



---

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**

Trente-troisième session  
New York, 12 juin-7 juillet 2000

**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**

**I. Cadre législatif et institutionnel général**

**Table des matières**

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Recommandations concernant la législation .....		3
Notes sur les recommandations concernant la législation .....	1-53	5
A. Remarques générales .....	1	5
B. Cadre constitutionnel et législatif .....	2-14	5
1. Principes directeurs généraux pour l'instauration d'un cadre constitutionnel et législatif favorable .....	3-6	5
2. Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé ..	7-9	6
3. Législation générale et sectorielle .....	10-14	7
C. Étendue du pouvoir d'octroyer des concessions .....	15-22	8
1. Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents .....	16-18	8
2. Objectif et nature des concessions .....	19-22	9
D. Coordination administrative .....	23-29	10
1. Coordination des mesures préparatoires .....	25-26	10
2. Modalités visant à faciliter la délivrance de licences et de permis .....	27-29	11

---

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
E. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure .....	30-53	12
1. Compétences sectorielles et attributions des organismes de réglementation .....	33-35	12
2. Mécanismes institutionnels .....	36-38	13
3. Attributions des organismes de réglementation .....	39-42	14
4. Composition et budget des organismes de réglementation .....	43-45	15
5. Réglementation: mécanisme et procédures .....	46-48	15
6. Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation .....	49-50	16
7. Règlement des différends entre prestataires de services publics .....	51-53	17

## Recommandations concernant la législation

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

### Cadre constitutionnel et législatif (par. 2 à 14)

*Recommandation 1.* Le cadre législatif et institutionnel nécessaire à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d'assurer la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures devraient être éliminées.

### Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (par. 15 à 22)

*Recommandation 2.* La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.

*Recommandation 3.* Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants.

*Recommandation 4.* La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.

*Recommandation 5.* La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droit d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu.

### Coordination administrative (par. 23 à 29)

*Recommandation 6.* Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé.

### Fonction de réglementation des services d'infrastructure (par. 30 à 53)

*Recommandation 7.* La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement des services d'infrastructure.

*Recommandation 8.* La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.

*Recommandation 9.* Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être publiées. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens.

*Recommandation 10.* La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander une révision des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial et énoncer les motifs pouvant fonder une demande de révision ainsi que les possibilités de recours judiciaire.

*Recommandation 11.* Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé.

## Notes sur les recommandations concernant la législation

### A. Remarques générales

1. L'instauration d'un environnement propice aux investissements privés d'infrastructure suppose la mise en place préalable d'un cadre juridique approprié et efficace. Dans les pays qui ont déjà un tel cadre, il importe de veiller à ce que la loi soit suffisamment souple et adaptable pour ne pas prendre de retard par rapport à l'évolution de la pratique dans divers secteurs d'infrastructure. Le présent chapitre traite de certaines questions générales qu'il est recommandé aux législateurs des différents pays d'examiner lorsqu'ils mettent en place ou revoient le cadre juridique applicable aux projets d'infrastructure à financement privé afin d'atteindre les objectifs ci-dessus. La section B (par. 2 à 14) expose des considérations générales sur le cadre constitutionnel et législatif; la section C (par. 15 à 22) traite de l'étendue du pouvoir d'attribuer des concessions; la section D (par. 23 à 29) examine des mesures possibles pour améliorer la coordination administrative; et la section E (par. 30 à 53) porte sur les mécanismes institutionnels et les procédures qui s'appliquent en matière de réglementation des secteurs d'infrastructure.

### B. Cadre constitutionnel et législatif

2. Cette section énonce les principes généraux dont pourraient s'inspirer les législateurs nationaux pour instaurer le cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé. Il indique en outre les incidences possibles du droit constitutionnel du pays hôte sur l'exécution de ces projets et examine brièvement les choix possibles concernant le niveau et le type d'instrument qu'il peut être nécessaire de promulguer et leur champ d'application.

#### 1. Principes directeurs généraux pour l'instauration d'un cadre constitutionnel et législatif favorable

3. Lorsqu'ils envisagent d'instaurer un cadre juridique favorable ou examinent l'efficacité du cadre existant, les législateurs nationaux peuvent souhaiter prendre en compte certains principes généraux qui ont été à l'origine de mesures législatives prises récemment dans divers pays, et qui sont brièvement passées en revue dans les paragraphes qui suivent.

##### a) Transparence

4. Un cadre juridique transparent se caractérise par des règles claires et facilement accessibles ainsi que par des procédures permettant de les appliquer efficacement. Des lois et des procédures administratives transparentes sont des gages de prévisibilité, elles permettent aux investisseurs potentiels d'estimer les coûts et les risques de leur investissement et par conséquent de proposer leurs conditions les plus avantageuses. Elles peuvent en outre favoriser l'ouverture, grâce à des dispositions exigeant la publication de décisions administratives et la divulgation d'informations d'intérêt général. Elles contribuent aussi à éviter des mesures ou des décisions arbitraires ou abusives de l'autorité contractante ou de ses responsables et aident ainsi à promouvoir la confiance dans le programme de construction des infrastructures d'un pays. Cette transparence est particulièrement importante lorsque l'on veut attirer des investissements étrangers, car les sociétés étrangères ne connaissent pas nécessairement les pratiques du pays en matière d'attribution de projets d'infrastructure.

**b) Équité**

5. Le cadre juridique est à la fois le moyen par lequel l'État réglemente et assure la fourniture de services publics à la population et celui par lequel les prestataires de services publics et leurs consommateurs peuvent protéger leurs droits. Un cadre juridique équitable tient compte des divers intérêts (qui peuvent parfois être contradictoires) de l'État, des prestataires de services publics et de leurs clients et cherche à établir entre eux un juste équilibre. Les considérations commerciales du secteur privé, le droit des usagers à des services satisfaisants sur le plan de la qualité comme sur celui du prix, la responsabilité qu'a l'État d'assurer la fourniture continue de services essentiels et son rôle dans la promotion du développement des infrastructures nationales ne sont que quelques-uns des intérêts qu'il convient de dûment reconnaître dans la loi.

**c) Viabilité à long terme**

6. Un objectif important de la législation nationale sur la construction d'infrastructures est d'assurer la fourniture à long terme de services publics, une attention croissante étant accordée à la viabilité écologique. Des dispositions inadéquates, en matière d'exploitation et de maintenance des infrastructures publiques, limitent considérablement l'efficacité dans tous les secteurs d'infrastructure et se traduisent directement par une baisse de la qualité des services et une hausse des coûts pour les usagers. Du point de vue législatif, il importe de veiller à ce que le pays hôte ait la capacité institutionnelle d'entreprendre les diverses tâches confiées aux autorités publiques associées à des projets d'infrastructure à toutes les phases de leur mise en œuvre. Un autre moyen d'accroître la viabilité à long terme d'une politique nationale d'infrastructure consiste à trouver un bon équilibre entre la fourniture compétitive et monopolistique de services publics. La concurrence peut faire baisser les coûts globaux et offrir des possibilités plus nombreuses de substitution pour les services essentiels. Dans certains secteurs, la concurrence a également contribué à accroître la productivité des investissements d'infrastructure, à mieux répondre aux besoins des consommateurs et à obtenir une meilleure qualité des services publics, améliorant ce faisant le climat des affaires dans tous les secteurs de l'économie.

**2. Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé**

7. Le droit constitutionnel d'un certain nombre de pays énonce de façon générale que l'État a le devoir d'assurer la fourniture de services publics. Dans certains cas, les secteurs d'infrastructure et de services relevant de la responsabilité de l'État sont énumérés, tandis que dans d'autres, l'identification de ces secteurs est déléguée au législateur. Selon certaines constitutions nationales, la fourniture de certains services publics est réservée exclusivement à l'État ou à des entités publiques créées spécialement à cette fin. Selon d'autres, l'État est autorisé à octroyer des concessions à des sociétés privées pour la construction et l'exploitation d'infrastructures et la fourniture de services publics. Dans certains pays, des limites sont imposées à la participation des étrangers dans certains secteurs, ou bien il est exigé que l'État participe au capital des sociétés fournissant des services publics.

8. Pour les pays qui souhaitent promouvoir les investissements d'infrastructure privés, il est important d'examiner les normes constitutionnelles existantes de façon à recenser les restrictions éventuelles à la mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé. Dans certains pays, des projets de ce type ont été retardés en raison d'incertitudes quant à la mesure dans laquelle l'État avait le pouvoir de les attribuer. Parfois, la crainte que ces projets aillent à l'encontre des normes constitutionnelles concernant les monopoles d'État

ou la fourniture de services publics ont conduit à des litiges qui ont eu un effet négatif sur la mise en œuvre des projets.

9. Il importe en outre de prendre en compte les normes constitutionnelles qui ont trait à la propriété des terrains ou des infrastructures. Dans certains pays, le droit constitutionnel comporte des limitations concernant la propriété privée des terrains et de certains moyens de production. Dans d'autres, la propriété privée est reconnue, mais la constitution dispose que toutes les infrastructures ou certains types d'infrastructure sont propriété de l'État. Les interdictions et les restrictions de cette nature pourraient faire obstacle à l'exécution de projets prévoyant l'exploitation privée, ou l'exploitation et la propriété privées, de l'infrastructure en question (voir plus loin chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure, par. 23 à 29).

### 3. Législation générale et sectorielle

10. La législation joue souvent un rôle central dans la promotion de l'investissement privé dans les projets d'infrastructure publics. En général, la loi traduit un engagement politique, prévoit des droits spécifiques et peut représenter une garantie importante de stabilité du régime juridique et réglementaire. Dans la plupart des pays, l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé a en fait été précédée par des mesures législatives énonçant les règles générales en vertu desquelles ces projets sont attribués et exécutés.

11. Dans certains pays, il peut être nécessaire, du fait du droit constitutionnel ou de la pratique législative, d'adopter des lois spéciales pour certains projets. Dans d'autres, où l'octroi de concessions au secteur privé pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, l'État est autorisé par la législation générale à confier au secteur privé toute activité exercée par le secteur public dont la valeur économique fait qu'elle peut l'être par des entités privées. Une telle législation crée un cadre permettant d'aborder de façon uniforme des questions communes aux projets à financement privé dans différents secteurs d'infrastructure.

12. Toutefois, par sa nature, la législation générale n'est pas à même, normalement, de satisfaire à toutes les exigences particulières des différents secteurs. Même dans les pays qui ont adopté une législation générale abordant les questions intersectorielles, on a constaté qu'une législation sectorielle supplémentaire permettait au législateur de formuler des règles tenant compte, dans chaque secteur, de la structure du marché (voir ci-dessus "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46). Il convient de noter que de nombreux pays ont adopté une telle législation à une époque où une fraction importante, voire la totalité, de l'infrastructure nationale constituait des monopoles d'État. Les pays souhaitant promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures devraient peut-être revoir la législation actuelle applicable aux différents secteurs afin de déterminer si elle peut s'appliquer aux projets d'infrastructure à financement privé.

13. La législation propre à un secteur particulier peut également jouer un rôle important dans la mise en place d'un cadre pour la réglementation des différents secteurs d'infrastructure (voir ci-dessous les paragraphes 30 à 53). Des conseils en matière législative sont particulièrement utiles dans les pays qui en sont aux premiers stades de la mise en place ou de l'élaboration de capacités réglementaires nationales. Une telle législation a également pour avantage de donner l'assurance que les responsables de la réglementation n'ont pas de pouvoir illimité dans l'exercice de leur fonction, mais sont liés par les paramètres prescrits par la loi. D'une manière générale, toutefois, il est souhaitable d'éviter des dispositions législatives rigides ou trop détaillées, concernant les aspects

contractuels de l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé, car dans la plupart des cas elles ne seraient pas adaptées à leur longue durée.

14. De nombreux pays ont utilisé la législation pour établir les principes généraux de l'organisation des secteurs d'infrastructure et le cadre administratif, institutionnel et réglementaire de base. Toutefois, il se peut que la loi ne soit pas le meilleur instrument pour définir des obligations techniques et financières détaillées. De nombreux pays ont préféré promulguer des règlements énonçant des règles plus détaillées pour appliquer les dispositions générales du droit interne relatives aux projets d'infrastructure à financement privé. On considère qu'il est plus facile d'adapter ces règlements à un changement de l'environnement, que ce changement résulte de l'adoption de règles fondées sur le marché ou d'évolutions externes, comme de nouvelles technologies ou une modification des conditions économiques ou de l'état du marché. Quel que soit l'instrument employé, il faut que la clarté et la prévisibilité en soient des éléments essentiels.

### **C. Étendue du pouvoir d'octroyer des concessions**

15. La mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé peut exiger la promulgation d'une législation ou de règlements spéciaux permettant aux autorités publiques de confier la fourniture de services publics à des entités privées. La promulgation d'une autorisation législative expresse peut contribuer dans une mesure importante à renforcer la confiance d'investisseurs potentiels, nationaux ou étrangers, dans une politique nationale cherchant à promouvoir les investissements du secteur privé dans les infrastructures. Les éléments fondamentaux du pouvoir d'octroyer des concessions pour des projets d'infrastructure sont examinés dans les paragraphes qui suivent.

#### **1. Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents**

16. Dans certains systèmes juridiques, les autorités publiques ne peuvent déléguer la fourniture de services publics sans autorisation législative préalable. Pour les pays qui souhaitent attirer des investissements privés dans les infrastructures, il est important que la loi énonce clairement qu'il est permis de confier le droit de fournir certains services publics à des entités autres que les autorités publiques. Une telle disposition générale peut être particulièrement importante dans les pays où les services publics sont des monopoles d'État, ou bien lorsqu'il est prévu de faire appel à des entités privées pour fournir certains services dont le public bénéficiait jusqu'alors gratuitement (voir plus loin au chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 37 et 38).

17. Lorsqu'une législation générale est adoptée, il serait également bon qu'elle identifie clairement les autorités publiques ou les niveaux de l'État qui sont compétents pour attribuer des projets d'infrastructure et d'agir comme autorités contractantes. Afin d'éviter des retards inutiles, il est particulièrement indiqué d'avoir des règles permettant de savoir quelles personnes ou quels services ont le pouvoir de prendre des engagements au nom de l'autorité contractante (et, le cas échéant, d'autres autorités publiques) aux différentes étapes de la négociation et de signer l'accord du projet. Il est utile d'examiner l'étendue des pouvoirs dont peuvent avoir besoin des autorités autres que l'administration centrale pour exécuter des projets relevant de leur compétence. Pour les projets où interviennent des services ou des organismes à différents niveaux de l'État (par exemple niveau national, provincial ou local), il peut être nécessaire, lorsque tous ces services et organismes ne peuvent être identifiés à l'avance, de prendre d'autres mesures pour assurer entre eux une coordination efficace (voir ci-dessous, par. 23 à 29).

18. Pour plus de clarté, il convient de recenser dans cette législation générale les secteurs dans lesquels des concessions peuvent être octroyées. À l'inverse, lorsque cela est jugé impossible ou non souhaitable, la loi peut indiquer des activités ne pouvant faire l'objet d'une concession (par exemple des activités liées à la défense ou à la sécurité nationales).

## 2. Objectif et nature des concessions

19. Il peut être utile que la loi définisse la nature et l'objectif des projets d'infrastructure à financement privé pour lesquels des concessions peuvent être octroyées dans le pays hôte. On pourrait notamment définir les diverses catégories de projets en fonction de l'étendue des droits et des obligations assumés par le concessionnaire (par exemple "construction-exploitation-transfert", "construction-propriété-exploitation", "construction-transfert-exploitation" et "construction-transfert"). Toutefois, étant donné la grande diversité des formules qui peuvent être retenues en vue d'un investissement d'infrastructure privé, il risque d'être difficile de donner une définition exhaustive de toutes les possibilités existantes. D'une manière générale, la loi pourrait plutôt prévoir que des concessions peuvent être octroyées en vue de confier à une entité, privée ou publique, l'obligation de s'acquitter de travaux d'infrastructure et d'assurer certains services publics, en échange du droit de faire payer une redevance pour l'utilisation de l'ouvrage ou des locaux ou pour les services ou les biens fournis, ou en contrepartie de tout autre paiement ou rémunération convenu entre les parties. La loi pourrait en outre préciser que des concessions peuvent être octroyées pour la construction et l'exploitation d'une nouvelle infrastructure ou d'un nouveau réseau d'infrastructures ou pour la maintenance, la réparation, la remise en état, la modernisation, l'extension et l'exploitation des infrastructures ou des réseaux d'infrastructures existants ou uniquement pour la gestion et la prestation d'un service public.

20. Une autre considération importante a trait à la nature des droits dévolus au concessionnaire. Il s'agit notamment de savoir si le droit de fournir le service est un droit exclusif ou si le concessionnaire devra faire face à la concurrence d'autres ouvrages ou prestataires de services. Ce droit d'exclusivité peut prendre la forme d'une exclusivité territoriale (c'est le cas par exemple d'une compagnie de distribution d'eau) ou nationale (c'est le cas d'une compagnie de chemin de fer). Il peut couvrir le droit de fournir un certain type de biens ou de services à un tiers particulier (c'est le cas du producteur d'électricité qui est le fournisseur exclusif du distributeur dans sa région) ou à un groupe restreint de clients (c'est le cas de l'entreprise nationale de téléphone interurbain qui offre des raccordements aux compagnies locales de téléphone).

21. La décision d'accorder ou non des droits d'exclusivité à un projet particulier ou à une catégorie de projets devrait être prise à la lumière de la politique appliquée par le pays hôte au secteur intéressé. Comme on l'a vu plus haut, l'ampleur de la concurrence varie sensiblement dans différents secteurs d'infrastructures. Alors que certains secteurs, ou segments de secteurs, ont les caractéristiques de monopoles naturels, auquel cas une concurrence ouverte n'est pas en général une solution de substitution économiquement viable, d'autres secteurs d'infrastructures ont été ouverts à la concurrence avec succès (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 28 et 29).

22. Il est donc souhaitable de traiter la question de l'exclusivité avec souplesse. Au lieu d'exclure ou de prescrire des concessions exclusives, il serait peut-être préférable que la loi autorise l'octroi de concessions exclusives lorsque l'on estime que cela sert l'intérêt général, par exemple dans le cas où l'exclusivité est justifiée pour garantir la viabilité technique ou économique du projet. L'autorité contractante peut être tenue d'indiquer

pourquoi elle envisage une concession exclusive avant d'entamer la procédure de sélection des concessionnaires. Cette législation générale peut être complétée par des lois sectorielles réglant la question de l'exclusivité en fonction des particularités de chaque secteur.

## **D. Coordination administrative**

23. Selon la structure administrative du pays hôte, les projets d'infrastructure à financement privé peuvent exiger la participation de plusieurs autorités publiques à divers niveaux de l'État. Par exemple, les règlements régissant l'activité concernée peuvent être dictés en totalité ou en partie par une autorité publique située à un autre niveau que celle qui est chargée de fournir le service correspondant. Il se peut également que les fonctions réglementaires et opérationnelles soient regroupées dans une seule entité, mais que le pouvoir d'attribuer des contrats publics soit centralisé dans une autorité publique différente. Pour les projets où interviennent des investissements étrangers, il peut également arriver que certaines attributions particulières relèvent de la compétence d'un l'organisme chargé d'approuver les propositions d'investissements étrangers.

24. L'expérience internationale récente a montré l'intérêt qu'il y avait à confier à une unité centrale de l'administration du pays hôte la responsabilité à la fois de formuler la politique à suivre et de fournir des orientations pratiques concernant les projets d'infrastructure à financement privé. Cette unité peut aussi être chargée de coordonner les apports des différentes autorités publiques qui sont en relation avec la société de projet. Un tel arrangement peut toutefois être impossible dans certains pays, en raison de leur organisation administrative particulière. En pareil cas, d'autres mesures peuvent être envisagées pour assurer un niveau de coordination satisfaisant entre les diverses autorités publiques concernées, comme cela est exposé dans les paragraphes qui suivent.

### **1. Coordination des mesures préparatoires**

25. Une mesure importante pour assurer la bonne exécution des projets d'infrastructure à financement privé est d'exiger que l'autorité publique compétente fasse une évaluation préliminaire de la faisabilité du projet, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimé et les recettes potentielles de l'exploitation de l'infrastructure, ainsi que de l'impact du projet sur l'environnement. Les études réalisées par l'autorité contractante devraient en particulier identifier clairement le produit attendu du projet, donner une justification suffisante de l'investissement, proposer une modalité de participation du secteur privé, et indiquer une solution particulière permettant de satisfaire à l'exigence concernant le produit.

26. Une fois le futur projet identifié, c'est à l'État qu'il incombe d'en fixer le rang de priorité et d'affecter des ressources humaines et autres à son exécution. Il est alors souhaitable que l'autorité contractante fasse le point sur les conditions légales ou réglementaires existantes en matière d'exploitation d'infrastructures du type proposé afin de recenser les principales autorités publiques dont la contribution sera nécessaire à l'exécution du projet. Il importe également, à ce stade, d'envisager les mesures qui pourraient être requises pour que l'autorité contractante et les autres autorités publiques concernées s'acquittent des obligations auxquelles elles peuvent raisonnablement s'attendre dans le cadre du projet. Par exemple, l'État peut être amené à prendre des dispositions budgétaires prévisionnelles, pour permettre à l'autorité contractante ou aux autres autorités publiques de faire face à des engagements financiers qui s'étendent sur plusieurs cycles budgétaires, tels que les engagements à long terme pour l'achat du produit

du projet (voir chap. IV “Construction et exploitation de l’infrastructure”, par. 50 et 51). En outre, une série de mesures administratives peut être nécessaire pour mettre en œuvre certaines formes d’aide apportées au projet, telles que les exonérations fiscales et la facilitation des formalités douanières (voir chap. II “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”, par. 51 à 54), et cela peut prendre beaucoup de temps.

## **2. Modalités visant à faciliter la délivrance de licences et de permis**

27. La législation peut jouer un rôle utile en facilitant la délivrance de licences et de permis qui peuvent être nécessaires dans le cours d’un projet (par exemple, autorisations dans le cadre de la réglementation des changes; licences pour l’enregistrement du concessionnaire; autorisations d’employer des étrangers; droits d’enregistrement et de timbre pour l’utilisation ou la propriété de terrains; licences d’importation de matériel et de fournitures; permis de construire; permis d’installation de câbles ou de conduites; licences pour la mise en service de l’installation; et attribution de fréquences pour les communications mobiles). Les licences ou les permis nécessaires peuvent relever de la compétence de divers organes à différents niveaux de l’administration et les délais nécessaires pour les obtenir peuvent être longs, en particulier lorsque les organes en question n’ont pas été associés au départ à la conception du projet ou à la négociation de ses conditions. Un retard dans la mise en service d’un projet d’infrastructure du fait de l’absence de licences ou de permis pour des raisons non imputables au concessionnaire risque de majorer le coût du projet et le prix payé par les usagers.

28. Ainsi, il convient d’évaluer à un stade précoce quels sont les licences et les permis nécessaires pour un projet particulier afin d’éviter des retards dans la phase de mise en œuvre. Une mesure susceptible d’améliorer la coordination dans la délivrance des licences et permis pourrait être de confier à un seul organe le pouvoir de recevoir les demandes de licences et de permis, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance de la totalité des licences et permis énumérés dans la sollicitation de propositions ainsi que de toute autre licence qui pourrait être introduite par des règlements ultérieurs. La loi peut également autoriser les organismes compétents à délivrer des licences et permis provisoires et stipuler un délai au-delà duquel ils sont réputés être accordés à moins d’avoir été refusés par écrit.

29. Toutefois, il convient de noter que la répartition du pouvoir administratif entre divers niveaux de l’État (par exemple local, régional et central) illustre souvent les principes fondamentaux de l’organisation politique d’un pays. C’est pourquoi, dans certains cas, l’administration centrale n’est pas en mesure d’assumer la responsabilité de la délivrance de la totalité des licences et permis ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique. Dans de tels cas, il serait important de mettre en place des mesures pour éviter les retards qui pourraient résulter d’une telle répartition du pouvoir administratif comme, par exemple, des accords entre l’autorité contractante et les autres autorités publiques concernées afin de faciliter les procédures dans le cas d’un projet particulier, ou d’autres mesures visant à assurer un degré de coordination satisfaisant entre les diverses autorités publiques concernées et à rendre le processus d’obtention des licences plus transparent et plus efficace. En outre, l’État pourrait peut-être envisager de donner l’assurance qu’il fera tout son possible pour aider le concessionnaire à obtenir les licences requises par le droit national, par exemple en fournissant des renseignements et une assistance aux soumissionnaires en ce qui concerne les licences requises ainsi que les procédures et conditions pertinentes. Sur le plan pratique, outre le besoin d’assurer la coordination entre les divers niveaux de l’administration et les différentes autorités

publiques, il est nécessaire de veiller à la cohérence de l'application des critères de délivrance des licences et à la transparence des procédures administratives.

## **E. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure**

30. La prestation de divers services publics est généralement soumise à un régime réglementation spécial qui peut comprendre des règles de fond, des procédures, des instruments et des institutions. Ce cadre constitue un outil important pour la mise en œuvre de la politique gouvernementale en faveur du secteur visé (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46). Selon la structure institutionnelle du pays concerné et la répartition du pouvoir entre les différents niveaux de l'administration, certains secteurs d'infrastructure peuvent être régis totalement par la législation provinciale ou locale ou en partie par cette dernière et par la législation nationale.

31. La réglementation des services d'infrastructure donne lieu à une vaste gamme de questions générales et sectorielles qui peuvent sensiblement varier en fonction de la réalité sociale, politique, juridique et économique de chaque pays hôte. Si, parfois, le *Guide* aborde certaines des principales questions de réglementation apparaissant dans un contexte analogue dans différents secteurs (voir, par exemple, le chapitre IV "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 39 à 46 et 82 à 95), il n'a pas pour objet d'étudier de façon exhaustive les questions juridiques ou de fond liées à la réglementation de divers secteurs d'infrastructure. Le terme "organisme de réglementation" désigne les mécanismes institutionnels nécessaires pour mettre en œuvre et suivre l'application des règles régissant les activités des exploitants d'infrastructures. Étant donné que ces règles laissent souvent une certaine marge de manœuvre, il faut un organe pour les interpréter et les appliquer, veiller à ce qu'elles soient respectées, imposer des sanctions et régler les différends auxquels donne lieu leur mise en œuvre. Les tâches précises de réglementation et la marge de manœuvre qu'elles comportent seront déterminées par les règles elles-mêmes, qui peuvent être très variables.

32. Le *Guide* suppose que le pays hôte est doté des structures institutionnelles et administratives et des ressources humaines nécessaires pour exécuter des projets d'infrastructure à financement privé. Néanmoins, pour apporter une aide aux organes législatifs nationaux qui estiment qu'il est nécessaire et souhaitable de mettre en place des organismes de réglementation pour contrôler la fourniture des services publics, la présente section examine certaines des principales questions institutionnelles et de procédure qui peuvent se poser à cet égard. Cet examen illustre les différentes options qui ont été mises à profit dans les mesures législatives internes pour mettre en place un cadre réglementaire applicable aux projets d'infrastructure à financement privé, mais cela ne signifie pas que le *Guide* préconise d'établir une structure administrative ou un modèle particulier. Des informations pratiques et des conseils techniques peuvent être obtenus auprès d'institutions financières internationales qui exécutent des programmes pour aider leurs pays membres à mettre en place un cadre réglementaire approprié (comme la Banque mondiale et les banques régionales de développement).

### **1. Compétences sectorielles et attributions des organismes de réglementation**

33. Les fonctions de réglementation peuvent être organisées sur une base sectorielle ou transsectorielle. Les pays qui ont opté pour une démarche sectorielle ont souvent décidé de placer sous la même structure réglementaire des secteurs étroitement associés ou des segments de ces secteurs (par exemple, organisme de réglementation commun pour l'électricité et le gaz ou pour les aéroports et les transports aériens). D'autres pays ont organisé la réglementation sur une base transsectorielle avec, dans certains cas, une entité

de réglementation unique pour tous les secteurs d'infrastructure et, dans d'autres cas, une entité distincte pour les services publics (eau, électricité, gaz, télécommunications) et une autre pour les transports. Dans certains pays, les compétences des organismes de réglementation peuvent aussi s'étendre à plusieurs secteurs à l'intérieur d'une même région.

34. Les organismes de réglementation dont la compétence se limite à un secteur particulier encouragent habituellement le développement des connaissances techniques sectorielles. Des réglementations sectorielles peuvent faciliter l'élaboration de règles et de pratiques adaptées aux besoins du secteur concerné. Toutefois, le choix entre des réglementations sectorielles et des réglementations transsectorielles dépend en partie des moyens de réglementation dont dispose le pays. Les pays dont les connaissances spécialisées et l'expérience en matière de réglementation des infrastructures sont limitées jugeront peut-être préférable de réduire le nombre des structures indépendantes et essaieront de réaliser des économies d'échelle.

35. La loi instituant un mécanisme réglementaire énonce souvent plusieurs objectifs généraux qui devraient orienter l'action des organismes de réglementation (promotion de la concurrence, protection des intérêts des usagers, satisfaction de la demande, efficacité du secteur ou des prestataires des services publics, viabilité financière, protection de l'intérêt général ou de la mission de service public et protection des droits des investisseurs). Le fait d'avoir un ou deux objectifs principaux aide à clarifier la mission des organismes de réglementation et à fixer des priorités entre des objectifs parfois conflictuels. Doté d'une mission clairement définie, un organisme de réglementation peut avoir davantage d'autonomie et de crédibilité.

## **2. Mécanismes institutionnels**

36. L'éventail des mécanismes institutionnels de réglementation des secteurs d'infrastructure est très large. Tandis que certains pays confient les fonctions de réglementation à des organismes publics (par exemple aux ministères ou aux services administratifs intéressés), d'autres pays préfèrent créer des organismes de réglementation autonomes, distincts de l'État. Certains pays ont décidé de soumettre divers secteurs d'infrastructure à une réglementation autonome et indépendante en laissant d'autres secteurs sous tutelle ministérielle. Parfois, les pouvoirs peuvent également être partagés entre un organisme de réglementation autonome et l'État, comme c'est souvent le cas en matière d'octroi de licence. D'un point de vue législatif, il importe de concevoir des modalités institutionnelles pour les fonctions réglementaires qui garantissent à l'organisme de réglementation un niveau approprié d'efficacité, compte tenu des traditions du pays en matière politique, juridique et administrative.

37. L'efficacité du régime de réglementation est dans la plupart des cas fonction de l'objectivité avec laquelle les décisions sont prises sur le plan réglementaire. Il s'ensuit que les organismes de réglementation doivent pouvoir prendre des décisions sans ingérence ou pression inopportune de la part des exploitants d'infrastructure et des prestataires de services publics. À cet effet, les dispositions législatives dans plusieurs pays exigent l'indépendance du processus de prise de décisions touchant à la réglementation. Afin de parvenir au niveau souhaité d'indépendance, il est recommandé de séparer les fonctions de réglementation des fonctions opérationnelles en retirant aux prestataires de services publics toute fonction de réglementation qui pourrait encore leur échoir et en les confiant à une entité juridiquement et fonctionnellement indépendante. L'indépendance des organismes de réglementation est étayée par des dispositions visant à prévenir les conflits d'intérêt, comme l'interdiction, pour le personnel de l'organisme de réglementation,

d'occuper des fonctions, d'accepter des cadeaux, de passer des contrats ou de nouer toute autre relation (que ce soit directement ou par l'intermédiaire de parents ou d'autres personnes) avec les entreprises réglementées, leurs sociétés mères ou leurs filiales.

38. De cette condition en découle une autre, à savoir la nécessité de réduire au minimum le risque que des décisions soient prises ou influencées par un organisme qui serait également propriétaire d'entreprises fonctionnant dans le secteur réglementé ou par un organisme se fondant davantage sur des critères politiques que techniques. Dans certains pays, il a été jugé nécessaire d'accorder à l'organisme de réglementation un certain degré d'autonomie envers les organes politiques de l'État. L'indépendance et l'autonomie de la fonction de réglementation ne doivent pas être considérées uniquement sur le plan institutionnel, mais également sur le plan fonctionnel (ce qui signifie que les organismes réglementaires doivent pouvoir disposer de ressources financières et humaines suffisantes pour s'acquitter convenablement de leur mission).

### **3. Attributions des organismes de réglementation**

39. Les organismes de réglementation peuvent être habilités à prendre des décisions, jouer un rôle de conseil ou n'avoir que des fonctions purement consultatives, voire combiner ces différentes attributions en fonction de l'objet de la réglementation. Dans certains pays, ils se sont d'abord vu attribuer des pouvoirs limités qui ont été étendus par la suite à mesure qu'ils faisaient la preuve de leur indépendance et de leur professionnalisme. La législation spécifique souvent les attributions qui échoient respectivement à l'État et à l'organisme de réglementation. Il importe, à cet égard, que la situation soit claire pour éviter tout conflit ou confusion inutile. Les investisseurs ainsi que les consommateurs et les autres parties intéressées doivent savoir à qui adresser leurs différentes requêtes, demandes ou plaintes.

40. Par exemple, le choix des prestataires de services publics est un processus qui associe, dans de nombreux pays, l'État et l'organisme de réglementation. Lorsque la décision d'attribuer un projet nécessite de porter un jugement global de nature plus politique que technique, ce qui est souvent le cas dans le contexte d'une privatisation d'infrastructure, la décision finale revient souvent à l'État. Lorsque, toutefois, les critères d'attribution sont plus techniques, comme cela peut être le cas dans un système libéral d'octroi de licences pour des services de production d'électricité ou de télécommunications, de nombreux pays confient à un organisme de réglementation indépendant le soin de prendre la décision. Dans d'autres cas, il peut être fait obligation à l'État de demander l'opinion de l'organisme de réglementation avant d'octroyer une concession. Certains pays, en revanche, excluent toute participation directe des organismes de réglementation au processus d'octroi d'une concession au motif que cette participation pourrait influencer la manière dont ils régleront ultérieurement la fourniture du service en cause.

41. La compétence des organismes de réglementation s'étend généralement à toutes les entreprises opérant dans les secteurs dont ils assurent la tutelle, sans qu'aucune distinction ne soit établie entre entreprises privées et publiques. Certaines fonctions ou certains instruments réglementaires peuvent ne s'appliquer, aux termes de la législation, qu'aux prestataires de services publics dominants du secteur. Un organisme de réglementation, par exemple, peut n'avoir des attributions en matière de politique des prix que vis-à-vis du prestataire de service public en titre ou dominant, alors que les nouveaux entrants peuvent fixer librement leur prix.

42. Les questions sur lesquelles les organismes de réglementation doivent se prononcer sont variées: fonctions normatives (règles d'octroi de concessions et conditions

d'homologation des équipements); octroi effectif de concession; modification de ces instruments; approbation de contrats ou de décisions proposés par des entités sous tutelle (calendrier ou contrat d'accès à un réseau); définition et contrôle d'une obligation de fournir certains services; surveillance des prestataires de services publics (notamment respect des conditions énoncées dans les licences, des normes et des objectifs de résultat); fixation ou ajustement des prix; contrôle des subventions, exemptions ou autres avantages susceptibles de fausser la concurrence dans le secteur; sanctions; règlement des différends.

#### **4. Composition et budget des organismes de réglementation**

43. Lorsqu'ils ont créé un organisme de réglementation, quelques pays ont opté pour la solution de l'administrateur unique, tandis que la plupart des autres ont préféré opter pour une commission. Une commission peut offrir de meilleures garanties contre toute influence ou pression excessive et peut limiter le risque de prise irréfléchie de décisions réglementaires. Un organisme composé d'une personne peut, en revanche, prendre des décisions plus rapidement et peut être davantage responsabilisé. Pour améliorer la gestion du processus de prise de décisions dans une commission de réglementation, le nombre de membres est souvent limité (généralement à trois ou cinq). On évite souvent les nombres pairs pour prévenir tout blocage, même si le président dispose d'une voix prépondérante.

44. Pour renforcer l'autonomie de l'organisme de réglementation, il peut être utile d'associer au processus de désignation diverses institutions. Dans certains pays, les organismes de réglementation sont désignés par le chef de l'État sur la base d'une liste soumise par le parlement; dans d'autres, le pouvoir exécutif désigne l'organisme de réglementation sous réserve de confirmation par le parlement ou sur la base de propositions soumises par le parlement, par des associations d'utilisateurs ou par d'autres organismes. Certaines qualifications professionnelles minimales sont souvent exigées des responsables des organismes de réglementation ainsi que l'absence de conflits d'intérêt qui risqueraient de les disqualifier. Les mandats des membres des organismes de réglementation peuvent être échelonnés afin de prévenir toute rotation globale et d'empêcher que tous les membres ne soient désignés par la même administration; cet échelonnement favorise également la continuité dans la prise de décisions. Les mandats sont souvent confiés pour une durée déterminée, peuvent être non renouvelables et ne peuvent être résiliés de façon anticipée que pour certaines raisons (condamnation pénale, incapacité mentale, négligences graves ou manquement au devoir). Les organismes de réglementation ont souvent affaire à des juristes et à des comptables expérimentés ainsi qu'à d'autres experts travaillant pour l'industrie soumise à la réglementation. Ils doivent donc pouvoir acquérir le même niveau de spécialisation, de compétences et de professionnalisme soit grâce à une formation interne, soit en louant les services de conseillers extérieurs, selon le cas.

45. Des sources de financement stables sont indispensables au bon fonctionnement de l'organisme de réglementation. Dans de nombreux pays, le budget de cet organisme est financé par les droits et autres contributions versés par les entreprises réglementées. Les droits peuvent correspondre à un pourcentage du chiffre d'affaires des prestataires de services publics ou être perçus lors de l'octroi de licences, de concessions ou d'autres autorisations. Dans certains pays, le budget de cet organisme est complété, s'il y a lieu, par des transferts budgétaires prévus dans la loi de finance annuelle. Toutefois, cela peut créer un élément d'incertitude susceptible de réduire l'autonomie de l'organisme.

#### **5. Réglementation: mécanisme et procédures**

46. Le cadre réglementaire comprend en général des règles de procédure régissant la façon dont les institutions chargées des diverses fonctions réglementaires doivent

s'acquitter de leur mandat. La crédibilité du processus réglementaire exige transparence et objectivité, que la fonction réglementaire soit exercée par un ministère ou par un organisme de réglementation autonome. Les règles et procédures doivent être objectives et claires de façon à garantir l'équité, l'impartialité et l'intervention de l'organisme de réglementation en temps utile. Pour plus de transparence, la législation devrait exiger qu'elles soient rendues publiques. Les décisions réglementaires devraient être motivées et communiquées aux parties intéressées par voie de publication ou par quelque autre moyen que ce soit.

47. La transparence pourra être renforcée, ainsi que l'exigent certaines législations, par la publication, par l'organisme de réglementation, d'un rapport annuel sur le secteur indiquant par exemple les décisions prises au cours de l'exercice, les différends survenus et la façon dont ils ont été réglés. Ce rapport annuel pourra également reprendre les comptes de l'organisme de réglementation ainsi qu'un audit de ces comptes par un vérificateur indépendant. La législation de nombreux pays exige en outre que ce rapport annuel soit soumis à une commission parlementaire.

48. Les décisions en matière de réglementation peuvent avoir une incidence sur les intérêts de différents groupes, y compris sur le prestataire de services publics concerné, ses concurrents existants ou potentiels, ainsi que les usagers commerciaux ou privés. Dans de nombreux pays, la fonction réglementaire comprend une procédure de consultation pour les décisions ou recommandations les plus importantes. Cette consultation prend parfois la forme d'auditions publiques, parfois celle de documents de consultation sur lesquels les groupes intéressés sont invités à s'exprimer. Certains pays ont également créé des organes consultatifs composés d'usagers et d'autres parties concernées et exigent que leur avis soit sollicité lorsque sont adoptées des décisions et des recommandations importantes. Pour donner plus de transparence à ce processus, il peut être utile de publier ou de mettre autrement à la disposition du public les commentaires, les recommandations ou les opinions résultant de ces consultations.

## **6. Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation**

49. Les mécanismes permettant aux prestataires de services publics de demander une révision des demandes touchant à la réglementation sont un autre élément important de régime de réglementation du pays hôte. Comme pour l'ensemble du processus de réglementation, un degré élevé de transparence et de crédibilité est essentiel. Pour être crédible, le recours devrait être confié à une entité indépendante de l'organisme de réglementation qui a pris la décision initiale, des autorités politiques du pays hôte et des prestataires de services publics.

50. Le recours contre des décisions des organismes de réglementation relève souvent de la compétence des juridictions étatiques, mais dans certains systèmes juridiques il est de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux s'occupant uniquement de questions administratives et qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire. S'il y a des inquiétudes quant au processus de recours (au sujet par exemple de retards possibles ou de la capacité des tribunaux à faire des évaluations lorsque des décisions touchant à la réglementation abordent des questions économiques complexes), les fonctions de recours peuvent être confiées à un autre organisme, au moins dans un premier temps, avant que soient saisis en dernier ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire ou administratif. Dans certains pays, les demandes de recours sont examinées par un organe de surveillance transsectoriel à haut niveau indépendant. Dans d'autres, les demandes sont examinées par un groupe composé de personnes exerçant des fonctions judiciaires et universitaires spécifiées. Quant aux motifs sur lesquels une demande de recours peut être fondée, des

limites sont fixées dans de nombreux cas, en particulier pour ce qui est du droit de l'organe d'appel de substituer sa propre évaluation discrétionnaire des faits à celle de l'organe dont la décision fait l'objet de la révision.

## **7. Règlement des différends entre prestataires de services publics**

51. Des différends peuvent apparaître entre concessionnaires rivaux (par exemple deux opérateurs de systèmes de téléphone cellulaire) ou entre concessionnaires fournissant des services dans des segments distincts du même secteur d'infrastructure. Ces différends peuvent donner lieu à des accusations de pratiques commerciales déloyales (par exemple dumping de prix), de pratiques anticoncurrentielles incompatibles avec la politique du pays en matière d'infrastructure (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 23 à 29) ou de violation de certaines obligations des prestataires de services publics (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 82 à 93). De nombreux pays ont jugé que des dispositions législatives étaient nécessaires pour mettre en place un cadre approprié pour le règlement de ces différends.

52. D'une part, les diverses parties n'ont pas nécessairement conclu entre elles des arrangements contractuels prévoyant un mécanisme approprié de règlement des différends. Même là où il serait possible de le faire, le pays hôte peut avoir intérêt à ce que les différends portant sur certaines questions (par exemple les conditions d'accès à un réseau donné d'infrastructure) soient réglés par un organe particulier de façon à assurer une application cohérente des règles pertinentes. D'autre part, certains conflits entre prestataires de services publics peuvent porter sur des questions qui, selon les lois du pays hôte, ne sont pas arbitrables.

53. Les lois internes prévoient souvent des procédures administratives pour le règlement de différends entre prestataires de services publics. En général, ces derniers peuvent porter plainte devant l'organisme de réglementation ou un autre organisme public responsable d'appliquer les règles dont la violation est alléguée (par exemple un organisme chargé de faire respecter les lois et les règlements sur la concurrence), qui dans certains pays a le pouvoir de rendre une décision contraignante en la matière. De tels mécanismes, même lorsqu'ils sont obligatoires, n'excluent pas nécessairement le recours des personnes lésées aux tribunaux, bien que dans certains systèmes juridiques ces derniers aient seulement le pouvoir de vérifier la légalité de la décision (par exemple garantie d'une procédure régulière), mais non de se prononcer sur le fond.