risques financiers

14. Le risque de change a trait à la possibilité qu'une évolution défavorable des taux de change réduise la valeur des liquidités tirées du projet. Les droits et redevances perçus auprès des usagers ou clients locaux seront vraisemblablement réglés en monnaie locale alors que les prêts et, parfois, les dépenses d'équipement ou de carburant pourront être libellées en devises étrangères. Ce risque peut être considérable, car les taux de change sont particulièrement instables dans de nombreux pays en développement. Outre ces fluctuations, la société de projet court le risque qu'un contrôle des changes ou une pénurie des réserves de devises étrangères limite l'offre, sur le

marché local, de devises dont la société de projet a besoin pour régler le service de sa dette ou amortir son investissement initial.

15. Un autre risque pesant sur la société de projet a trait à la possibilité que les taux d'intérêt augmentent, forçant ladite société à assumer des dépenses de financement supplémentaires. Ce risque peut être important pour les projets d'infrastructure étant donné les sommes généralement importantes empruntées et la durée des projets, certains prêts s'étendant sur plusieurs années. Au besoin, l'emprunt peut être levé à un taux d'intérêt fixe (obligation à taux fixe, par exemple) pour réduire le risque lié aux taux d'intérêt. En outre, le montage financier peut comprendre des mécanismes de couverture du risque de taux d'intérêt revêtant, par exemple, la forme d'échanges ou de plafonnements des taux d'intérêt.

2. Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques

16. La répartition des risques convenue entre l'autorité contractante et la société de projet influera sur leurs droits et obligations mutuels, énoncés dans l'accord de projet. Les possibles incidences législatives de certaines dispositions fréquentes dans les accords de projet sont abordées dans d'autres chapitres du *Guide* (voir chap. IV, "L'accord de projet", V "Construction et exploitation de l'infrastructure" et VI "Achèvement des projets, prorogation et résiliation"). Divers autres accords seront également négociés par les parties en vue d'atténuer les risques ou de modifier leur répartition (accords de crédit; contrats de construction, de fourniture de matériel, d'exploitation et de maintenance; accords directs entre l'autorité contractante et les prêteurs; et accords d'enlèvement ou de fourniture de matériel à long terme, au besoin).

17. Les conseils pratiques adressés aux négociateurs dans un certain nombre de pays font souvent référence aux principes généraux de la répartition des risques de projet. L'un de ces principes veut que les risques spécifiques soient normalement supportés par la partie la mieux à même de les évaluer, de les contrôler et de les gérer. D'autres principes prévoient de faire supporter les risques de projet à la partie ayant les meilleures possibilités de couverture ou la plus grande aptitude à diversifier les risques ou à les atténuer au moindre coût. En pratique, toutefois, la répartition des risques dépend souvent à la fois de considérations d'ordre politique (intérêt public du projet ou somme des risques pris par l'autorité contractante au titre de divers projets, par exemple) et du pouvoir de négociation des parties. En outre, il est important, pour répartir les risques, de prendre en compte la solidité financière des parties qui seront amenées à supporter un risque spécifique et leur aptitude, au cas où ce risque se concrétiserait, à en assumer les conséquences.

18. C'est habituellement la société de projet et ses entrepreneurs qui assument les risques ordinaires liés à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure. Ainsi, les risques de dépassement des délais et des coûts et les autres risques qui existent généralement lors de la phase de construction sont habituellement supportés par le ou les constructeurs en vertu d'un contrat de construction clefs en main par lequel le constructeur assume l'entière responsabilité de la conception et de la construction de l'infrastructure pour un prix et une date donnés et en respectant des spécifications de techniques particulières (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Le constructeur est généralement tenu de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une amende pour tout retard dans les délais. En outre, il est généralement tenu de fournir une garantie de bonne fin telle qu'une caution bancaire ou un cautionnement. Chaque équipementier est également tenu, en règle générale, de fournir des garanties quant aux caractéristiques techniques de son matériel. De même, la société de projet atténue habituellement son risque d'exploitation en concluant un contrat d'exploitation et de maintenance par lequel la société d'exploitation s'engage à fournir le produit exigé et à assumer la responsabilité en cas de défauts d'exploitation. Dans la plupart des cas, des arrangements de ce type sont indispensables à la réussite du projet. Les prêteurs, quant à eux, s'efforceront de se mettre à l'abri des conséquences de ces risques en exigeant, par exemple, la cession du produit de toute caution émise pour garantir le travail de l'entrepreneur.

19. L'autorité contractante, de son coté, devra supporter les risques relatifs à des événements dépendant d'elle, comme la fourniture de spécifications techniques insuffisantes lors du processus de sélection ou un retard dû à la non-fourniture en temps voulu du matériel prévu. L'autorité contractante peut aussi être amenée à assumer les conséquences de perturbations dues à des actes de gouvernement en acceptant, par exemple, de dédommager la société de projet en cas de diminution des recettes liée à des mesures de contrôle des prix (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Si certains risques politiques peuvent être atténués en contractant une assurance, l'obtention d'une telle assurance, en supposant qu'elle soit possible dans le pays concerné, ne le sera peut-être pas à un coût acceptable. Ainsi, les investisseurs et prêteurs potentiels pourraient s'adresser aux pouvoirs publics afin, par exemple, d'obtenir des garanties contre l'expropriation ou la nationalisation et être assurés d'être convenablement dédommagés au cas où de telles mesures seraient prises (voir par. 45). En fonction de leur évaluation du niveau de risque encouru dans le pays hôte, les investisseurs et prêteurs potentiels ne voudront peut-être pas s'engager dans un projet sans recevoir de telles assurances ou garanties.

20. La plupart des risques de projet auxquels il est fait allusion dans les paragraphes ci-dessus peuvent, dans une certaine mesure, être considérés comme contrôlables par l'une ou l'autre partie. Cela dit, de très nombreux risques de projet tiennent à des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle ou qui sont imputables aux actes de tiers, et il peut donc être nécessaire d'appliquer d'autres principes de répartition des risques.

21. Ainsi, les documents relatifs au financement prévoient habituellement un taux d'intérêt variable qui met les prêteurs à l'abri des risques liés au taux d'intérêt, mais la société de projet peut avoir la possibilité de se protéger contre l'augmentation des taux d'intérêt en concluant des accords de crédit croisé qui lui assurent un taux d'intérêt fixe à long terme. La société de projet pourrait s'attendre à ce que ce risque, ainsi que le risque d'inflation, soit supporté par les utilisateurs finals ou les clients de l'infrastructure par le biais d'une hausse des prix, ce qui n'est toutefois pas toujours faisable, pour des raisons liées au marché ou pour cause de contrôle des prix. La structure tarifaire négociée entre la société de projet et l'autorité contractante définira la mesure dans laquelle la société de projet sera dispensée de supporter ces risques ou devra en absorber une partie (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

22. D'autres risques pouvant être répartis selon différentes modalités sont les risques liés à des événements extérieurs au projet tels que guerres, troubles civils, catastrophes naturelles ou autres, sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Dans le cas de projets d'infrastructure traditionnels, réalisés par le secteur public, l'entité publique concernée supporte généralement le risque, par exemple, de destruction de l'infrastructure par une catastrophe naturelle ou par un événement analogue, dans la mesure où ce risque ne peut être assuré. Dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, les pouvoirs publics préféreront peut-être que ce type de risques soit supporté par la société de projet. Toutefois, selon la façon dont il évalue ces risques particuliers dans le pays hôte, le secteur privé peut ne pas être disposé à les supporter. Il n'existe donc pas, en pratique, de solution unique pour couvrir cette catégorie de risque, et des arrangements spéciaux sont souvent conclus pour chacun d'eux. Ainsi, les parties peuvent convenir que l'occurrence d'un de ces événements dispense la partie affectée de se conformer aux dispositions relatives au défaut d'exécution dans l'accord de projet, auquel cas des arrangements contractuels prévoiront des solutions à certaines des conséquences néfastes de ces événements, comme l'extension du contrat en vue de compenser le retard dû auxdits événements, voire, dans certaines circonstances, une forme de versement direct (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Ces arrangements seront complétés par une assurance commerciale contractée, s'il s'en trouve pour un coût abordable, par la société de projet (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

23. Il peut également être nécessaire de négocier des arrangements spéciaux pour la répartition des risques commerciaux. Des projets tels que ceux portant sur les communications mobiles ont généralement un potentiel relativement élevé de recouvrement des coûts directs et, dans la plupart des cas, la société de projet supporte ces risques sans les partager avec l'autorité contractante et sans pouvoir recevoir d'appui de la part des pouvoirs publics. Pour d'autres projets d'infrastructure, comme les projets de centrale électrique, la société de projet peut revoir les

arrangements contractuels passés avec l'autorité contractante ou une autre entité publique en vue de ne supporter que des risques commerciaux moindres en négociant, par exemple, des accords d'enlèvement à long terme qui lui garantissent des débouchés pour un prix défini. Les paiements peuvent refléter la consommation réelle ou la mise à disposition du produit, ou une combinaison d'éléments des deux variantes, et les tarifs applicables font généralement l'objet d'une clause de révision ou d'indexation des prix visant à protéger la valeur réelle des recettes contre l'augmentation des coûts d'exploitation due au vieillissement de l'infrastructure (voir également chap. IV, "L'accord de projet", ___). Enfin, il existe des projets à intensité relativement forte de capital et au potentiel de recouvrement des coûts plus lent, comme les projets d'adduction d'eau ou de routes à péage, que le secteur privé ne voudra peut-être pas entreprendre sans une forme ou une autre de partage des risques avec l'autorité contractante par l'intermédiaire, par exemple, de garanties de recettes fixes ou par le versement d'un montant défini pour mise à disponibilité de l'infrastructure, indépendamment de l'usage réel qui en est fait (voir également chap. IV, "L'accord de projet", ___).

24. Il découle de ce qui précède que les parties doivent tenir compte de très nombreux facteurs pour répartir efficacement les risques de projet. S'il peut être utile, pour les pouvoirs publics, de donner des conseils d'ordre général aux négociateurs intervenant au nom des autorités contractantes locales en formulant par exemple des principes consultatifs relatifs à la répartition des risques, il n'est généralement pas conseillé de prévoir des dispositions réglementaires qui limitent inutilement la capacité des négociateurs à répartir les risques de façon équilibrée et adaptée à chaque projet.

C. Appui des pouvoirs publics

25. La discussion de la section précédente montre que les parties peuvent recourir à divers arrangements contractuels pour répartir et atténuer les risques de projet. Or, ces arrangements ne suffisent peut-être pas toujours à inspirer la confiance nécessaire aux investisseurs privés pour participer à des projets d'infrastructure à financement privé. Un appui supplémentaire des pouvoirs publics peut également s'avérer nécessaire pour rendre plus attrayants des investissements privés de projets d'infrastructure dans le pays hôte.

26. L'appui des pouvoirs publics peut revêtir plusieurs formes. En général, toute mesure prise par les pouvoirs publics pour créer un climat plus propice aux investissements en faveur de projets d'infrastructure peut être considérée comme une forme d'appui. De ce point de vue, l'existence d'une législation permettant aux pouvoirs publics d'attribuer des projets d'infrastructure à financement privé ou l'établissement d'une structure hiérarchique claire pour la négociation et le suivi des projets d'infrastructure (voir chap. premier, "Considérations générales sur la législation", ___) peuvent constituer d'importantes mesures d'appui à l'exécution de projets d'infrastructure. Telle qu'elle est employée dans le présent Guide, l'expression "appui des pouvoirs publics" a toutefois un sens plus restreint puisqu'elle désigne en particulier les mesures spéciales, dans la plupart des cas de nature financière ou économique, que les pouvoirs publics peuvent prendre pour créer des conditions plus favorables à l'exécution d'un projet donné ou aider la société de projet à faire face à certains risques liés au projet, ces mesures dépassant le cadre normal des arrangements contractuels sur lesquels se sont entendues l'autorité contractante et la société du projet pour répartir les risques. Lorsqu'elles existent, les mesures d'appui des pouvoirs publics font généralement partie intégrante des programmes que ceux-ci élaborent pour attirer des investissements privés en faveur de projets d'infrastructure.

1. Considérations pratiques concernant l'appui des pouvoirs publics

27. Dans la pratique, les pouvoirs publics décident d'appuyer l'exécution d'un projet après en avoir évalué l'utilité économique ou sociale et avoir déterminé si un appui supplémentaire de leur part se justifie. Les pouvoirs publics peuvent estimer que le secteur privé n'est probablement pas en mesure de financer à lui seul certains projets à un coût acceptable. Ils peuvent également considérer que certains projets risquent de ne pas se concrétiser si aucune mesure d'appui n'est introduite pour atténuer une partie des risques liés à ces projets. En effet, les investisseurs

privés et les prêteurs sont disposés à mettre en œuvre de vastes projets dans un pays donné non seulement en fonction de leur appréciation des risques, mais également selon que la situation dans le pays hôte, en particulier dans le secteur des infrastructures, leur inspire confiance pour investir. Les investisseurs privés attacheront probablement une importance particulière à des facteurs comme l'économie du pays hôte et le niveau de développement des structures du marché ou encore le fait que le pays ait ou non mené à bien des projets d'infrastructure à financement privé au cours des dernières années.

28. Compte tenu de ce qui précède, un certain nombre de pays ont adopté une stratégie souple en matière d'appui fourni par les pouvoirs publics. Dans certains d'entre eux, des dispositions législatives ont été introduites qui permettent d'adapter le niveau et le type d'appui en fonction des besoins de chaque secteur d'infrastructure. Dans d'autres, la législation donne aux pouvoirs publics l'autorité suffisante pour accorder certains types d'assurances ou de garanties et se réserver le droit de ne pas les accorder dans tous les cas. Toutefois, les pouvoirs publics souhaiteront s'assurer que le niveau et le type d'appui fourni au projet n'entraîne pas une prise de responsabilité illimitée. En effet, lorsque les organismes publics prennent trop d'engagements en octroyant des garanties pour un projet donné, ils risquent de ne pas pouvoir accorder de garanties pour d'autres projets présentant peut-être un intérêt bien plus grand pour le public.

29. Il est possible d'accroître l'efficacité des programmes d'appui des pouvoirs publics visant à promouvoir les investissements privés en faveur d'infrastructures en introduisant des techniques appropriées permettant d'intégrer au budget les mesures d'appui ou d'évaluer le coût total d'autres formes d'appui. S'agissant des crédits, par exemple, les garanties offertes par les organismes publics ont généralement un coût moindre que les garanties octroyées par les organismes de crédit. La différence (moins le montant des frais et intérêts dus par la société de projet) représente un coût pour les pouvoirs publics et une subvention pour la société de projet. Or, dans de nombreux cas, la garantie de prêt n'est pas inscrite comme une dépense tant que personne ne la fait jouer. Ainsi, le montant réel de la subvention octroyée par les pouvoirs publics n'est pas comptabilisé, ce qui peut donner la trompeuse impression que les garanties de prêt impliquent une charge moindre que le versement de subventions directes. Dans le même ordre d'idées, le coût financier et économique des exonérations fiscales accordées par les pouvoirs publics peut passer inaperçu, ce qui rend celles-ci moins transparentes que d'autres formes d'aide directe. C'est pourquoi les pays qui envisagent d'élaborer des programmes d'appui aux projets d'infrastructure à financement privé devront probablement mettre au point des méthodes spéciales pour estimer le coût budgétaire de mesures d'appui telles que les exonérations fiscales, les prêts et les garanties de prêt accordés par les organismes publics, de manière à tenir compte du montant escompté des coûts ou pertes de revenu futurs.

2. Formes d'appui des pouvoirs publics

30. L'offre d'un appui direct par les pouvoirs publics, que ce soit sous la forme de garanties, de prêts publics ou d'assurances de recettes, peut être un instrument important dans la structuration financière du projet. Les paragraphes suivants décrivent brièvement des formes d'appui des pouvoirs publics qui sont parfois autorisées en vertu des lois nationales et examinent les éventuelles incidences législatives qu'elles peuvent avoir pour le pays hôte, sans en privilégier aucune.

31. En règle générale, outre les mesures administratives et budgétaires qui peuvent être nécessaires pour garantir le respect des engagements pris par les pouvoirs publics pendant toute la durée du projet, il est conseillé à l'organe législatif d'examiner l'éventuelle nécessité d'une autorisation législative explicite pour fournir certaines formes d'appui. Lorsqu'un appui des pouvoirs publics est jugé souhaitable, il importe que l'organe législatif garde à l'esprit les obligations du pays hôte en vertu d'accords internationaux sur l'intégration économique régionale ou la libéralisation des échanges, qui peuvent limiter l'aptitude des organismes publics des États contractants à fournir un appui financier aux sociétés opérant sur leur territoire. De surcroît, lorsque des pouvoirs publics envisagent d'appuyer l'exécution d'un projet d'infrastructure, cette circonstance devrait être précisée à tous les soumissionnaires potentiels en temps opportun pendant la procédure de sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ___).

a) Prêts publics et garanties de prêts

32. Dans certains cas, la loi autorise les pouvoirs publics à accorder des prêts sans intérêt ou à faible intérêt à la société de projet pour réduire le coût financier du projet. En fonction des règles comptables à appliquer, certains prêts sans intérêt accordés par des organismes publics peuvent être comptabilisés comme recettes dans les livres de la société de projet, les prêts étant considérés comme frais déductibles sur les plans fiscal et comptable. De plus, des prêts subordonnés accordés par les pouvoirs publics peuvent améliorer les termes financiers du projet en complétant des prêts privilégiés accordés par des banques commerciales sans concurrencer ceux-ci pour ce qui est du remboursement. Des prêts publics peuvent être généralement accordés à toutes les sociétés de projet d'un secteur donné ou ils peuvent se limiter à offrir une assistance temporaire à la société de projet en cas de survenue de certains risques de projet. Le montant total de tout prêt de ce type peut en outre être limité à une somme fixe ou à un pourcentage du coût total du projet.

33. Outre les prêts publics, certaines lois nationales autorisent l'autorité contractante ou tout autre organisme du pays hôte à accorder des garanties de prêt pour le remboursement d'emprunts effectués par la société de projet. Les garanties de prêt ont pour objet de protéger les prêteurs (et, parfois, les investisseurs qui accordent également des fonds au projet) contre toute défaillance de la société de projet. Les garanties de prêt n'entraînent pas de décaissement immédiat de fonds publics et peuvent paraître plus attrayantes aux pouvoirs publics que des prêts directs. Cependant, des garanties de prêt peuvent représenter une responsabilité éventuelle importante et l'exposition des pouvoirs publics peut être considérable, surtout dans l'éventualité d'une faillite totale de la société de projet. En effet, les pouvoirs publics ne trouveraient, dans la plupart des cas, que peu de réconfort dans une éventuelle subrogation des droits des prêteurs vis-à-vis d'une société de projet insolvable.

34. Ainsi, outre l'adoption de mesures générales visant à améliorer le rendement de programmes d'appui gouvernementaux (voir par. 29), il peut être conseillé d'envisager des dispositions concrètes limitant l'exposition des pouvoirs publics au titre de garanties de prêt. Les règles régissant l'offre de garanties de prêt peuvent prévoir un plafond maximum, qui pourrait être exprimé sous la forme d'un montant fixe ou, si l'on a besoin de davantage de souplesse, d'un certain pourcentage de l'investissement total dans tout projet donné. Une autre mesure permettant de limiter les responsabilités éventuelles de l'organisme se portant garant peut consister à définir les circonstances dans lesquelles ces garanties peuvent être étendues, compte tenu des types de risque de projet que les pouvoirs publics peuvent être disposés à partager. Si, par exemple, les pouvoirs publics n'envisagent de ne partager que les risques d'interruption temporaire causée par des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle, les garanties pourraient se limiter à l'éventualité où la société de projet est mise temporairement dans l'incapacité de servir des intérêts en raison de la survenue d'événements imprévisibles spécialement désignés sur lesquels la société de projet n'a aucun contrôle. Si les pouvoirs publics souhaitent accorder un plus grand degré de protection aux prêteurs, les garanties peuvent couvrir l'incapacité permanente de la société de projet à rembourser ses emprunts pour les mêmes raisons. Dans ce cas, cependant, il est conseillé de ne pas supprimer les mécanismes incitant les prêteurs à faire en sorte que le projet se poursuive, par exemple en identifiant un autre concessionnaire adéquat ou en intervenant par l'intermédiaire d'un agent désigné pour pallier la défaillance de la société de projet (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Le recours aux garanties des pouvoirs publics pourrait ainsi être conditionné par l'épuisement préalable des autres solutions offertes aux prêteurs dans le cadre de l'accord de projet, des accords de prêt ou des accords qu'ils ont conclus directement, le cas échéant, avec l'autorité contractante. Quoi qu'il en soit, l'offre par les pouvoirs publics de garanties de prêt intégrales représentant une protection totale des prêteurs contre le risque de défaillance de la société de projet n'est pas un élément fréquent des projets d'infrastructure mis en œuvre dans le cadre de la modalité de financement sur recettes.

b) Prise de participation

35. Une autre forme d'appui supplémentaire des pouvoirs publics peut consister à prendre des participations directes ou indirectes dans la société de projet. Une prise de participation par les pouvoirs publics peut aider à obtenir

un ratio d'endettement plus favorable en complétant les capitaux fournis par les promoteurs du projet, en particulier lorsque d'autres sources de capital social telles que des fonds d'investissement ne peuvent être mises à contribution par la société de projet. Une prise de participation par les pouvoirs publics peut également être utile pour satisfaire aux exigences légales du pays hôte concernant la composition des sociétés établies localement. Le droit des sociétés de certaines juridictions, ou des législations spéciales régissant les projets d'infrastructure, exigent un certain montant de participation d'investisseurs locaux dans les sociétés établies localement. Cependant, il peut parfois ne pas être possible d'assurer le niveau requis de participation locale à des conditions acceptables. Les investisseurs locaux peuvent ne pas être intéressés ou ne pas disposer des ressources financières nécessaires pour investir dans de grands projets d'infrastructure; ils peuvent également répugner ou manquer de l'expérience requise pour endosser certains risques de projet.

36. La participation des pouvoirs publics peut comporter certains risques que ces derniers souhaiteront peut-être prendre en compte. En particulier, il existe un risque que cette participation soit comprise comme une garantie implicite des pouvoirs publics incitant les parties, voire des tierces parties, à escompter que les pouvoirs publics appuient pleinement le projet, voire, éventuellement, le reprennent à leurs frais si la société de projet faisait défaut. Lorsqu'une telle garantie implicite n'est pas prévue, des dispositions appropriées devraient être énoncées pour préciser les limites de la participation des pouvoirs publics (dispositions contractuelles dégageant les pouvoirs publics, par exemple, de toute obligation de souscrire des actions supplémentaires dans l'éventualité où une augmentation du capital de la société de projet serait nécessaire).

c) Subventions

37. Des subventions tarifaires sont utilisées dans certains pays pour compléter les recettes de la société de projet lorsque les recettes réelles du projet sont inférieures à un certain niveau minimum. L'offre des services dans certains régions où la société de projet est tenue d'opérer peut ne pas être rentable du fait de la faible demande ou du montant élevé des coûts d'exploitation, ou parce que la société de projet est tenue d'offrir le service à une certaine partie de la population à faible prix. Ainsi, la législation de certains pays autorise les pouvoirs publics à subventionner la société de projet afin qu'elle puisse offrir les services à un prix réduit.

38. Les subventions prennent généralement la forme de versements directs à la société de projet, qu'il s'agisse de versements forfaitaires ou de versements calculés spécifiquement pour compléter les recettes de la société de projet. Dans ce dernier cas, les pouvoirs publics devrait veiller à mettre sur pied des mécanismes adéquats permettant de vérifier l'exactitude des subventions versées à la société de projet en incluant, par exemple, des dispositions en matière d'audit et de transparence financière dans l'accord de projet. Une autre forme de subvention peut consister à autoriser la société de projet à subventionner des activités peu rentables à l'aide des recettes dégagées par d'autres qui le sont plus. Cela peut se faire en associant dans la même concession des activités ou des régions d'exploitation rentables et moins rentables; ou en confiant à la société de projet l'exploitation commerciale d'une activité accessoire distincte et plus rentable (voir par. 54 à 56).

39. Cependant, il importe que l'organe législatif examine les incidences concrètes et les obstacles juridiques éventuels à l'octroi de subventions à la société de projet. Par exemple, les subventions se révèlent fausser la libre concurrence et le droit de la concurrence de nombreux pays interdit d'accorder des subventions ou d'autres formes d'aide financière directe qui ne sont pas expressément autorisées par la législation.

d) Garanties souveraines

40. S'agissant de projets d'infrastructure à financement privé, l'expression "garanties souveraines" est parfois utilisée pour désigner deux types de garanties accordées par les autorités du pays hôte. Le premier type comprend les garanties émises par les autorités du pays hôte pour couvrir le non-respect d'obligations assumées par l'autorité contractante au titre de l'accord de projet. Une seconde catégorie comprend des garanties selon lesquelles la société

de projet ne sera pas empêchée par les pouvoirs publics d'exercer certains droits qui lui sont accordés en vertu de l'accord de projet, ou qui découlent des lois du pays comme, par exemple, le droit de rapatrier des bénéfices à l'achèvement du projet. Quelque forme que revêtent ces garanties, il importe que les pouvoirs publics et l'organe législatif examinent l'aptitude des pouvoirs publics à estimer et à gérer efficacement leur propre exposition aux risques de projet et à déterminer le niveau acceptable de responsabilités directes ou éventuelles qu'ils peuvent assumer.

i) Garanties de résultat par l'autorité contractante

41. Des garanties de résultat peuvent être utilisées lorsque l'autorité contractante est une entité juridique distincte ou autonome qui n'engage pas la responsabilité des pouvoirs publics à proprement parler. Ces garanties peuvent être émises au nom des pouvoirs publics ou d'une institution financière publique du pays hôte. Elles peuvent également prendre la forme d'une garantie émise par des institutions financières internationales qui sont couvertes par une contre-garantie des pouvoirs publics (voir par. 57 à 67). Les garanties données par les pouvoirs publics peuvent se révéler utiles pour protéger la société de projet des conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante ou de tout autre organisme public assumant des obligations spécifiques au titre de l'accord de projet. Les situations les plus fréquentes dans lesquelles ces garanties sont utilisées sont notamment les suivantes:

a) *Garanties d'enlèvement*. En vertu de ces arrangements, les pouvoirs publics garantissent le paiement de biens et de services fournis par la société de projet à des entités publiques. Des garanties de paiement sont souvent utilisées en rapport avec des obligations de paiement contractées au titre d'accords "d'enlèvement" conclus dans le secteur de la production d'électricité (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___). Ces garanties peuvent revêtir une importance particulière lorsque le client principal ou unique de la société de projet est un monopole d'État. Une sécurité supplémentaire est offerte à la société de projet et aux prêteurs lorsque la garantie est souscrite par une institution financière internationale (voir par. 61 et 66);

b) *Garanties de fourniture*. Des garanties de fourniture peuvent également être offertes pour protéger la société de projet contre les conséquences d'une incapacité dans laquelle pourraient se trouver des entités publiques de fournir des biens et du matériel nécessaires à l'exploitation de l'infrastructure – combustible, électricité ou eau, par exemple – ou pour assurer le versement d'indemnités que l'entité contractante peut être tenue de régler en vertu de l'accord de fourniture;

c) *Garanties générales*. Il s'agit de garanties destinées à protéger la société de projet contre toute forme de défaillance de l'autorité contractante, plutôt que contre un manquement à des obligations expressément désignées. Bien que les garanties générales ne soient pas très fréquentes, il existe des cas dans lesquels la société de projet et les prêteurs peuvent les considérer comme une condition nécessaire à l'exécution du projet. Cela peut être le cas lorsque les obligations endossées par l'autorité contractante ne sont pas proportionnelles à sa solvabilité (en cas d'importantes concessions accordées à des municipalités ou à des entités autonomes, par exemple). Des garanties des pouvoirs publics peuvent être utiles pour obtenir un résultat précis, par exemple lorsque les autorités du pays hôte s'engagent à se substituer à l'entité contractante pour la réalisation de certaines activités (livraison d'un site approprié pour l'élimination de produits dérivés).

42. En règle générale, il importe de ne pas surestimer l'aptitude des garanties souveraines à protéger seules la société de projet contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante. Sauf lorsqu'elles ont pour objet d'obtenir un résultat précis, les garanties souveraines exercent souvent une fonction compensatoire. Ainsi, elles peuvent ne pas remplacer des recours contractuels appropriés en cas de défaillance de l'autorité contractante (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___). Différents types de recours contractuels ou de combinaisons de tels recours peuvent être utilisés pour faire face à divers cas de défaillance: des dommages-intérêts d'un montant spécifié en cas de défaillance et des augmentations tarifaires ou des extensions de contrat en cas de retard supplémentaire dans l'exécution du projet imputable à des actes de l'autorité contractante. En outre, pour limiter l'exposition des pouvoirs

publics et réduire le risque de mise en jeu de la garantie, il est conseillé de prévoir des mesures incitant l'autorité contractante à respecter ses obligations contractuelles ou à s'attaquer aux causes de la défaillance. Ces mesures peuvent comprendre le droit exprès du garant à se substituer à l'autorité contractante ou des mécanismes de contrôle interne mettant en jeu la responsabilité de l'autorité contractante ou de ses agents en cas, par exemple, de manquement délibéré ou imprudent à ses obligations contractuelles entraînant un appel de la garantie souveraine.

ii) Garanties contre des actes de gouvernement néfastes

43. À la différence des garanties de résultat, qui protègent la société de projet contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante, les garanties examinées ici ont trait aux actes d'autres autorités du pays hôte qui nuisent aux droits de la société de projet ou compromettent gravement la mise en œuvre de l'accord de projet. Ces garanties sont souvent appelées "garanties contre les risques politiques".

44. Un type de garantie prévu dans les législations nationales consiste en des garanties de change, qui remplissent généralement trois fonctions: garantir la convertibilité des bénéfices réalisés localement en devises étrangères; garantir la disponibilité des devises étrangères nécessaires et garantir la transférabilité à l'étranger des sommes converties. Cependant, une garantie de change n'a généralement pas pour vocation de protéger la société de projet et les prêteurs contre les risques liés à la fluctuation des changes ou aux dévaluations induites par le marché, qui sont considérés être des risques commerciaux ordinaires. Les garanties de change sont fréquentes dans les projets d'infrastructure à financement privé faisant appel à d'importants emprunts libellés en devises autres que la monnaie locale, notamment dans les pays n'ayant pas de monnaie librement convertible. Certaines législations prévoient également qu'une telle garantie peut être adossée à une garantie bancaire émise en faveur de la société de projet.

45. Un autre type important de garantie peut consister à assurer à la société et à ses actionnaires qu'ils ne se seront pas expropriés sans compensation adéquate. Une telle garantie couvre généralement à la fois la confiscation de biens détenus par la société de projet dans le pays hôte et la nationalisation de la société de projet proprement dite, c'est-à-dire la confiscation d'actions de la société de projet. Ce type de garantie est généralement prévu dans les législations traitant des investissements étrangers directs et dans les traités bilatéraux de protection des investissements (voir chap. VII, "Droit applicable", ___).

e) Avantages fiscaux et douaniers

46. Une autre méthode utilisable par les autorités du pays hôte pour appuyer l'exécution de projets à financement privé peut consister à consentir des exemptions, des réductions ou d'autres avantages fiscaux et douaniers. Le droit interne relatif aux investissements étrangers directs prévoit des régimes fiscaux spéciaux visant à encourager les investissements étrangers et, dans certains pays, on a jugé utile d'étendre expressément ce régime fiscal aux sociétés étrangères participant à des projets d'infrastructure à financement privé (voir chap. VII, "Droit applicable", ___).

47. Généralement, les exemptions ou avantages fiscaux incluent l'exemption d'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices ou d'impôt foncier sur l'infrastructure, ou l'exemption d'impôt sur les intérêts de prêts et d'autres obligations financières contractées par la société de projet. Certaines lois prévoient que toutes les transactions liées à un projet d'infrastructure à financement privé seront exemptées de droit de timbre ou de droits analogues. Dans certains cas, la loi établit un traitement fiscal préférentiel ou prévoit que la société de projet bénéficiera du traitement fiscal favorable accordé généralement aux investissements étrangers. Parfois, l'avantage fiscal prend la forme d'un taux d'imposition des revenus plus favorable associé à un niveau dégressif d'exemption pendant les premières années du projet. Ces exemptions et avantages sont parfois étendus aux entrepreneurs engagés par la société de projet, en particulier les entrepreneurs étrangers.

48. Comme autres mesures fiscales parfois utilisées pour promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé, on peut citer les exemptions de retenues fiscales consenties aux prêteurs étrangers qui accordent des prêts au

projet. Dans de nombreux systèmes juridiques, tout intérêt ou commission se rapportant à un prêt ou à une dette qui est contracté(e) directement ou indirectement par des sociétés établies localement ou est déductible des bénéfices réalisés localement est considéré comme une recette locale aux fins de la taxation. Ainsi, les institutions tant locales qu'étrangères qui prêtent aux projets d'infrastructure peuvent être tenues d'acquitter un impôt sur le revenu dans le pays hôte, que la société de projet peut être tenue de retenir sur les versements aux prêteurs étrangers, en leur qualité de non-résidents dans le pays hôte. L'impôt sur le revenu acquittable par les prêteurs dans le pays hôte est généralement pris en compte dans les négociations entre la société de projet et les prêteurs et peut rehausser le coût financier du projet. Dans certains pays, les organes compétents sont autorisés à consentir des exemptions de retenues fiscales pour les versements à des non-résidents qui se révèlent avoir pour but de promouvoir et de favoriser le développement économique ou technologique du pays hôte ou sont réputés servir l'intérêt public.

49. Des règles comptables spéciales pour les exploitants d'infrastructures ont également été introduites dans certains pays pour prendre en compte le profil de recettes particulier des projets d'infrastructure. Les projets portant sur la construction d'infrastructures, en particulier des routes et d'autres ouvrages de transport, se caractérisent généralement par une période d'investissement relativement courte marquée par un coût financier élevé et aucun flux de recettes, suivie d'une période plus longue marquée par des recettes croissantes et un coût financier décroissant et, en situation normale, des coûts d'exploitation stables. En conséquence, si l'on appliquait des règles comptables traditionnelles, la structure financière particulière de ces projets devrait être enregistrée dans les comptes de la société de projet comme une période de résultats négatifs permanents suivie d'une longue période de bénéfice net. Outre que cela aurait des conséquences négatives, par exemple, sur la cotation de la société de projet pendant la phase de construction, cela pourrait également se traduire par une dette fiscale disproportionnée pendant la phase d'exploitation du projet. Afin d'éviter une telle distorsion, certains pays ont adopté des règles comptables spéciales pour les sociétés mettant en œuvre des projets d'infrastructure qui prennent en compte le fait que les résultats financiers des projets d'infrastructure à financement privé peuvent ne devenir positifs qu'à moyen terme. Ces règles spéciales autorisent généralement les constructeurs d'infrastructures à transférer une partie du coût financier accumulé pendant la phase de déficit sur les exercices financiers subséquents, conformément aux calendriers financiers prévus dans l'accord de projet. Ces règles comptables spéciales, cependant, ne portent généralement pas préjudice aux principes du droit qui peuvent interdire la distribution de dividendes pendant des exercices financiers clos sur des résultats négatifs.

50. Outre les avantages et exemptions d'ordre fiscal, les lois nationales facilitent parfois l'importation d'équipements destinés à la société de projet au moyen d'une exemption de droits de douane. Cette exemption s'applique généralement au paiement de droits d'importation sur les équipements, les machines, les accessoires, les matières premières et le matériel importé dans le pays pour réaliser des études préliminaires et concevoir, mettre en œuvre et exploiter des projets d'infrastructure. Lorsque la société de projet souhaite transférer ou vendre les équipements importés sur le marché intérieur, l'approbation de l'autorité contractante doit généralement être obtenue et les droits d'importation, impôts sur le chiffre d'affaires et autres taxes doivent être acquittés conformément aux lois du pays. Parfois, la loi autorise les pouvoirs publics soit à accorder une exemption de droits de douane, soit à garantir que le niveau d'imposition ne sera pas augmenté au détriment du projet.

f) Protection contre la concurrence

51. Une autre forme d'appui des pouvoirs publics peut consister à offrir l'assurance qu'aucun projet d'infrastructure concurrent ne sera construit pendant une certaine période ou qu'aucun organisme public n'entrera en concurrence avec la société de projet, directement ou par l'intermédiaire d'un autre concessionnaire. Les assurances de ce type servent à garantir que les droits d'exclusivité qui peuvent être accordés au concessionnaire (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___) ne seront pas abolis pendant la durée du projet. La protection contre la concurrence peut être considérée par la société de projet et les prêteurs comme une condition essentielle pour participer à la construction d'infrastructures dans le pays hôte. Certaines lois nationales contiennent des dispositions en vertu desquelles les pouvoirs publics s'engagent à ne pas faciliter ou appuyer l'exécution d'un

projet parallèle qui pourrait faire concurrence à la société de projet. Dans certains cas, la loi contient un engagement des pouvoirs publics qu'ils ne modifieront pas les conditions de cette exclusivité au détriment de la société de projet sans le consentement de cette dernière.

52. Les dispositions de ce type peuvent avoir pour objet de convaincre les promoteurs du projet et les prêteurs que les conditions de base auxquelles le projet a été consenti seront respectées. Cependant, elles peuvent limiter l'aptitude des pouvoirs publics à répondre à une augmentation de la demande concernant ledit service comme peut l'exiger l'intérêt public ou à garantir l'accès aux services à différentes catégories d'usager. Il importe donc d'examiner soigneusement les intérêts des différentes parties concernées. Par exemple, le niveau de tarification requis pour permettre une exploitation rentable d'une route à péage peut dépasser la capacité de paiement des couches à faible revenu de la population. Ainsi, l'autorité contractante peut avoir intérêt à maintenir ouverte au public une route gratuite parallèlement à une nouvelle route à péage. Dans le même temps, cependant, si l'autorité contractante décidé d'améliorer ou de développer l'autre route, le flux de circulation risque d'être détourné de la route à péage construite par la société de projet, compromettant ainsi son flux de recettes. De même, les pouvoirs publics souhaiteront peut-être introduire une libre concurrence pour l'offre de services téléphoniques à longue distance afin de développer l'offre et de réduire le coût des services de télécommunication (voir "Introduction et généralités sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___). Une telle mesure peut cependant avoir pour conséquence une érosion importante des recettes prévues par la société de projet.

53. En règle générale, il peut être utile d'autoriser les pouvoirs publics à donner, au besoin, l'assurance que les droits exclusifs de la société de projet ne seront pas indûment affectés par un changement subséquent de la politique gouvernementale sans une compensation appropriée. Cependant, il peut ne pas être conseillé d'adopter des dispositions statutaires excluant toute possibilité de changement subséquent de la politique gouvernementale dans le secteur concerné, y compris une décision de favoriser la concurrence ou de construire une infrastructure parallèle. Les éventuelles conséquences d'un tel changement pour la société de projet devraient être envisagées par les parties dans les dispositions contractuelles traitant des changements de situation (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Il est particulièrement conseillé d'accorder à l'autorité contractante le pouvoir nécessaire de négocier avec la société de projet la compensation qui pourra être due pour toute perte ou dommage qui pourrait résulter d'une infrastructure concurrente lancée subséquemment par l'autorité contractante ou de toute mesure équivalente prise par les pouvoirs publics qui porterait préjudice aux droits exclusifs de la société de projet.

g) Sources de recettes accessoires

54. Une autre forme d'appui à l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé peut consister à autoriser la société de projet à diversifier son investissement au moyen d'autres concessions concernant l'offre de services accessoires ou l'exploitation d'autres activités. Dans certains cas, d'autres sources de recettes peuvent également être utilisées comme une subvention permettant à la société de projet d'appliquer au service principal une politique de prix réduits ou contrôlés. À condition d'être suffisamment rentables, les activités accessoires peuvent renforcer la viabilité financière d'un projet: le droit de percevoir des péages sur un pont existant, par exemple, peut inciter à exécuter un nouveau projet de pont à péage. Cependant, il ne faudrait pas surestimer l'importance relative des sources de recettes accessoires.

55. Pour permettre à la société de projet de mener des activités accessoires, il peut être nécessaire que l'organe législatif autorise les pouvoirs publics à accorder à la société de projet le droit d'utiliser des biens appartenant à l'autorité contractante aux fins de ces activités (terrain adjacent à une autoroute pour la construction de zones de services, par exemple). Lorsqu'il est jugé nécessaire de contrôler la mise en œuvre et, éventuellement, le développement de ces activités accessoires, l'approbation de l'autorité contractante peut être requise avant que la société de projet n'entreprenne d'importantes extensions des installations utilisées pour les activités accessoires.

56. Dans certains systèmes juridiques, certains types de source de recettes accessoires autorisés par les pouvoirs publics peuvent être considérés comme une concession distincte de la concession principale, et il est donc conseillé d'étudier les limites éventuellement imposées à la liberté qu'aura la société de projet de conclure des contrats d'exploitation d'installations accessoires (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

D. Garanties offertes par des institutions financières internationales

57. Outre les garanties accordées directement par les autorités du pays hôte, des garanties peuvent être émises par des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques de développement régionales. Ces garanties prémunissent généralement la société de projet contre certains risques politiques mais peuvent aussi, dans certains cas, la prémunir contre un non-respect de l'accord de projet, par exemple lorsqu'elle fait défaut sur ses emprunts suite au non-respect d'une obligation par l'autorité contractante.

1. Garanties émises par des institutions financières internationales

58. Outre les prêts qu'elles consentent aux États et aux organismes publics, les institutions de prêt multilatérales telles que la Banque mondiale et les banques de développement régionales ont également mis au point des programmes visant à accorder des prêts au secteur privé. Parfois, elles accordent également des garanties à des prêteurs commerciaux pour des projets publics et privés. Dans la plupart des cas, les garanties émises par ces institutions nécessitent une contre-garantie des autorités du pays hôte.

59. Les garanties accordées par les institutions de prêt multilatérales ont pour objet d'atténuer les risques liés à un éventuel manquement à des obligations contractées par des États ou liés à des prêts à longue échéance que des prêteurs privés ne sont pas disposés à endosser et pas capables d'évaluer. Par exemple, les garanties offertes par la Banque mondiale peuvent couvrir certains risques (garanties de risque partielles) ou tous les risques de crédit pendant une certaine partie de la période de financement (garanties de crédit partielles), comme résumé ci-après. La plupart des banques de développement régionales accordent des garanties à des conditions analogues à celles de la Banque mondiale.

a) Garanties de risque partielles

60. Les garanties de risque partielles couvrent certains risques découlant du non-respect d'obligations contractuelles par un État ou liés à certains événements politiques de force majeure. Ces garanties assurent le paiement en cas de non-acquittement du service de la dette résultant d'un manquement à des obligations contractées par les pouvoirs publics et par leurs organismes. Elles peuvent couvrir différents types de manquement: modification du cadre réglementaire convenu, y compris des formules tarifaires; non-livraison d'intrants tels que le carburant fourni à une compagnie d'électricité privée; non-paiement de produits tels que l'électricité achetée par une entreprise publique à une compagnie d'électricité ou l'eau achetée en gros par une société de distribution publique locale; non-compensation de retards ou d'interruptions du projet dus à l'action des pouvoirs publics ou à des événements politiques; retards de procédure; modifications néfastes de la législation ou de la réglementation relatives au contrôle des changes.

61. Lorsque des institutions de prêt multilatérales participent au financement d'un projet, elles peuvent apporter un appui en renonçant au recours dont elles disposeraient normalement à l'encontre de la société de projet si la défaillance de cette dernière est due à des événements tels que des risques politiques. Par exemple, une institution de prêt multilatérale recevant une garantie d'achèvement de la part de la société de projet peut accepter de ne pas faire jouer cette garantie si la raison du non-achèvement a été un risque politique.

b) Garanties de crédit partielles

62. Des garanties de crédit partielles sont accordées à des emprunteurs privés munis de contre-garanties des pouvoirs publics. Elles ont pour objet de garantir la partie du financement due après la durée normale de prêts accordés par des prêteurs privés. Ces garanties sont généralement utilisées pour des projets faisant appel à une participation du secteur privé et nécessitant des fonds à long terme pour être financièrement viables. Une garantie de crédit partielle prolonge généralement l'échéance des prêts et couvre tout défaut de paiement pour une partie désignée du service de la dette.

2. Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements

63. L'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) assure contre les risques politiques à long terme les nouveaux investissements originaires de tout pays membre et destinés à tout pays membre en développement autre que le pays d'où provient l'investissement. Les nouveaux investissements liés à l'extension, à la modernisation ou à la restructuration financière de projets existants peuvent également bénéficier de cette assurance, de même que les acquisitions nécessitant la privatisation d'entreprises d'État. Les formes d'investissement étranger pouvant bénéficier de cette assurance sont notamment les prises de participation, les avances d'actionnaires et les garanties de prêt émises par des actionnaires, à condition que les prêts et les garanties de prêt portent sur au moins trois ans. Les prêts consentis à des emprunteurs indépendants peuvent également être assurés aussi longtemps que l'investissement d'un actionnaire du projet est assuré parallèlement. Parmi les autres formes d'investissement pouvant bénéficier de cette assurance, on peut citer l'assistance technique, les contrats de gestion ainsi que les accords de franchise et de licence à condition qu'ils portent sur au moins trois ans et que la rémunération de l'investisseur soit liée aux résultats d'exploitation du projet. L'Agence assure contre les risques suivants: restriction des transferts de devises étrangères, expropriation, rupture de contrat, guerre et troubles civils.

a) Restriction des transferts

64. Les garanties concernant le transfert de devises étrangères accordées par l'Agence sont analogues aux garanties de change pouvant être accordées par les autorités du pays hôte (voir par. 44). Ces garanties prémunissent contre les pertes découlant de l'incapacité d'un investisseur à convertir une monnaie locale (capital, intérêt, principal, bénéfices, redevances et autres versements) en devise étrangère en vue de son transfert hors du pays hôte. La garantie assure contre les délais excessifs d'acquisition de devises étrangères causés par l'action ou l'inaction des autorités du pays hôte, par des modifications néfastes de la législation ou de la réglementation relative au contrôle des changes et par la détérioration des conditions régissant la conversion et le transfert de la monnaie locale. La dévaluation de la monnaie n'est pas assurée. Dès que l'Agence reçoit d'un investisseur la monnaie locale bloquée, elle verse une compensation dans la devise stipulée dans le contrat de garantie.

b) Expropriation

65. Cette garantie prémunit contre la perte de l'investissement assuré du fait d'actes de gouvernement susceptibles de limiter ou de supprimer la propriété et le contrôle dudit investissement ainsi que les droits exercés sur celui-ci. Outre la nationalisation et la confiscation pures et simples, l'expropriation "larvée" – série d'actes qui, dans le temps, ont un effet d'expropriation – est également couverte. La garantie est accordée de façon limitée en cas d'expropriation partielle (confiscation de fonds ou de biens corporels, par exemple). Les mesures de bonne foi non discriminatoires prises par les autorités du pays hôte dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire légitime ne sont pas couvertes. En cas d'expropriation totale de participations, l'Agence rembourse l'investissement assuré à hauteur de sa valeur comptable nette. En cas d'expropriation de fonds, l'Agence rembourse la partie assurée des fonds bloqués. Dans le cas de prêts et de garanties de prêt, l'Agence assure l'encours du principal et tout intérêt échu et non versé. Des compensations sont versées à l'investisseur lorsque celui-ci cède à l'Agence son intérêt dans l'investissement exproprié (actions ou intérêt dans un accord de prêt, par exemple).

c) Rupture de contrat

66. Cette garantie prémunit contre les pertes causées par la rupture ou la dénonciation, par les autorités du pays hôte, d'un contrat passé avec l'investisseur. En cas de rupture présumée ou de dénonciation, l'investisseur doit pouvoir avoir recours, aux termes du contrat de base, à un mécanisme de règlement des différends (arbitrage, par exemple) et obtenir des dommages-intérêts. Si, après un délai spécifié, l'investisseur n'a reçu aucun versement ou si le mécanisme de règlement des différends ne peut pas jouer à cause de mesures prises par les autorités du pays hôte, l'Agence multilatérale de garantie des investissements le dédommage.

d) Guerre et troubles civils

67. Cette garantie prémunit contre les pertes dues à des dommages causés à des actifs corporels ou à la destruction ou disparition de ces actifs par suite de faits de guerre ou de troubles civils motivés par des raisons politiques dans le pays hôte, qu'il s'agisse d'une révolution, d'une insurrection, d'un coup d'état, de sabotage ou de terrorisme. Dans le cas de prises de participation, l'Agence verse à l'investisseur l'équivalent de la part des actifs qu'il détient en se basant sur leur plus petite valeur comptable, du coût de remplacement de ces actifs et du coût de réparation des biens endommagés. Dans le cas de prêts et de garanties de prêts, elle le dédommage à hauteur de la fraction assurée du principal et des intérêts en défaut de paiement du fait des dommages causés aux actifs du projet par la guerre ou les troubles civils. La couverture en cas de guerre ou de troubles civils joue également lorsqu'un événement provoque l'interruption, pendant un an, d'opérations capitales pour la viabilité financière générale du projet. Dans ce cas, la garantie prend effet lorsque l'investissement est jugé entièrement perdu; l'Agence rembourse alors à hauteur de la valeur comptable de la totalité des prises de participation assurées.

E. Garanties fournies par des institutions bilatérales

68. La couverture de certains risques politiques, commerciaux et financiers et les prêts directs peuvent être obtenus auprès d'organismes de crédit à l'exportation. En règle générale, ces organismes ont été créés, dans un certain nombre de pays, pour faciliter l'exportation de biens ou de services d'origine locale. Ils interviennent au nom des pouvoirs publics des pays qui fournissent les biens et les services pour le projet. La plupart sont membres de l'Union d'assureurs des crédits et investissements internationaux (Union de Berne), qui vise principalement à promouvoir la coopération internationale et à encourager l'instauration d'un climat favorable aux investissements; à élaborer et à faire respecter les principes d'une saine pratique de l'assurance sur les crédits à l'exportation; et à imposer une certaine discipline s'agissant des termes du crédit dans le commerce international.

69. Si, d'un pays à l'autre, les formes de soutien varient, les organismes de crédit à l'exportation proposent généralement deux types de couverture:

a) *L'assurance sur le crédit à l'exportation*. Cette assurance vise essentiellement à garantir au vendeur le versement des sommes qui lui sont dues dans le cas où l'acheteur étranger des biens ou services exportés est autorisé à différer son paiement. Elle peut prendre la forme d'un mécanisme d'assurance sur le "crédit fournisseur" ou sur le "crédit acheteur". Dans le premier cas, l'exportateur et l'importateur conviennent de clauses commerciales prévoyant un paiement différé garanti par des effets de commerce (lettres de change ou billets à ordre, par exemple) émis par l'acheteur. Sous réserve de preuve de sa solvabilité, l'exportateur obtient cette assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation de son pays. Selon la modalité de l'assurance sur le crédit acheteur, l'obligation de paiement de l'acheteur est financée par la banque de l'exportateur, qui, de son côté, contracte une assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation. Les crédits à l'exportation sont généralement classés en crédits à court terme (remboursables dans un délai habituellement inférieur à deux ans), à moyen terme (de deux à cinq ans le plus souvent) et à long terme (plus de cinq ans). L'appui des pouvoirs publics par l'intermédiaire d'organismes de crédit à l'exportation peut prendre la forme d'une "couverture pure", c'est-à-dire d'une assurance ou de garanties données aux exportateurs ou aux institutions de prêt sans aide au financement, ou la forme d'une "aide au

financement", à savoir de crédits directs à l'acheteur étranger, d'un refinancement et de toutes sortes d'aides visant à prémunir contre les fluctuations des taux d'intérêt;

b) *L'assurance investissements*. Les organismes de crédit à l'exportation peuvent couvrir soit directement l'emprunteur, soit l'exportateur pour certains risques politiques et commerciaux, notamment la guerre, l'insurrection ou la révolution; l'expropriation, la nationalisation ou la réquisition de biens; la non-convertibilité des devises; et la pénurie de devises étrangères. Habituellement, l'assurance investissements fournie par les organismes de crédit à l'exportation prémunit les investisseurs de la société de projet établie à l'étranger, mais pas la société elle-même, contre les risques couverts. Ce type d'assurance tend à couvrir de très nombreux risques politiques, et les organismes de crédit à l'exportation disposés à les couvrir ont généralement besoin de renseignements précis sur le système juridique du pays hôte.

70. Les conditions dans lesquelles les organismes de crédit à l'exportation de pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) proposent leur appui aux crédits fournisseur et crédits acheteur doivent être conformes à l'Arrangement de l'OCDE relatif à des lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public (également appelé "Consensus de l'OCDE"). Cet Arrangement a pour principal objectif d'offrir un cadre institutionnel satisfaisant qui empêche toute concurrence déloyale par le biais d'un appui des pouvoirs publics au crédit à l'exportation. Afin d'éviter que des subventions faussent le libre jeu des forces du marché, il réglemente les conditions d'octroi des assurances, des garanties ou des prêts directs bénéficiant d'un appui des pouvoirs publics.

Note

[1]Publication de l'ONUDI, numéro de vente: ONUDI.95.6.F.