



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/458/Add.1

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

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

Rapport du Secrétaire général

Additif

INTRODUCTION ET INFORMATIONS GÉNÉRALES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ*

*Les sections C, D, E et F examinent les aspects fondamentaux des projets d'infrastructure à financement privé tels que la participation du secteur privé à l'infrastructure publique et la notion de financement de projet. Elles décrivent également les principales parties intervenant dans les projets et leurs intérêts respectifs, et examinent les grandes options concernant la structure du secteur et la concurrence. Ces sections sont conçues comme des informations générales sur les questions qui sont examinées d'un point de vue législatif dans les chapitres suivants du *Guide*. Pour de plus amples informations, le lecteur est particulièrement invité à consulter les publications d'autres organisations internationales telles que le *Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert* (CET) établi par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) (publication de l'ONUDI destinée à la vente, numéro ONUDI.95-6.F), le *Rapport sur le développement dans le monde de 1994 – Une infrastructure pour le développement* (Washington, 1994), et le *Rapport sur le développement dans le monde 1996 – De l'économie planifiée à l'économie de marché* (Washington, 1996), tous deux publiés par la Banque mondiale, ou encore le *Financement de l'infrastructure privée* (Washington, 1996), publié par la Société financière internationale (SFI).

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
A. Objectif et portée du <i>Guide</i>	1- 4	2
B. Terminologie employée dans le <i>Guide</i>	5-18	3
1. “Infrastructure publique” et “services publics”	6- 9	3
2. “Concession”, “accord de projet” et expressions apparentées	10-13	4
3. Références aux autorités nationales	14-16	5
4. “Construction-exploitation-transfert” et expressions apparentées	17-18	5
C. Formes de participation du secteur privé aux projets d’infrastructure	19-26	6
1. Propriété et exploitation publiques	20-21	6
2. Propriété publique et exploitation privée	22-24	7
3. Propriété et exploitation privées	25-26	7
D. Structures de financement et sources de financement des projets d’infrastructure	27-43	8
1. Notion de financement de projet	27-29	8
2. Sources de financement des projets d’infrastructure	30-43	8
E. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d’infrastructure	44-53	11
1. L’autorité contractante et autres organismes publics	45-46	11
2. La société de projet et les promoteurs du projet	47	12
3. Prêteurs	48-49	12
4. Institutions financières internationales et organismes de crédit à l’exportation	50	12
5. Assureurs	51	13
6. Experts et conseillers indépendants	52-53	13
F. Politique en matière d’infrastructures, structure du secteur et concurrence	54-82	14
1. Investissement privé et politique en matière d’infrastructures	57-65	14
2. Restructuration des secteurs infrastructurels	66-82	16

A. Objectif et portée du *Guide*

1. Le présent *Guide* a pour objet d’apporter une aide aux autorités nationales et aux organes législatifs qui souhaitent mettre en place un cadre juridique favorable au développement des infrastructures publiques grâce à l’investissement privé. Il se propose de servir d’ouvrage de référence à consulter lors de l’élaboration de nouvelles lois ou de l’examen de l’efficacité des lois et réglementations existantes. À cette fin, il aide à identifier les domaines du droit qui sont en général les mieux adaptés à l’investissement de capitaux privés dans des projets d’infrastructure publique et examine le contenu des lois qui contribueraient à attirer des capitaux privés, nationaux et étrangers.

2. Le *Guide* ne fournit pas un ensemble de solutions types, mais aide le lecteur à évaluer plusieurs démarches possibles et à choisir celle qui convient le mieux dans son contexte national ou local. Les avis qu'il donne visent à concilier le souhait de faciliter et d'encourager la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure, d'une part, et diverses préoccupations d'intérêt public du pays hôte, de l'autre.

3. Le *Guide* ne vise pas à offrir des conseils sur la rédaction des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé ou sur les solutions contractuelles des problèmes qui se posent dans le cadre de ces accords. Lorsqu'il aborde des questions contractuelles (par exemple, aux chapitres IV, "L'accord de projet", V "Construction et exploitation de l'infrastructure" et VI "Achèvement du projet, prorogation et résiliation"), l'accent est mis sur les points qui pourraient être utilement traités dans la législation, et non seulement dans les accords pertinents.

4. Le *Guide* accorde une attention spéciale aux projets d'infrastructure qui comportent une obligation, de la part des investisseurs sélectionnés, d'entreprendre des travaux de construction physique, de réparation ou d'extension en échange du droit de faire payer un prix, soit à la population, soit à un organisme public, pour l'utilisation de l'infrastructure ou pour les services qu'elle génère. Bien que de tels projets soient parfois associés à d'autres opérations ayant pour but de "privatiser" des fonctions ou des biens de l'État, le *Guide* ne vise pas les opérations de "privatisation" qui ne se rapportent pas à la construction et à l'exploitation d'une infrastructure publique. Le *Guide* ne vise pas non plus les projets d'exploitation de ressources naturelles, tels que les projets d'extraction minière ou d'exploitation de pétrole ou de gaz dans le cadre d'une "concession", d'une "licence" ou d'un "permis" délivré par le pays hôte. Bien que de tels projets comportent souvent des arrangements contractuels à long terme entre les investisseurs et les autorités publiques du pays hôte, les mécanismes de concession sont, dans la plupart des cas, différents de ceux qui sont couramment utilisés pour choisir une société chargée d'exécuter un projet d'infrastructure publique. Au demeurant, un concessionnaire chargé de l'exploitation de ressources naturelles a, en tant que producteur de produits de base, une fonction assez différente de celle d'un concessionnaire dans un projet d'infrastructure à financement privé.

B. Terminologie employée dans le *Guide*

5. On trouvera dans les paragraphes ci-après des explications sur le sens et l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le *Guide*. Pour les termes non mentionnés ci-dessous, tels que les termes techniques qui apparaissent dans les documents financiers et les documents de gestion, il est conseillé au lecteur de consulter d'autres sources d'information sur le sujet, notamment le *Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)* établi par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)¹.

1. "Infrastructure publique" et "services publics"

6. On entend par "infrastructure publique" des installations matérielles qui fournissent des services publics à la population ou à l'État. On trouve des exemples d'infrastructures publiques correspondant à cette définition dans divers secteurs et elles comprennent divers types d'ouvrages, d'équipements ou de systèmes: centrales et réseaux de distribution (secteur de l'électricité); systèmes de communications téléphoniques urbains et interurbains et réseaux de transmission de données (secteur des télécommunications); installations de dessalement, stations d'épuration des eaux usées, équipement de distribution d'eau (secteur de l'eau); installations et équipement de ramassage et d'élimination des déchets (secteur de l'assainissement); et installations et systèmes utilisés dans les transports publics, tels que réseaux ferrés urbains et interurbains, lignes de métro, lignes d'autobus, routes, ponts, tunnels, ports, lignes aériennes et aéroports (secteur des transports).

7. C'est à chaque pays qu'il appartient, dans le cadre de sa politique générale, de faire la différence entre infrastructure "publique" et infrastructure "privée". Ce qui distingue l'infrastructure publique d'autres types

d'ouvrages et d'équipements d'exploitation est la politique déclarée de l'État concerné, à savoir que l'ouvrage en question est d'utilité publique car il fournit des services essentiels à la population. Dans certains pays, les aéroports appartiennent à l'État; dans d'autres, ils appartiennent au secteur privé mais sont soumis à une réglementation ou aux conditions d'un accord avec un organisme public. Un hôpital et des installations médicales, une prison et des installations correctionnelles peuvent être considérés comme des infrastructures "publiques" ou "privées", selon la tradition du pays. Souvent, mais pas toujours, les centrales électriques et les installations de télécommunications sont considérées comme des infrastructures "publiques". Aucune opinion n'est émise dans le *Guide* sur le point de savoir où la distinction doit être faite dans un pays donné.

8. Les projets d'infrastructure publique impliquent généralement la fourniture de services ou de biens au public (ou à un intermédiaire qui les distribue ensuite au public) ou encore l'exploitation ou la maintenance d'une installation destinée au public. Dans le droit national, de telles activités sont souvent désignées par des termes tels que "services publics" et, en fonction de la tradition juridique du pays concerné, leurs fournisseurs peuvent être dénommés "entreprises de services publics" ou "prestataires de services publics". Il convient de noter toutefois que ces expressions ne sont pas comprises partout de la même manière et peuvent englober des activités différentes dans différents systèmes juridiques. Si les projets d'infrastructure tels qu'ils sont définis ci-dessus impliquent, dans la plupart des systèmes juridiques, une forme ou une autre de "service public", cette expression peut aussi être employée pour désigner un certain nombre d'autres activités non visées par le présent *Guide*.

9. Les notions "d'infrastructure publique" et de "services publics" sont bien établies dans la tradition juridique de certains pays, où elles sont parfois intégrées dans le droit constitutionnel ou font l'objet de dispositions législatives détaillées. Dans certains pays, la fourniture de services publics peut être régie par un ensemble de lois particulier, que l'on désigne en général sous le nom de "droit administratif" (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ____). Toutefois, tous les systèmes juridiques ne rentrent pas à ce point dans le détail. Dans un certain nombre de pays, si les services publics font l'objet d'une réglementation spéciale, ils n'en sont pas pour autant considérés comme intrinsèquement différents d'autres types d'activités. L'expression "services publics", telle qu'elle est employée dans le *Guide*, désigne les services se rattachant à une infrastructure publique ou résultant de son exploitation. Les "prestataires de service public" désignent les entités juridiques chargées de la gestion des infrastructures ou des systèmes qui permettent de fournir ces services. Dans le *Guide*, il ne faut pas donner à ces expressions le sens technique qu'elles peuvent revêtir dans tel ou tel système juridique.

2. "Concession", "accord de projet" et expressions apparentées

10. Dans de nombreux pays, les services publics constituent un monopole d'État ou sont soumis par l'État à une réglementation spéciale. En pareil cas, la fourniture d'un service public par une entité autre que l'État exige, de manière générale, l'obtention d'une autorisation de l'organisme public compétent. Différentes expressions sont employées pour définir ces autorisations dans les lois nationales, et dans quelques systèmes juridiques divers types d'autorisation portent des noms différents. Les termes les plus couramment utilisés sont notamment "concession", "franchise" ou "licence". Dans certains systèmes juridiques, en particulier dans ceux qui appartiennent à la tradition de droit romain, certaines formes de projets d'infrastructure correspondent à des notions juridiques bien définies telles que "concession de droit public" ou "concession de service public". Le *Guide* emploie le terme "concession" pour désigner de manière générale le droit de construire et d'exploiter ou uniquement d'exploiter une infrastructure publique et de faire payer pour son utilisation ou pour les services qu'elle génère. Il n'a pas le sens technique qui peut lui être donné dans un système juridique ou des lois nationales particuliers.

11. Au sens du présent *Guide*, le terme "accord de projet" désigne un accord conclu entre un organisme public et l'entité ou les entités privées sélectionnées par cet organisme pour exécuter le projet, et qui énonce les modalités de la construction ou de la modernisation, de l'exploitation et de la maintenance de l'infrastructure. D'autres expressions qui peuvent être employées dans certains systèmes juridiques pour désigner un tel accord, par exemple "accord de concession" ou "contrat de concession", ne sont pas utilisées dans le *Guide*.

12. Le *Guide* emploie parfois le terme “concessionnaire” pour désigner d’une façon générale les entités qui exécutent des projets d’infrastructure publique dans le cadre d’une concession octroyée par les autorités publiques du pays hôte. Toutefois, lorsqu’il vise spécifiquement l’entité juridique indépendante spécialement créée par le consortium de soumissionnaires sélectionné pour exécuter un projet particulier, il emploie le terme “société de projet”.

13. L’expression “consortium de soumissionnaires” désigne un groupe de sociétés qui soumettent une proposition commune pour la réalisation d’un projet d’infrastructure et conviennent de l’exécuter ensemble si le projet leur est accordé par l’entité publique. Ces sociétés sont également parfois désignées par l’expression “promoteurs du projet”.

3. Références aux autorités nationales

14. L’expression “autorité contractante” est généralement employée dans le présent *Guide* pour désigner l’autorité publique du pays hôte qui assume la responsabilité générale du projet et au nom de laquelle ce dernier est adjudgé. Cette autorité peut être aussi bien nationale que provinciale ou locale.

15. Au sens du présent *Guide*, le terme “pouvoirs publics” englobe les diverses autorités publiques du pays hôte auxquelles sont confiées des fonctions exécutives ou des fonctions d’élaboration de la politique au niveau national, provincial ou local. Les termes “autorités publiques” ou “organismes publics” désignent en particulier des entités de la branche exécutive de l’État ou rattachées à cette branche. L’expression “organes législatifs” désigne spécifiquement les organes qui exercent des fonctions législatives dans le pays hôte.

16. L’expression “organisme réglementaire” désigne dans le présent *Guide* l’organe ou l’entité public habilité à émettre des règles ou une réglementation régissant l’exploitation de l’infrastructure. L’organisme réglementaire peut être créé par une loi avec pour but particulier de réglementer le secteur dans lequel s’insère l’infrastructure.

4. “Construction -exploitation-transfert” et expressions apparentées

17. Les divers types de projets désignés dans le présent *Guide* comme projets d’infrastructure à financement privé sont parfois répartis en plusieurs catégories, suivant le type de participation du secteur privé ou du régime de propriété de l’infrastructure en question, comme il est indiqué ci-dessous:

a) “*Construction-exploitation-transfert*” (CET). On parle de projet CET lorsque l’autorité contractante sélectionne un concessionnaire pour financer et construire une infrastructure ou un système et accorde à cette entité le droit de l’exploiter commercialement pour une période donnée, à la fin de laquelle l’infrastructure est transférée à l’autorité contractante;

b) “*Construction-transfert-exploitation*”. Cette expression est parfois utilisée pour insister sur le fait que l’infrastructure devient la propriété de l’autorité contractante immédiatement après son achèvement, le concessionnaire se voyant octroyer le droit de l’exploiter pendant une certaine période;

c) “*Construction-location-exploitation-transfert*” ou “*construction-bail-exploitation-transfert*”. Il s’agit de variantes des projets “construction-exploitation-transfert” ou “construction-transfert-exploitation” dans lesquelles aux obligations et autres conditions généralement associées aux projets CET vient s’ajouter la location par le concessionnaire, pendant la durée de l’accord, des biens corporels sur lesquels l’ouvrage est situé;

d) “*Construction-propriété-exploitation-transfert*”. Il s’agit de projets dans lesquels un concessionnaire est engagé pour financer, construire, exploiter et entretenir une infrastructure donnée en contrepartie de quoi il est autorisé à percevoir des usagers des redevances et autres droits. À la différence de ce qui se passe dans les projets CET, l’entité privée est propriétaire de l’ouvrage et des actifs jusqu’au transfert à l’autorité contractante;

e) “*Construction-propriété-exploitation*”. Il s’agit d’une variante des projets “construction-propriété-exploitation-transfert” dans laquelle le concessionnaire est propriétaire de l’ouvrage à titre définitif et n’est pas tenu de le transférer à l’autorité contractante.

18. Outre les appellations qui visent à faire ressortir le régime de propriété particulier des projets, il en existe d’autres qui font ressortir une ou plusieurs des obligations du concessionnaire. Dans certains cas, l’infrastructure existante est remise à des entités privées, avec charge pour elles de la moderniser ou de la remettre en état, de l’exploiter et d’en assurer la maintenance, à titre définitif ou pour une période déterminée. Selon que le secteur privé est ou non propriétaire de l’infrastructure, on parle de “remise en état-exploitation-transfert” ou de “modernisation-exploitation-transfert”, dans le premier cas, et de “remise en état-propriété-exploitation” ou de “modernisation-propriété-exploitation” dans le second. L’expression “conception-construction-financement-exploitation” est parfois employée pour insister sur le fait que le concessionnaire est en outre chargé de concevoir l’ouvrage et d’en financer la construction.

C. Formes de participation du secteur privé aux projets d’infrastructure

19. La participation du secteur privé aux projets d’infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes. Pour déterminer l’adéquation d’une variante particulière à un type donné d’infrastructure, les autorités publiques doivent tenir compte des besoins du pays et évaluer les moyens les plus efficaces de mettre en place et d’exploiter tel ou tel type d’infrastructure (voir les paragraphes 54 à 82). Il peut exister, dans un secteur donné, plus d’une option.

1. Propriété et exploitation publiques

20. Lorsque l’on souhaite que la propriété et le contrôle soient publics, on peut obtenir un financement direct par le secteur privé ainsi que l’exploitation de l’infrastructure selon des principes commerciaux en créant une entité juridique distincte contrôlée par l’État, et qui sera propriétaire du projet et en assurera l’exploitation. Une telle entité peut être gérée comme une entreprise commerciale privée indépendante assujettie aux mêmes règles et aux mêmes principes commerciaux que les entreprises privées. Certains pays font exploiter depuis longtemps déjà leurs infrastructures par des sociétés de ce type. En ouvrant le capital de ces dernières aux investisseurs privés, ou en profitant du fait qu’elles peuvent émettre des obligations ou d’autres titres, il est possible d’attirer des investisseurs privés dans le secteur des infrastructures.

21. Une autre façon de s’assurer la participation du secteur privé dans les infrastructures détenues et exploitées par une entité publique peut être de négocier des “contrats de service”, au titre desquels l’exploitant public soustrait certaines activités d’exploitation et de maintenance au secteur privé. L’entité publique peut également confier un grand nombre de ces activités à une entité privée qui agit pour le compte de l’autorité contractante. Dans le cadre d’un tel arrangement, parfois appelé “contrat de gestion”, la rémunération de l’exploitant privé peut être liée à ses résultats, souvent par le biais d’un mécanisme de partage des bénéfices, encore qu’une redevance fixe puisse être appliquée, en particulier lorsque les parties jugent difficiles d’établir des mécanismes mutuellement acceptables pour évaluer les résultats de l’exploitant.

2. Propriété publique et exploitation privée

22. La totalité de l’exploitation d’une infrastructure publique peut également être transférée à des entités privées. Une possibilité est d’accorder à l’entité privée, en général pour une certaine période, le droit d’utiliser une infrastructure donnée, de fournir les services et de percevoir les recettes générées par cette activité. Cette infrastructure peut déjà exister ou avoir été construite spécialement par l’entité privée concernée. Cette combinaison de propriété publique et d’exploitation privée présente les caractéristiques essentielles des arrangements qui, dans

certaines systèmes juridiques, peuvent être appelées “concessions de travaux publics” ou “concessions de service public”.

23. Il existe aussi une autre forme de participation des entreprises privées dans le secteur des infrastructures, dans laquelle l'autorité contractante choisit une entité privée pour exploiter un ouvrage qui a été construit par une entité publique ou pour son compte, ou dont la construction a été financée par des fonds publics. En vertu d'un tel arrangement, l'exploitant s'engage à exploiter et entretenir l'infrastructure contre le droit de faire payer les services qu'il fournit. Dans un tel cas, il s'engage à verser à l'autorité contractante une partie des recettes générées par l'infrastructure et que l'autorité contractante utilise pour amortir les coûts de construction. De tels arrangements portent, dans certains systèmes juridiques, le nom de “bail” ou “affermage”.

24. Dans un certain nombre de pays, il est des types d'infrastructure appartenant à une entité publique qui sont rarement repris, à la fin de la concession, par l'autorité contractante, qui préfère en général maintenir l'ouvrage sous exploitation privée. Dans ce cas, l'utilisation et la détention par une entité privée de biens publics, qui avaient été concédées au départ pour une période limitée, peuvent dans la pratique prendre un caractère définitif (voir chap. VI, “Achèvement du projet, prorogation et résiliation”, ___).

3. Propriété et exploitation privées

25. Selon la troisième option, l'entité privée ne se contente pas d'exploiter l'ouvrage, mais est également propriétaire des actifs qui lui sont associés. Là encore, il peut y avoir des différences substantielles dans la manière dont ces projets sont traités en droit interne, notamment selon que l'autorité contractante conserve le droit de redevenir propriétaire de l'ouvrage ou d'assumer la responsabilité de son exploitation (voir aussi chap. V, “Construction et exploitation de l'infrastructure”, ___).

26. Lorsque l'ouvrage est exploité dans le cadre d'une licence accordée par l'État, la propriété privée des actifs matériels (par exemple un réseau de télécommunications) est souvent séparable de la licence de fourniture des services au public (par exemple des services téléphoniques interurbains), dans la mesure où l'État peut, dans certaines circonstances, retirer cette licence. Ainsi, la propriété privée de l'ouvrage n'implique pas nécessairement un droit permanent de fournir le service.

D. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure

1. Notion de financement de projet

27. Dans les opérations de financement classiques, les prêteurs se fient habituellement à la solvabilité générale de l'emprunteur et sont protégés contre l'échec du projet par les garanties fournies par les actionnaires de l'emprunteur ou par leurs sociétés mères. Cette forme de financement est habituellement appelée “financement d'entreprise” ou “financement sur bilan” afin de bien montrer que les sommes empruntées pour financer le projet seront à porter au passif de la société des actionnaires du concessionnaire. Un financement d'entreprise sera généralement proposé aux emprunteurs ayant une assise suffisamment solide pour supporter le risque d'échec du projet.

28. Toutefois, pour les grands projets comprenant la construction d'une nouvelle infrastructure, les actionnaires de la société de projet sont rarement disposés à fournir une garantie. Ces projets sont donc souvent exécutés avec un “financement de projet”, auquel cas le remboursement des prêts contractés par l'emprunteur est assuré essentiellement par les recettes que génère le projet. Il n'y a pas d'autres garanties, ou bien, si elles existent, elles ne couvrent que certains risques limités. C'est pourquoi les actifs et les recettes, ainsi que les droits et les obligations relatifs au projet, sont estimés indépendamment et sont strictement séparés des avoirs des actionnaires de la société de projet.

29. Le financement de projet est dit “financement sans recours” en raison de l’absence de recours contre les actionnaires de la société de projet. Dans la pratique, toutefois, les prêteurs sont rarement disposés à engager les importantes sommes nécessaires aux projets d’infrastructure uniquement sur la base du cash flow attendu ou des actifs d’un projet. Ils peuvent réduire les risques encourus en prévoyant dans les documents de projet un certain nombre d’arrangements de soutien ou de sûretés annexes et d’autres moyens de protection des crédits fournis par les actionnaires de la société de projet, les pouvoirs publics, les acheteurs ou d’autres tiers intéressés. Cette modalité est généralement appelée financement “à recours limité”.

2. Sources de financement des projets d’infrastructure

30. D’autres formules que le financement public traditionnel jouent un rôle croissant dans le développement des infrastructures. Ces dernières années, de nouveaux investissements d’infrastructure ont, dans divers pays, été financés exclusivement ou essentiellement par des fonds privés. Les deux principaux types de financement sont la prise de participation et l’emprunt, ce dernier prenant en général la forme de crédits obtenus sur les marchés commerciaux. Il existe toutefois d’autres sources de financement. Les investissements publics et privés sont souvent associés dans des arrangements parfois désignés sous l’appellation “partenariat entre le secteur public et le secteur privé”.

a) Capital social

31. La première forme de financement des projets d’infrastructure est la prise de participation au capital social. Ce capital est constitué en premier lieu par les promoteurs du projet ou d’autres particuliers qui souhaitent acheter des parts de la société du concessionnaire. Normalement, toutefois, il ne représente qu’une partie du coût total d’un projet d’infrastructure. Pour obtenir des prêts commerciaux ou pour avoir accès à d’autres sources de fonds afin de mobiliser les capitaux nécessaires pour le projet, les promoteurs du projet et les autres investisseurs doivent accorder la priorité aux prêteurs et à d’autres bailleurs de fonds, et accepter ainsi que leur propre investissement ne soit versé qu’après celui des autres bailleurs de fonds. En conséquence, les promoteurs du projet, en tant que principale partie prenante, supportent généralement le risque financier le plus élevé. Mais, en contrepartie, ils recevront la plus grosse part des bénéfices, une fois versé l’investissement initial. Une prise de participation importante des promoteurs du projet au capital social est généralement bien accueillie par les prêteurs et par l’État, dans la mesure où cela contribue à réduire la charge du service de la dette sur le cash flow du concessionnaire et garantit l’intéressement de ces sociétés au succès du projet.

b) Crédits commerciaux

32. L’emprunt constitue souvent la principale source de financement des projets d’infrastructure. Les capitaux sont obtenus sur le marché financier, principalement sous la forme de prêts accordés à la société de projet par des banques commerciales nationales ou étrangères, qui utilisent habituellement des fonds provenant de dépôts à court ou à moyen terme rémunérés à des taux flottants. Ces prêts sont donc souvent assortis de taux d’intérêt flottants et ont en général une échéance plus courte que la durée du projet. Toutefois, lorsque cela est possible et économique, compte tenu des conditions du marché financier, les banques peuvent préférer réunir et prêter des fonds à moyen ou long terme à des taux fixes, ce qui leur évite de s’exposer elles-mêmes et d’exposer le concessionnaire sur une longue période aux fluctuations des taux d’intérêt, et rend moins nécessaires des opérations de couverture à terme.

33. Lorsqu’ils accordent des prêts commerciaux, les prêteurs exigent en général que leur remboursement ait priorité sur celui de toute autre dette de l’emprunteur. C’est pourquoi ces prêts sont appelés “non subordonnés” ou “privilegiés”. Ils sont dits “garantis” ou “non garantis” selon que le remboursement est garanti ou non par une sûreté donnée par l’emprunteur. Les prêts non garantis (c’est-à-dire les prêts pour lesquels l’emprunteur ne fournit aucune sûreté) sont en général accordés sur la base de la solvabilité de l’emprunteur. Toutefois, afin de réduire au minimum les risques pris, les prêteurs qui accordent des prêts non garantis demandent souvent à l’emprunteur de s’engager

à ne pas donner en gage ses actifs nets au profit d'une autre partie avant d'en faire bénéficier les créanciers chirographaires. Un tel engagement est généralement appelé "clause de nantissement négative". Pour garantir un prêt, l'emprunteur fournit normalement une caution, telle que des parts de la société de projet ou les biens et créances de cette dernière. La capacité qu'a l'emprunteur d'offrir ce type de garantie ainsi que sa solvabilité et celle de ses garants limite habituellement le risque auquel s'exposent les prêteurs et réduit donc le coût du crédit.

c) *Prêts "subordonnés"*

34. Le troisième type de fonds auquel il est généralement fait appel pour ces projets sont les prêts "subordonnés" parfois appelés aussi capitaux "mezzanine". Ces prêts ont un rang d'exigibilité supérieur aux fonds propres, mais inférieur aux prêts privilégiés. Cette subordination peut être générale (ils viennent après toute dette privilégiée) ou spécifique, auquel cas les accords de crédit précisent le type de dette auquel ils sont subordonnés. Ils ont souvent un taux fixe, généralement plus élevé que celui des prêts privilégiés. Pour attirer de tels capitaux, ou parfois pour éviter des taux d'intérêt plus élevés, la possibilité peut être offerte aux bailleurs de fonds de participer directement aux plus-values, grâce à l'émission d'actions ou d'obligations privilégiées ou convertibles, quelquefois assorties de l'option de souscrire des parts du concessionnaire à des taux préférentiels.

d) *Investisseurs institutionnels*

35. Il est possible d'obtenir des prêts subordonnés, en plus de ceux qui sont accordés par les promoteurs du projet ou par des institutions financières publiques, de sociétés de financement, de fonds d'investissement, de compagnies d'assurance, de sociétés d'investissement collectif (par exemple des fonds communs de placement), de caisses de retraite et d'autres "investisseurs institutionnels". Ces institutions disposent normalement de sommes élevées disponibles pour l'investissement à long terme et peuvent représenter une source importante de capitaux supplémentaires pour les projets d'infrastructure. Elles acceptent le risque de fournir des capitaux pour de tels projets, en raison essentiellement des perspectives de rémunération et d'une volonté de diversifier leurs investissements.

e) *Marché financier*

36. À mesure que s'étend l'expérience en matière de projets d'infrastructure à financement privé, on a de plus en plus recours au marché financier. Des fonds peuvent être mobilisés par l'émission d'actions privilégiées, d'obligations et d'autres instruments négociables sur des places boursières reconnues. En général, l'offre au public d'instruments négociables exige l'approbation d'un organisme réglementaire et le respect des dispositions applicables de la juridiction concernée, telles que celles qui ont trait aux informations à fournir dans le prospectus d'émission et, dans certaines juridictions, l'enregistrement préalable. Les obligations et autres instruments négociables peuvent avoir pour seule garantie la réputation générale de l'émetteur, ou peuvent être garantis par une hypothèque ou un autre nantissement sur un bien particulier.

37. Les sociétés de services publics ayant des antécédents commerciaux connus peuvent généralement accéder plus facilement aux marchés financiers que les sociétés créées spécialement pour construire et exploiter une nouvelle infrastructure et ne possédant pas la cote de crédit requise. De fait, un certain nombre de bourses exigent que la société émettrice ait déjà fait ses preuves pendant une période minimale afin d'être autorisée à émettre des instruments négociables.

f) *Financement par des institutions financières islamiques*

38. Il existe un groupe supplémentaire de bailleurs de fonds potentiels, à savoir les institutions financières islamiques. Elles fonctionnent souvent selon des règles et des pratiques dérivées de la tradition juridique islamique. L'une des principales caractéristique des activités bancaires, en vertu de ces règles, est l'absence de paiement

d'intérêts et par conséquent l'établissement d'autres formes de contrepartie pour les fonds empruntés, telles que la participation au bénéfice ou la participation directe aux résultats des opérations de leurs clients. De ce fait, ces institutions peuvent être davantage disposées que d'autres banques commerciales à envisager une participation directe ou indirecte au capital.

g) Financement par des institutions financières internationales

39. Les institutions financières internationales peuvent également jouer un rôle important comme fournisseur de prêts, de garanties ou la prise de participation dans des projets d'infrastructure à financement privé. Un certain nombre de projets ont ainsi été financés par la Banque mondiale, la Société financière internationale ou des banques régionales de développement.

40. Les institutions financières internationales peuvent également contribuer à la formation de "syndicats financiers" pour l'octroi de prêts au projet. Certaines d'entre elles ont des programmes spéciaux au titre desquels elles deviennent le seul "prêteur officiel" d'un projet, agissant pour leur compte et pour le compte des banques participantes et se chargeant de la gestion des versements effectués par les participants ainsi que du recouvrement et de la distribution ultérieurs des sommes reçues de l'emprunteur au titre de remboursement, ou bien en vertu d'accords particuliers ou d'autres droits que leur confère leur statut de créancier privilégié. Certaines institutions financières internationales peuvent également prendre une participation au capital, fournir des capitaux mezzanine en investissant dans des fonds spécialisés dans les sûretés émises par les exploitants d'infrastructure. Enfin, ces institutions peuvent aussi fournir des garanties contre un certain nombre de risques politiques, ce qui peut aider la société de projet à mobiliser plus facilement des fonds sur le marché financier international (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

h) Appui d'organismes de crédit à l'exportation

41. Les organismes de crédit à l'exportation peuvent fournir un appui au projet sous forme de prêts, de garanties, ou d'une combinaison des deux. Leur participation peut présenter un certain nombre d'avantages tels que des taux d'intérêt inférieurs aux taux pratiqués par les banques commerciales et des prêts à plus long terme, parfois à un taux fixe (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

i) Association de fonds publics et privés

42. En plus de prêts et garanties accordés par les banques commerciales et les institutions financières publiques nationales ou multilatérales, il arrive que des fonds publics viennent s'ajouter aux capitaux privés pour financer les projets nouveaux. Ces fonds peuvent provenir des recettes publiques ou d'emprunts souverains. Ils peuvent être combinés à des fonds privés, comme investissement initial ou paiements à long terme, ou prendre la forme de subventions ou de garanties publiques (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

43. Les projets d'infrastructure peuvent être coparrainés par les pouvoirs publics sous forme de prise de participation au capital de la société concessionnaire, ce qui réduit le montant des capitaux propres et des capitaux d'emprunts à se procurer auprès de sources privées. Dans certains cas, les pouvoirs publics entreprennent de verser directement des fonds au concessionnaire afin de stimuler l'investissement dans des projets considérés comme présentant un risque commercial élevé. Par exemple, le secteur privé peut être découragé d'investir dans de nouvelles routes à péage parce que les prévisions de trafic, quel que soit le professionnalisme avec lequel elles ont pu être établies, sont incertaines et dépendent d'un certain nombre de facteurs imprévisibles. Pour attirer les investisseurs vers de nouveaux projets jugés d'intérêt public, certains pays ont mis en place un système de versement direct par les pouvoirs publics d'une somme forfaitaire, fixée par exemple sur la base d'une estimation du trafic (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

E. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure

44. Les parties à un projet d'infrastructure à financement privé peuvent être très diverses selon le secteur, la modalité de participation des entreprises privées et les arrangements arrêtés pour le financement du projet. Les paragraphes qui suivent recensent les principales parties associées à la mise en œuvre d'un projet typique d'infrastructure à financement privé comportant la construction d'un nouvel ouvrage exécuté selon la formule du "financement de projet".

1. L'autorité contractante et autres organismes publics

45. L'exécution d'un projet d'infrastructure à financement privé fait souvent intervenir un certain nombre d'autorités publiques du pays hôte aux niveaux national, provincial ou local. L'autorité contractante est le principal organe responsable du projet au sein de l'État. En outre, l'exécution du projet peut nécessiter la participation active (par exemple pour la délivrance de licence ou de permis) d'autres organismes que l'autorité contractante, au même niveau ou à un niveau différent de l'État. Ces autorités jouent un rôle déterminant dans l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé.

46. L'autorité contractante ou un autre organisme public identifie normalement le projet sur la base de ses propres politiques de développement des infrastructures dans le secteur concerné et détermine le type de participation du secteur privé qui permettrait l'exploitation la plus efficace de l'ouvrage. Ensuite, l'autorité contractante engage le processus qui conduit à la sélection du concessionnaire. Par ailleurs, pendant toute la durée du projet, les pouvoirs publics peuvent être appelés à fournir diverses formes de soutien – législatif, administratif, réglementaire et parfois financier – afin d'assurer la bonne exécution des travaux de construction et une exploitation satisfaisante de l'ouvrage. Enfin, dans certains projets, l'État peut devenir le propriétaire ultime de l'ouvrage.

2. La société de projet et les promoteurs du projet

47. Les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement exécutés par un groupement d'entreprises comprenant des sociétés de construction et d'ingénierie et des fournisseurs d'équipement lourd qui souhaitent devenir les principaux entrepreneurs ou fournisseurs du projet. Les sociétés qui participent à ce groupement sont souvent désignées comme étant les "promoteurs du projet". Elles participeront très activement à la phase initiale d'élaboration et leur aptitude à coopérer entre elles et à engager d'autres partenaires fiables sera essentielle pour que les travaux soient menés à bonne fin en temps voulu. En outre, la participation d'une société qui a l'expérience de l'exploitation du type d'ouvrage en construction est un facteur important de la viabilité à long terme du projet (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____). Lorsqu'une entité juridique indépendante est créée par les promoteurs du projet, d'autres investisseurs en fonds propres non engagés d'une autre manière dans le projet (généralement des investisseurs institutionnels, des banques d'investissement, des organismes de crédit bilatéraux ou multilatéraux, parfois aussi une entité publique ou une entreprise publique) peuvent également participer. La participation d'investisseurs du secteur privé du pays hôte est parfois encouragée par l'État.

3. Prêteurs

48. Les risques auxquels s'exposent les prêteurs dans le financement d'un projet, qu'il s'agisse d'un financement sans recours ou avec recours limité, sont considérablement plus élevés que dans les opérations classiques. Cela est encore plus vrai lorsque la valeur de garantie des avoirs matériels (par exemple une route, un pont ou un tunnel) est difficile à réaliser en raison de l'absence de "marchés" où ils pourraient être facilement vendus ou bien d'obstacles à la récupération ou à la rentrée en possession. Ce facteur influe non seulement sur les conditions d'octroi des prêts (par exemple le coût généralement plus élevé et les nombreuses conditions dont est assorti le financement), mais aussi, dans la pratique, sur la disponibilité des fonds.

49. Étant donné l'ampleur de l'investissement nécessaire pour un projet d'infrastructure à financement privé, les prêts sont souvent "syndiqués", une ou plusieurs banques assumant le rôle de chef de file pour négocier le dossier de financement au nom des autres institutions financières participantes, principalement des banques commerciales. Les banques commerciales qui se spécialisent dans les prêts à certaines industries ne sont généralement pas disposées à assumer des risques qu'elles connaissent mal (pour un examen des risques liés au projet, voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____). Par exemple, des prêteurs à long terme peuvent ne pas être disposés à octroyer des crédits à court terme pour financer la construction d'une infrastructure. C'est pourquoi, dans les grands projets, différents prêteurs interviennent souvent à différentes phases du projet. Afin d'éviter des litiges pouvant naître de mesures contradictoires prises par différents prêteurs ou des litiges entre les prêteurs à propos du remboursement de leurs prêts, les bailleurs de fonds qui octroient des prêts à des projets importants négocient habituellement ce que l'on appelle un "accord intercréanciers". Ce type d'accord comporte en général des dispositions portant sur des questions telles que les provisions pour versements, au prorata ou selon un ordre de priorité donné; les conditions de déclaration de défaillance et de réduction de l'échéance des crédits; et la coordination de la saisie des sûretés fournies par la société de projet.

4. Institutions financières internationales et organismes de crédit à l'exportation

50. Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation auront des préoccupations généralement analogues à celles des autres prêteurs. Mais ils veilleront en outre particulièrement à ce que l'exécution du projet et son exploitation n'aillent pas à l'encontre de certains de leurs objectifs de politique générale. Les institutions financières internationales accordent de plus en plus d'importance à l'impact des projets d'infrastructure sur l'environnement et à leur viabilité à long terme. Celles qui accordent des prêts à un projet étudieront aussi soigneusement les méthodes et procédures de sélection du concessionnaire. De nombreuses institutions financières mondiales et régionales ainsi que des organismes bilatéraux de financement du développement ont établi des principes directeurs où d'autres conditions régissant la passation de marchés avec des fonds qu'ils fournissent, exigences que l'on constate particulièrement dans leurs accords de prêt type (voir aussi chap. III, "Sélection du concessionnaire", ____).

5. Assureurs

51. Normalement, un projet d'infrastructure comporte une assurance dommages couvrant les équipements et le matériel, une assurance-responsabilité civile et une assurance contre les accidents du travail. Parmi les autres types d'assurances possibles, on peut citer les assurances contre les pertes d'exploitation, la rupture de cash flow et les dépassements de coût (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____). Ces types d'assurances sont généralement disponibles sur le marché privé de l'assurance, encore qu'une assurance commerciale puisse être difficile à contracter pour certains événements extraordinaires échappant au contrôle des parties (par exemple, guerre, émeutes, vandalisme, tremblements de terre ou cyclones). Le marché privé de l'assurance joue un rôle de plus en plus grand pour la couverture de certains types de risques politiques, tels que la dénonciation du contrat, la non-exécution par un organisme public de ses obligations contractuelles ou la mise en jeu abusive de garanties indépendantes. Dans certains pays, les assureurs proposent des contrats globaux destinés à éviter que certains risques ne soient pas couverts par suite de lacunes entre les différentes polices d'assurance. Outre les compagnies privées, des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements, la Société financière internationale, les banques régionales de développement ou des organismes de crédit à l'exportation peuvent garantir contre les risques politiques (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____).

6. Experts et conseillers indépendants

52. Les experts et conseillers indépendants jouent un rôle important aux différentes étapes des projets d'infrastructure à financement privé. Les entreprises expérimentées complètent généralement leurs compétences

techniques en s'assurant les services d'experts et de conseillers extérieurs, tels que des experts financiers, des conseillers internationaux extérieurs ou des ingénieurs-conseils. Des banques d'affaires et des banques d'investissement conseillent souvent les promoteurs des projets pour l'organisation du financement et l'élaboration du projet à exécuter, activité qui, si elle est indispensable pour le financement de projets, est nettement distincte du financement lui-même. Des experts indépendants peuvent donner des conseils aux prêteurs, par exemple sur l'évaluation des risques liés aux projets dans tel ou tel pays d'accueil. Ils peuvent également aider l'État à concevoir des stratégies pour un secteur particulier et à mettre en place un cadre juridique et réglementaire approprié. Ils peuvent également aider l'autorité contractante à effectuer des études de faisabilité et autres études préliminaires, à formuler des demandes de proposition ou des clauses et des spécifications contractuelles types, à évaluer et comparer les propositions ou à négocier l'accord de projet.

53. Outre les entités privées, un certain nombre d'organisations intergouvernementales (par exemple, l'ONUDI, les commissions régionales du Conseil économique et social) et des institutions financières internationales (comme la Banque mondiale et les banques de développement régionales) ont des programmes spéciaux en vertu desquels elles peuvent aussi fournir ce type d'assistance technique directement aux pouvoirs publics ou aider ces derniers à trouver des conseillers qualifiés.

F. Politique en matière d'infrastructures, structure du secteur et concurrence

54. Les rôles du secteur public et du secteur privé dans le développement des infrastructures ont considérablement évolué au cours de l'histoire. Des services tels que l'éclairage au gaz des voies publiques, la distribution d'électricité, la télégraphie et la téléphonie, les transports en train à vapeur et en tramway électrique ont été créés au XIX^e siècle et, dans de nombreux pays, ils étaient fournis par des entreprises privées ayant obtenu une licence ou une concession de l'État. De nombreux projets de construction de routes ou de creusement de canaux financés par des fonds privés ont été réalisés à cette époque et le financement international de projets s'est rapidement développé, avec notamment l'émission internationale d'obligations pour financer les chemins de fer et d'autres infrastructures essentielles.

55. Toutefois, on relève pendant la plus grande partie du XX^e siècle une tendance à la prise en charge par l'État des infrastructures et d'autres services. Les exploitants de ces infrastructures étaient souvent nationalisés et la concurrence était réduite par les fusions et les acquisitions. Pendant toute cette période, le degré d'ouverture de l'économie mondiale a également diminué. Les infrastructures n'ont continué à être exploitées par le secteur privé que dans un nombre relativement restreint de pays, avec une concurrence limitée ou inexistante. Dans beaucoup, la place dominante du secteur public dans les infrastructures a été consacrée par la constitution (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___).

56. L'inversion de la tendance (participation d'entreprises privées et concurrence dans le secteur des infrastructures) s'est amorcée au début des années 80 et elle est due à des facteurs à la fois généraux et propres à chaque pays. Parmi les facteurs généraux, on citera d'importantes innovations technologiques, un fort endettement et d'impérieuses contraintes budgétaires limitant la capacité du secteur public à faire face aux besoins croissants en matière d'infrastructures; l'expansion des marchés des capitaux internationaux et locaux, qui améliore l'accès au financement privé; et l'augmentation du nombre d'expériences internationales réussies en matière de participation du secteur privé et de concurrence dans le secteur des infrastructures. Dans de nombreux pays, une nouvelle législation a été adoptée, non seulement pour régir ces opérations mais également pour modifier la structure du marché et les règles de la concurrence dans les secteurs où elles étaient effectuées.

1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructures

57. Dans la plupart des pays qui se sont dotés récemment d'infrastructures nouvelles en faisant appel à l'investissement privé, les projets ainsi financés offrent un bon moyen de répondre aux besoins en matière d'infrastructures. Parmi les aspects fondamentaux des politiques nationales figurent le niveau de concurrence que

l'on souhaite laisser à chaque secteur, la façon dont chacun d'eux est structuré et les mécanismes qui permettent de faire fonctionner le marché des infrastructures. Les politiques nationales de promotion de l'investissement privé dans les infrastructures s'accompagnent souvent de mesures tendant à faire entrer en concurrence les prestataires de services publics ou à prévenir l'exploitation abusive des situations de monopole lorsque l'appel à la concurrence ne peut être envisagé.

58. Certains pays qui ont mis au point des programmes de promotion de l'investissement privé dans la construction et l'exploitation d'infrastructures publiques ont jugé utile de revoir l'analyse des hypothèses qui avaient présidé à la création des monopoles du secteur public, ainsi que des circonstances historiques et politiques de cette création en vue: a) de déterminer les activités qui conservent le caractère d'un monopole naturel; et b) de déterminer s'il est faisable et souhaitable d'ouvrir certains secteurs à la concurrence.

59. Les mesures à prendre pour mettre en œuvre une politique d'ouverture des infrastructures à la concurrence sont déterminées essentiellement par la configuration du marché déjà en place. Les éléments les plus significatifs de cette configuration sont les barrières à l'entrée des concurrents (qu'elles soient économiques, juridiques, techniques ou autres), le degré d'intégration verticale ou horizontale, le nombre d'entreprises opérant sur le marché et la disponibilité de biens ou de services de substitution.

a) *Politique de la concurrence et monopoles*

60. *Stricto sensu*, un monopole est un marché où l'offre provient d'un fournisseur unique. En fait, le monopole absolu et la concurrence parfaite sont les deux extrêmes d'un éventail de situations et la plupart des marchés de biens et de services se situent entre ces deux extrêmes. D'une manière générale, on peut distinguer trois catégories de monopoles: les monopoles naturels, les monopoles de droit et les monopoles de fait. Chacune de ces catégories peut appeler une politique différente:

a) Les *monopoles naturels* sont des activités économiques qui permettent à un seul fournisseur de répondre à la demande de l'ensemble du marché à un coût moindre que ne le feraient deux fournisseurs ou plus. C'est la situation typique des activités économiques qui exigent de forts investissements et des équipements très coûteux mais dont les coûts de production par unité supplémentaire (par exemple, un mètre cube d'eau de plus pour répondre à un accroissement de la demande) vont décroissant. Un monopole naturel exige normalement d'importants investissements fixes initiaux, d'où la difficulté pour une nouvelle entreprise, qui ne peut profiter des mêmes économies d'échelle, de pénétrer sur le marché et de vendre moins cher que l'entreprise en place;

b) Les *monopoles de droit* sont créés par la loi et peuvent couvrir des secteurs ou des activités qui sont ou non des monopoles naturels. Ces derniers n'existent que parce que la concurrence est interdite. Le raisonnement qui a conduit beaucoup de pays à créer des monopoles de droit a souvent été que les besoins du pays en matière d'infrastructures ne pouvaient être convenablement satisfaits, ni en termes de qualité ni en termes de quantité, si on s'en remettait entièrement au marché;

c) Les *monopoles de fait* ne résultent pas nécessairement de fondamentaux économiques ou de dispositions légales, mais simplement de l'absence de concurrence due au fait, par exemple, que l'entreprise dominante est intégrée et qu'elle est en mesure de maîtriser, en excluant tout autre fournisseur, les installations essentielles à sa production.

61. Les monopoles (de quelque catégorie qu'ils relèvent) se sont révélés néfastes pour l'économie. Un prestataire de services en situation de monopole est en général en mesure de fixer ses prix et le surprofit qu'il tire de l'absence de concurrence se traduit par un transfert de richesse du consommateur au producteur. Il est également apparu que les monopoles imposaient un handicap à l'économie, du fait du gonflement des prix résultant d'une production artificiellement faible; du rythme réduit de l'innovation; et du manque d'incitation à abaisser les coûts de production.

En outre, dans certains secteurs, ils peuvent avoir des effets secondaires sur les autres marchés: ainsi, l'absence de concurrence et l'inefficacité dans les télécommunications ont des répercussions négatives sur l'ensemble de l'économie en faisant augmenter les coûts.

62. Malgré leurs inconvénients économiques, les monopoles et autres barrières réglementaires à la concurrence sont parfois conservés, même quand il n'y a plus monopole naturel. L'une des raisons invoquées dans ce cas est que le monopole peut servir certains objectifs de la politique nationale, comme la fourniture à certaines régions ou à certaines catégories de consommateurs de services à bon marché, voire à un coût inférieur au prix de revient. Comme exemple de services qui peuvent être fournis à perte, on peut citer l'accès aux liaisons téléphoniques de première nécessité, l'approvisionnement en eau et en électricité, les transports à tarif réduit pour certaines catégories de voyageurs (écoliers ou personnes âgées, par exemple) et divers services destinés aux ruraux ou aux usagers à faible revenu. Le monopole est en mesure de financer ces prestations grâce aux subventions internes "croisées" que lui permettent les services bénéficiaires qu'il fournit à d'autres régions ou à d'autres catégories de consommateurs.

63. Pour expliquer le maintien des monopoles de droit qui ne sont pas des monopoles naturels, on invoque aussi la nécessité de rendre le secteur concerné plus intéressant pour l'investisseur privé. Il arrive en effet que les exploitants privés réclament l'exclusivité pour la fourniture d'un service donné, de manière à réduire le risque commercial auquel est exposé leur investissement. Mais ce souci doit être apprécié au regard des intérêts des consommateurs et de l'ensemble de l'économie. Dans les pays qui estiment devoir accorder des droits exclusifs pour attirer l'investissement privé, il peut être souhaitable d'envisager de ne restreindre la concurrence que pendant un certain temps (voir chap. IV, "L'accord de projet", ____).

b) *La concurrence en fonction des infrastructures*

64. Il y a peu encore, les situations de monopole dominaient dans la plupart des secteurs infrastructurels, soit parce qu'il y existait un monopole naturel, soit parce que des obstacles réglementaires ou d'autres facteurs (par exemple l'intégration verticale des prestataires de services publics) empêchaient toute concurrence réelle. Mais l'évolution rapide des technologies a étendu le champ potentiel de la concurrence dans ces secteurs:

a) Dans le *secteur des télécommunications*, les nouvelles technologies sans fil non seulement autorisent la téléphonie mobile mais font de surcroît de plus en plus souvent concurrence aux réseaux câblés. D'autres innovations - les fibres optiques, la télévision par câble, la transmission de données par les lignes électriques, la couverture de la planète par les satellites, l'augmentation de la puissance des ordinateurs, l'amélioration des techniques de compression des données, la convergence entre télécommunications, radiodiffusion et traitement des données - ébranlent les monopoles traditionnels et bouleversent la prestation des services. Ces nouveautés et d'autres encore ont ouvert les télécommunications à la concurrence et les pays sont de plus en plus nombreux à laisser le marché y jouer librement en ne limitant que l'accès aux services qui supposent l'emploi de ressources publiques rares, comme les fréquences radio;

b) Dans le *secteur de l'énergie*, les turbines à gaz à cycle combiné et d'autres techniques permettant de produire de l'électricité à petite échelle avec un bon rendement et la fabrication de matériel de production électrique normalisé ont conduit plusieurs pays à modifier la structure monopolistique et verticalement intégrée de leur marché national. L'augmentation de la puissance des ordinateurs et l'amélioration des logiciels de traitement des données permettent de répartir l'électricité plus facilement sur un réseau, d'organiser la mise en partage des puissances produites, et de mettre en place d'autres dispositifs d'accès au réseau et d'échanges;

c) Dans le *secteur des transports* aussi, la technologie est fréquemment à l'origine de l'évolution de l'organisation des activités : l'apparition des conteneurs et d'autres innovations, comme les communications par satellite qui permettent de suivre en continu les expéditions dans le monde entier, ont eu de profondes conséquences

pour les transports maritimes, la gestion des ports, les transports ferroviaires et le camionnage, tout en favorisant le développement du transport multimodal.

65. De telles évolutions technologiques ont poussé les législateurs d'un certain nombre de pays à élargir la concurrence au domaine des infrastructures en abolissant les monopoles et les autres barrières à l'entrée du marché, en modifiant l'organisation des infrastructures et en mettant en place un cadre réglementaire favorisant une concurrence effective. L'étendue de ces initiatives est fonction du secteur, de la taille du marché et de plusieurs autres facteurs.

2. Restructuration des secteurs infrastructurels

66. Dans beaucoup de pays, l'intervention du secteur privé dans le domaine des infrastructures a été précédée d'une restructuration des secteurs concernés. En général, l'action législative commence par l'abolition des règlements qui interdisent au secteur privé d'intervenir et par l'élimination dans la loi de tout ce qui fait obstacle à la concurrence et ne peut être justifié en invoquant l'intérêt public. Il convient toutefois de noter que le degré d'ouverture à la concurrence d'un secteur donné est décidé en fonction de la politique économique générale du pays. Certains pays, notamment les pays en développement, peuvent avoir légitimement intérêt à développer certains secteurs de l'industrie locale et peuvent donc choisir de ne pas ouvrir certaines infrastructures à la concurrence.

67. S'agissant des situations de monopole qui sont le produit d'interdictions légales et non la résultante de fondamentaux économiques et technologiques, la principale mesure législative à prendre est de faire disparaître les obstacles juridiques, mesure qu'il peut être nécessaire de renforcer en mettant en place des règles de concurrence (interdiction des collusions, des cartels, des prix abusifs et d'autres pratiques commerciales déloyales) et une tutelle réglementaire (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ____). Pour certaines activités cependant, on ne peut faire naître une concurrence réelle par la simple suppression des obstacles de droit. Encore faut-il légiférer pour restructurer le secteur concerné. Certains pays maintiennent les monopoles temporairement, juste assez longtemps pour permettre le passage progressif, ordonné et socialement accepté d'une situation monopolistique à un marché concurrentiel.

a) Fragmentation des services d'infrastructure

68. Dans certains pays, il est apparu qu'une entreprise verticalement ou horizontalement intégrée exploitant une infrastructure pouvait être en mesure d'empêcher toute concurrence effective. Cette entreprise peut chercher à étendre sa puissance monopoliste d'un marché ou d'un sous-marché à un autre pour tirer de ces nouvelles activités une rente de monopole supplémentaire. Aussi, certains pays ont-ils jugé nécessaire de dissocier l'élément monopolistique (que constitue, par exemple, un réseau électrique) des éléments concurrentiels dans un secteur donné. Dans l'ensemble, les services d'infrastructure sont de nature plutôt concurrentielle, tandis que l'infrastructure physique correspondante est souvent de type monopolistique.

69. La dissociation des activités concurrentielles et monopolistiques peut, par voie de conséquence, nécessiter la fragmentation des activités intégrées verticalement ou horizontalement. La fragmentation verticale se produit lorsque les activités d'amont sont dissociées des activités d'aval: c'est le cas dans le secteur de l'électricité par exemple, avec la séparation des fonctions de production, de transport, de distribution et de fourniture de l'énergie. Le but de l'opération est normalement de mettre les ouvrages essentiels ou les installations fondamentales du réseau à part des activités commerciales soumises à la concurrence. La fragmentation horizontale se produit lorsqu'une ou plusieurs des activités parallèles d'un monopole de service public sont partagées entre plusieurs entreprises qui peuvent soit se concurrencer directement sur le marché (ce qui est de plus en plus fréquemment le cas pour la production d'électricité), soit conserver un monopole, mais sur un territoire plus petit (ce qui peut arriver pour la distribution d'électricité). Ce type de fragmentation touche à la fois l'activité unique ou le sous-secteur qui se trouvent

démantelés (comme dans les exemples précédents) et les entreprises de substitution qui s'organisent séparément sur un ou plusieurs marchés (séparation des services de téléphonie cellulaire et câblée, par exemple).

70. Cela dit, il convient de bien analyser les coûts et les avantages de ces modifications. Pour ce qui est des coûts, il faut songer à ceux qu'engendre le changement lui-même (coûts de transaction et de transition, y compris les pertes que la nouvelle structure fait subir aux entreprises qui voient disparaître leurs avantages ou leur position protégée) et à ceux qu'entraîne l'exploitation du nouveau système, en particulier les coûts élevés de la coordination dus aux faits que la planification du réseau est plus compliquée et qu'il faut imposer des normes techniques ou prévoir des réglementations. Pour ce qui est des avantages, on peut citer les apports d'investissement frais, la création de nouveaux services ou l'amélioration de ceux qui existent déjà, l'élargissement des choix et la réduction des coûts économiques.

b) Exemples récents pris dans les grands secteurs infrastructurels

i) Télécommunications

71. La fragmentation n'est pas très courante dans le secteur des télécommunications. Dans certains pays, les services interurbains et internationaux ont été dissociés des services locaux, la concurrence étant introduite dans les premiers et les monopoles subsistant largement dans les seconds. Parfois, on voit cette tendance s'inverser et les compagnies locales recevoir l'autorisation de fournir des services interurbains et les compagnies interurbaines de fournir des services locaux, le tout dans un contexte de concurrence. La règle de la liberté d'accès au réseau est couramment imposée dans le secteur des télécommunications des pays où le prestataire traditionnel du service public fonctionne en concurrence avec d'autres fournisseurs tout en conservant le contrôle de segments essentiels du réseau.

ii) Électricité

72. Dans ce domaine, les lois récemment promulguées dans divers pays prévoient la fragmentation du secteur par dissociation des activités de production, de transport et de distribution. Parfois, elles séparent le service aux clients de la distribution, pour ne laisser en situation de monopole que l'activité monopolistique proprement dite, c'est-à-dire le transport par lignes électriques à l'intention du public. Dans ce cas de figure, les compagnies qui transportent et distribuent l'électricité ne l'achètent ni ne la vendent, elles ne font que transmettre moyennant une redevance fixée par règlement. Le commerce de l'électricité se fait entre producteurs ou revendeurs d'une part et usagers de l'autre. Dans certains pays qui ont fait ce choix, la concurrence est limitée aux grands utilisateurs ou est introduite progressivement.

73. Dans les pays qui ont opté pour l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie et du gaz, de nouveaux textes législatifs fixent la nouvelle organisation du marché en précisant dans quelle mesure il doit être fragmenté (en indiquant même parfois le nombre de prestataires de services publics qui doivent naître des restes du monopole démantelé), ou suppriment les barrières à l'entrée dans le secteur. Ces législations mettent aussi en place des règles de concurrence particulières régissant soit les structures (par exemple, interdiction des participations croisées entre entreprises opérant dans divers segments du même marché: production, transport et distribution, ou encore vente et distribution), soit les comportements (par exemple, accès des tiers, interdiction des alliances ou autres modes de collusion). De nouvelles institutions ou mécanismes réglementaires ont été mis en place pour faire fonctionner ces nouveaux marchés de l'énergie: syndicats de producteurs, systèmes de répartition, organismes sectoriels de réglementation, etc. Enfin, il a fallu amender d'autres aspects de la législation ou de la politique énergétique pour suivre cette évolution, notamment les règles concernant les marchés du pétrole, du gaz, du charbon et des autres sources d'énergie.

iii) Eau et assainissement

74. La réforme la plus couramment introduite dans les marchés de l'eau et de l'assainissement consiste en une fragmentation horizontale. Certains pays ont créé plusieurs compagnies de distribution à la place du fournisseur unique qui existait auparavant. Cette solution est particulièrement fréquente – mais on la trouve aussi ailleurs – dans les pays où existent des réseaux séparés aux interconnexions rares ou inexistantes. L'un de ses avantages est qu'elle facilite la comparaison des résultats des divers prestataires.

75. Ainsi, certains pays ont invité des investisseurs privés à assurer la fourniture en eau d'un service public ou à construire et exploiter des stations d'épuration ou de dessalement. Dans cette formule de fragmentation verticale, les services privés (et les investissements par paliers qu'ils exigent) sont en général assurés dans le cadre d'un contrat conclu avec un service public et ne modifient pas fondamentalement la nature monopolistique du marché: les stations ne se font normalement pas concurrence entre elles et, en règle générale, elles ne sont pas autorisées à contourner le service public pour desservir directement les usagers. Un certain nombre de pays ont ouvert à la concurrence le transport de l'eau et l'approvisionnement des distributeurs. Parfois, il existe des marchés de l'eau actifs; ailleurs, la concurrence se limite au domaine de l'eau à valeur ajoutée – embouteillée ou transportée en camion-citerne – et à celui des puits privés.

iv) Transports

76. Les mesures de restructuration prises dans divers pays dissocient infrastructures et services dans le secteur des transports. Si les premières présentent souvent les caractéristiques d'un monopole naturel, les seconds sont généralement concurrentiels. Cette concurrence s'analyse non seulement dans les limites de tel ou tel moyen de transport mais aussi du point de vue de plusieurs moyens à la fois puisque le train, le camion, l'autocar, l'avion et le bateau sont en concurrence pour transporter voyageurs et marchandises.

77. Dans le domaine des chemins de fer, certains pays ont choisi de séparer la propriété et l'exploitation des infrastructures (voies, systèmes de signalisation, gares, etc.) des services de transport ferroviaire (voyageurs et marchandises). Dans ce système, la loi ne permet pas à celui qui exploite les voies de fournir aussi des services de transport, lesquels sont assurés par d'autres entreprises, souvent en concurrence entre elles. Dans d'autres pays, des sociétés intégrées exploitent les infrastructures et fournissent les services, mais les tiers ont accès au réseau en vertu d'une sorte de droit de circulation. Ainsi, un transporteur (société de chemins de fer ou service de transport concurrent), peut utiliser les voies sous certaines conditions et la société qui les gère ne peut lui refuser cet accès.

78. Il y a peu de temps encore, les ports étaient administrés comme des monopoles de secteur public dans beaucoup de pays. Au moment d'ouvrir le secteur aux entreprises privées, les législateurs ont eu à choisir entre diverses formules. Selon celle des ports "domaniaux", l'administration portuaire est responsable des infrastructures et de la coordination d'ensemble des activités portuaires, mais elle ne fournit pas de services aux navires ou aux chargeurs. Dans les ports principaux, c'est la même entité qui est chargée des infrastructures et des services. La concurrence entre prestataires de services (services de remorquage, de manutention, d'entreposage) peut être plus facile à instituer et à maintenir dans le système des ports "domaniaux".

79. Le régime des aéroports peut également appeler des changements, qu'il s'agisse d'autoriser les investissements privés ou d'introduire la concurrence entre aéroports ou à l'intérieur de ces derniers. Mais il faut alors examiner avec soin les relations entre l'exploitation de l'aéroport et le contrôle du trafic aérien. Pour ce qui est de la vie interne des aéroports, beaucoup de pays ont ouvert à la concurrence les services de manutention et de restauration, les services aux avions et les services aux passagers des vols commerciaux (boutiques, restaurants, parcs de stationnement, etc.). Certains pays ont confié la construction et l'exploitation d'une nouvelle aérogare dans un aéroport existant à un nouvel exploitant, provoquant ainsi une concurrence entre aérogares. Dans d'autres pays

encore, les nouveaux aéroports ont été construits selon la formule CET et ceux qui existaient déjà ont été transférés au secteur privé.

c) *Mesures de transition*

80. La transition d'une situation de monopole à une situation de marché doit être conduite avec soin. Des considérations politiques, sociales ou autres amènent dans certains cas à procéder aux réformes de façon graduelle ou par paliers. Comme la technologie et d'autres forces extérieures sont en évolution constante, certains pays ont adopté en cette matière une démarche qu'ils peuvent accélérer ou modifier selon les circonstances.

81. Certains pays ont jugé qu'il ne fallait pas laisser d'un seul coup le champ libre à la concurrence. Leur législation a donc prévu des droits d'exclusivité temporaire, limité le nombre de prestataires de services publics ou imposé d'autres restrictions à la concurrence. Ces mesures ont pour objet de donner à l'entreprise en place assez de temps pour se préparer à la concurrence et adapter ses tarifs tout en incitant le prestataire de services publics à investir et à élargir la gamme de ses prestations. D'autres pays ont prévu le réexamen périodique (au moment de la révision des tarifs par exemple) de ces restrictions en vue de s'assurer que les conditions qui avaient présidé à leur mise en place n'ont pas cessé d'exister.

82. Parmi les mesures de transition, on peut citer également la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans les pays qui ont des entreprises étatiques de service public. Si privatisation et libéralisation ne se font pas toujours dans le même ordre, d'une manière générale la libéralisation accompagne ou précède la privatisation. Certains pays ont procédé autrement et ont privatisé des entreprises en leur donnant des droits exclusifs importants, souvent en vue d'augmenter le revenu de la privatisation. Ils se sont cependant aperçus qu'il était difficile, et parfois fort coûteux, d'abolir, de restreindre ou de limiter par la suite ces droits exclusifs ou les monopoles protégeant les entreprises privées ou privatisées en place.

Note

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