



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante et unième session
New York, 25 juin-13 juillet 2018

**Partenariats public-privé (PPP) : proposition d'actualisation
du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets
d'infrastructure à financement privé (Introduction révisée)**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
A. Introduction.	2
1. Structure et contenu du <i>Guide</i>	3
2. Terminologie employée dans le <i>Guide</i>	4
B. Informations générales sur les PPP.	7
1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructure.	7
2. Restructuration des secteurs d'infrastructure.	9
3. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure.	12
4. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure.	14
5. Principales parties associées à la mise en place de projets d'infrastructure	17



Introduction et informations générales sur les PPP*

A. Introduction

1. Les rôles du secteur public et du secteur privé dans le développement des infrastructures ont considérablement évolué avec le temps. Des services publics 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 remontent au XIX^e siècle. Le secteur privé a financé bon nombre des premiers projets de construction de routes ou de creusement de canaux 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.

2. Toutefois, pendant la plus grande partie du XX^e siècle, on a constaté dans le monde entier une tendance à la prise en charge par l'État du développement des infrastructures et d'autres services. Les exploitants de ces infrastructures ont souvent été nationalisés, ou ont fait l'objet de fusions et d'acquisitions afin de diminuer la concurrence. Dans de nombreux pays, les entreprises privées devaient, pour fournir des services publics, obtenir une licence ou une concession de l'État. Pendant toute cette période, le degré d'ouverture de l'économie mondiale a également diminué. Le secteur des infrastructures n'a continué à être exploité par le secteur privé que dans un nombre relativement restreint de pays, avec une concurrence souvent limitée ou inexistante. Dans beaucoup, la place dominante du secteur public dans la fourniture de services d'infrastructure a été consacrée par la constitution.

3. L'inversion de la tendance (participation d'entreprises privées et concurrence dans le secteur des infrastructures) s'est amorcée au début des années 1980. Parmi les facteurs qui ont contribué à cette inversion, on mentionnera des innovations technologiques importantes ; 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 a amélioré 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. De nombreux pays ont adopté de nouvelles lois, non seulement pour réglementer ces transactions, mais aussi pour modifier la structure du marché et les politiques de concurrence dans les secteurs concernés.

4. Le *Guide* a pour objet de faciliter la création d'un cadre juridique, ou son adaptation, de manière à attirer les investissements privés dans les infrastructures et les services publics par le biais de partenariats public-privé (PPP). Les conseils qu'il donne visent à encourager les PPP tout en préservant l'intérêt général. Le *Guide* traite de considérations fondamentales d'intérêt général, qui sont reconnues par la plupart des systèmes juridiques, même si la manière dont celles-ci sont prises en compte du point de vue politique et législatif diffère sensiblement.

5. Parmi les considérations d'intérêt général, on mentionnera : la continuité dans la fourniture des services publics ; le caractère durable et abordable à long terme des projets ; les normes en matière de protection de l'environnement, de santé, de sécurité et de qualité ; l'équité des tarifs appliqués au public ; le traitement non discriminatoire

* La partie B donne des informations générales sur des questions que le *Guide* examine d'un point de vue législatif. Pour de plus amples informations politiques et techniques, il est vivement recommandé au lecteur de 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 *Guide de référence sur les partenariats public-privé – version 3*, établi par la Banque mondiale et ses partenaires (Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, 2017), et la *Recommandation du Conseil sur les principes applicables à la gouvernance publique des partenariats public-privé*, OCDE, mai 2012.

des clients ou usagers ; la communication de tous les renseignements relatifs à l'exploitation de l'ouvrage ; la souplesse nécessaire pour s'adapter aux changements, notamment l'expansion du service pour répondre à un accroissement de la demande et un examen périodique des conditions contractuelles ; la responsabilité des décideurs et le suivi de l'exécution des projets. Quant au secteur privé, ses principales préoccupations portent généralement sur des questions telles que la stabilité de l'environnement juridique et économique dans le pays hôte ; la transparence des lois et règlements ainsi que la prévisibilité et l'impartialité de leur application ; la possibilité d'opposer des droits de propriété à des tiers, et l'assurance que la propriété privée est respectée, et qu'il n'y est porté atteinte que pour des raisons d'intérêt général, et si une indemnisation est versée ; et la liberté des parties de convenir de conditions commerciales qui assurent un rendement raisonnable des capitaux investis, à la mesure des risques pris par les investisseurs privés. Le *Guide* ne fournit pas un ensemble unique de solutions types pour répondre à ces préoccupations, mais aide le lecteur à évaluer les différentes options et à choisir celle qui convient le mieux dans le contexte national ou local.

1. Structure et contenu du *Guide*

6. Le *Guide* fournit des conseils législatifs et des recommandations sous la forme de notes qui offrent une analyse des principales questions financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres qui se posent dans ce domaine. Les notes sont suivies, dans les cas appropriés, par des dispositions législatives types, qui illustrent la manière dont le législateur pourrait traduire les conseils et recommandations du *Guide* en langage législatif. Il est conseillé de lire conjointement les dispositions législatives types et les notes, les secondes donnant des informations générales permettant de mieux comprendre les premières.

7. Les dispositions types traitent de sujets qui devraient être abordés dans toute législation portant spécifiquement sur les PPP. Elles ne traitent pas d'autres domaines du droit qui, comme il est indiqué dans le *Guide*, ont également des incidences sur les PPP. Par ailleurs, la mise en place d'un PPP suppose, au-delà de l'établissement d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable. Si certains de ces paramètres sont mentionnés dans les notes, ils ne sont pas abordés dans les dispositions types.

8. Le *Guide* a vocation à servir de référence aux autorités nationales et aux organes législatifs qui élaborent de nouvelles lois ou examinent les textes existants pour déterminer s'il convient de les adapter. À cette fin, il aide à identifier les domaines du droit qui sont les plus pertinents pour les PPP et examine le contenu des lois qui contribueraient à attirer des capitaux privés, nationaux et étrangers. Le *Guide* mentionne en passant d'autres domaines du droit, comme la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. [...]), qui pourraient s'appliquer en particulier aux PPP ou qui devraient être gardés à l'esprit lors de la mise en place d'un cadre législatif ou réglementaire relatif aux PPP. Le *Guide* n'a pas vocation à fournir des conseils pour la rédaction d'accords relatifs à la mise en place de PPP. Il aborde toutefois certaines questions contractuelles (par exemple, aux chapitres IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP » et V, « Durée, prolongation et résiliation du contrat de PPP », par. [...]), dans la mesure où elles concernent des sujets qui pourraient utilement être abordés dans la législation.

9. Le *Guide* couvre de multiples types de PPP, en particulier ceux qui prévoient l'obligation, pour le partenaire privé, de concevoir, construire, entretenir et exploiter un nouvel ouvrage ou un nouveau système, ou de réhabiliter, moderniser, développer, entretenir et exploiter un ouvrage ou un système existant. Ces ouvrages ou systèmes

peuvent être exploités par le partenaire privé, afin qu'il fournisse des biens et services au public, être ouverts au public afin qu'il les utilise sous le contrôle du partenaire privé, ou alors être utilisés par l'État pour satisfaire ses propres besoins ou appuyer la fourniture d'un service public. Le *Guide* couvre aussi bien les PPP dans le cadre desquels le secteur privé récupère son investissement à travers les redevances facturées au public ou à une autorité publique (ou aux deux) pour l'utilisation de l'ouvrage ou du système, ou pour les biens ou services qu'il génère, que les PPP dans lesquels seul l'autorité contractante ou autre organisme public paie pour les ouvrages, les biens ou les services visés dans le contrat. Bien que les PPP 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'infrastructures, d'ouvrages et de services publics. Il 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 les autorités publiques du pays hôte.

2. Terminologie employée dans le *Guide*

10. On trouvera dans les paragraphes ci-après des explications sur le sens et l'emploi de certaines expressions qui apparaissent fréquemment dans le *Guide*. Pour les termes non mentionnés ci-dessous, tels que les termes techniques qui apparaissent dans des 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.

a) « Infrastructure publique » et « services publics »

11. Dans le *Guide*, le terme « infrastructure publique » désigne des installations matérielles qui fournissent ou hébergent, directement ou indirectement, des services essentiels à la population. 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, équipements de distribution d'eau (secteur de l'eau) ; installations et équipements 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). Le terme « infrastructure » recouvre également les ouvrages ou services – qu'ils soient ou non ouverts ou accessibles au public – que l'État ou d'autres autorités publiques utilisent pour remplir leurs propres fonctions (palais de justice, bâtiments administratifs) ou les installations qui accueillent des services publics comme les écoles, les établissements médicaux ou les établissements pénitentiaires.

12. C'est à chaque pays qu'il appartient, dans le cadre de sa politique générale, de déterminer lesquelles de ses infrastructures sont publiques et lesquelles sont privées. Dans certains pays, par exemple, 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 l'autorité publique compétente. Les hôpitaux et les établissements médicaux, ainsi que les prisons et les établissements correctionnels peuvent être publics ou privés, selon la préférence du pays. Souvent, mais pas toujours, les centrales électriques et les installations de télécommunications sont

¹ Publication de l'ONUDI destinée à la vente, numéro ONUDI.95.6.F, ci-après le *Guide de l'ONUDI sur les projets CET*.

exploitées par des entités privées, mais la distribution relève du secteur public. Le *Guide* n'émet aucun avis sur le point de savoir où il convient de tracer la limite entre les deux catégories dans un pays donné.

13. Les notions « d'infrastructure publique » et de « services publics » sont bien établies dans la tradition juridique de certains pays, où elles sont parfois régies par un ensemble de règles particulier, que l'on désigne en général sous le nom de « droit administratif » (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. [...]). Toutefois, dans un certain nombre d'autres 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. Tels qu'employés dans le *Guide*, les termes « services publics » et « prestataires de service public » n'ont pas le sens technique qu'ils peuvent revêtir dans tel ou tel système juridique.

b) « Partenariat public-privé », « (PPP) » et expressions apparentées

14. Le terme « partenariat public-privé » (PPP) est utilisé dans la pratique pour désigner une multitude de dispositifs contractuels ou de groupements d'entreprises dans le cadre desquels les secteurs public et privé coopèrent dans la poursuite d'un objectif commun, et il n'existe pas de définition juridique reconnue à l'échelle internationale recouvrant toutes les variantes possibles. Le *Guide* utilise le terme PPP pour désigner les arrangements à long terme convenus entre des autorités publiques et des entités privées, qui contribuent au financement privé d'infrastructures publiques, dans le sens indiqué au paragraphe [...] ci-dessus.

15. Les PPP ne constituent pas une nouvelle catégorie particulière de contrats publics. De fait, ils utilisent parfois des structures contractuelles bien connues (locations, concessions, contrats de service, contrats clefs en main, contrats conception-construction-financement-exploitation). Les types de PPP qui sont couverts par le *Guide* peuvent être répartis en deux grandes catégories. Premièrement, celle des PPP dans lesquels le partenaire privé exploite l'infrastructure et facture un prix au public au titre d'une licence ou d'une « concession » (voir par. [...]) délivrée par l'État (« PPP concessif »). Deuxièmement, celle des PPP dans lesquels le partenaire privé effectue des travaux en relation avec une infrastructure ou un ouvrage (conception et construction, rénovation, agrandissement, entretien ou gestion) ou avec un système de services (information ou télécommunication, services à la clientèle), mais ne fournit pas de services au public, et est directement payé par l'autorité contractante ou autre organisme public (« PPP non concessif »).

16. Cette deuxième catégorie s'apparente à ce que certains systèmes juridiques appellent « partenariat pour les infrastructures » ou « contrat de partenariat », type de montage novateur qui prévoit que des travaux ou services sont fournis contre rémunération pendant la durée du contrat, sans que des fonds publics ne doivent être déboursés en amont. Avec ce type de montages, le partenaire privé s'engage généralement à financer et à construire un ouvrage et à le transférer, une fois qu'il est achevé, à l'autorité contractante ou à l'entité qu'elle a désignée. Ce montage est surtout utilisé pour la construction d'ouvrages destinés à accueillir un service public directement fourni par l'autorité contractante, tandis que le partenaire privé conserve la responsabilité de l'exploitation et de l'entretien de l'ouvrage pendant la durée entière du contrat de PPP. Quel que soit le type d'arrangement, le *Guide* désigne généralement l'autorité publique qui conclut le PPP par le terme « autorité contractante », et l'entité privée qui exécute le projet par le terme « partenaire privé ». L'accord conclu entre l'autorité contractante et le partenaire privé, qui définit la portée et les conditions du projet de PPP, est désigné par le terme « contrat de PPP ».

17. Selon le contexte, le *Guide* utilise parfois le terme « société de projet » pour désigner spécifiquement une personne morale indépendante créée pour exécuter un projet de PPP particulier.

c) « Concession » et expressions apparentées

18. Dans de nombreux pays, une entité autre qu'une autorité publique aura généralement besoin d'obtenir une autorisation auprès de l'organisme public compétent pour pouvoir fournir un « service public ». Différentes expressions sont employées pour définir ces autorisations dans les lois nationales et dans certains systèmes juridiques ; diverses expressions peuvent être utilisées pour désigner différents types d'autorisation. Les termes les plus couramment utilisés sont notamment « concession », « franchise », « licence » ou « affermage ». Dans certains systèmes juridiques, en particulier ceux de tradition romaine, certaines formes de projets d'infrastructure sont classées dans des catégories bien définies (par exemple, « concession de travaux publics » ou « concession de service public »). Lorsque le contexte l'exige, le *Guide* utilise le terme « concession » pour désigner de manière générale cette autorisation, sans lui donner le sens technique qui peut lui être conféré dans un système juridique ou un droit interne particulier.

19. Selon le contexte, le *Guide* emploie le terme « concessionnaire » pour désigner en particulier une entité qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'une concession octroyée par une autorité publique du pays hôte. D'autres expressions qui peuvent être employées dans certains systèmes juridiques pour désigner certaines formes d'accords de PPP, par exemple « accord de concession » ou « contrat de concession », ne sont pas utilisées dans le *Guide*.

d) Référence aux autorités nationales

20. Tel qu'il est utilisé dans le *Guide*, le mot « État » recouvre les différentes autorités publiques du pays hôte qui sont dotées de fonctions décisionnelles ou exécutives aux niveaux national, provincial ou local. Le terme « autorités publiques » est utilisé pour désigner, en particulier, les entités du pouvoir exécutif, ou liées au pouvoir exécutif, de l'État. Les termes « organes législatifs » et « législateur » désignent spécifiquement les organes qui exercent des fonctions législatives dans le pays hôte.

21. Le terme « autorité contractante » est généralement employé dans le *Guide* pour désigner l'autorité publique du pays hôte qui assume la responsabilité générale du projet et au nom de laquelle ce dernier est attribué. Cette autorité peut être aussi bien nationale que provinciale ou locale (voir ci-après par. [...]).

22. Le terme « organisme de réglementation » désigne dans le *Guide* l'autorité publique habilitée à publier et faire appliquer des règles ou une réglementation régissant la mise au point et l'exploitation du projet. Cet organisme peut être créé par une loi dans le but particulier de réglementer un secteur d'infrastructure publique particulier.

e) « Construction-exploitation-transfert » et expressions apparentées

23. Les divers types de projets désignés en tant que PPP dans le *Guide* sont parfois répartis en plusieurs catégories, par exemple suivant le type de participation du secteur privé ou le régime de propriété de l'infrastructure en question, comme il est indiqué ci-dessous (voir aussi l'examen des modalités de la participation du secteur privé dans les PPP aux par. [...]) :

a) *Construction-exploitation-transfert (CET)*. On parle de projet CET lorsque l'autorité contractante sélectionne un partenaire privé pour financer et construire un ouvrage ou un système et accorde à cette entité privée le droit de l'entretenir et/ou de l'exploiter commercialement pour une période donnée, à la fin de laquelle la propriété de l'ouvrage est transférée à l'autorité contractante ;

b) *Construction-transfert-exploitation (CTE)*. On parle de projet CTE lorsque l'autorité contractante choisit un partenaire privé pour planifier, financer, concevoir et construire un ouvrage ou un système dont elle devient immédiatement propriétaire dès

son achèvement, le partenaire privé conservant le droit de l'entretenir et de l'exploiter pendant une certaine période ;

c) *Construction-location-exploitation-transfert ou construction-bail-exploitation-transfert*. Il s'agit de variantes des projets CET ou CTE dans lesquelles, en plus des obligations et autres conditions généralement associées aux projets CET, le partenaire privé loue à l'autorité contractante, pendant la durée de l'accord, les biens corporels sur lesquels l'ouvrage est situé et s'engage à les entretenir et à les exploiter ;

d) *Construction-possession-exploitation-transfert*. Il s'agit de projets dans lesquels un partenaire privé est engagé pour planifier, financer, concevoir, construire, exploiter et entretenir un ouvrage donné, en contrepartie de quoi il est fondé à percevoir des usagers des redevances et autres droits. Avec ce montage, l'entité privée est propriétaire de l'ouvrage et des biens jusqu'à leur transfert à l'autorité contractante ;

e) *Construction-possession-exploitation*. Cette expression désigne des projets dans lesquels le partenaire privé est propriétaire de l'ouvrage à titre définitif et n'est pas tenu de le transférer à l'autorité contractante.

24. 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 partenaire privé. Dans certains cas, un ouvrage existant est remis à une entité privée, avec charge pour elle de le moderniser ou de le remettre en état, de l'exploiter et d'en assurer la maintenance, à titre définitif ou pour une période déterminée. Selon que le partenaire privé est ou non propriétaire de l'ouvrage, on parle de « remise en état-exploitation-transfert » ou de « modernisation-exploitation-transfert », dans le premier cas, et de « remise en état-possession-exploitation » ou de « modernisation-possession-exploitation » dans le second. L'expression « conception-construction-financement-exploitation » est parfois employée pour insister sur le fait que le partenaire privé est en outre chargé de concevoir l'ouvrage et d'en financer la construction.

B. Informations générales sur les PPP

25. Dans la plupart des pays qui construisent de nouvelles infrastructures au moyen d'investissements privés, les PPP constituent un outil important pour répondre aux besoins nationaux en matière d'infrastructures. Les politiques nationales définissent en particulier le degré de concurrence recherché dans chaque secteur, la façon dont chacun d'eux est structuré et les mécanismes qui permettent d'assurer le bon fonctionnement du marché des infrastructures ou des services publics. Les politiques nationales destinées à promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures s'accompagnent souvent de mesures visant à mettre 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.

26. Certains pays qui ont mis au point des programmes de promotion de l'investissement privé dans la construction et l'exploitation d'infrastructures et de services publics ont jugé utile de réexaminer les hypothèses qui avaient présidé à la création des monopoles du secteur public, ainsi que les circonstances historiques et les conditions politiques de cette création en vue :

a) De déterminer les activités qui conservaient le caractère d'un monopole naturel ; et

b) De déterminer s'il était faisable et souhaitable d'ouvrir certains secteurs d'infrastructure à la concurrence.

1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructure

27. Les mesures à prendre pour mettre en œuvre une politique d'ouverture à la concurrence de divers secteurs d'infrastructure sont essentiellement fonction de la

structure du marché. Les principaux éléments qui caractérisent une structure particulière sont les obstacles économiques, juridiques, techniques ou autres à l'entrée des concurrents, le degré d'intégration verticale ou horizontale, le nombre d'entreprises opérant sur le marché et l'existence de produits ou de services de substitution.

a) Politique de concurrence et monopoles

28. *Stricto sensu*, un monopole est un marché où l'offre provient d'un fournisseur unique. En fait, le monopole absolu et la concurrence parfaite constituent deux extrêmes, et la plupart des marchés de biens et de services sont caractérisés par un degré de concurrence qui se situe entre les deux. 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) *Monopoles naturels*. Il s'agit d'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 gros investissements et des coûts fixes élevés, 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) *Monopoles de droit*. Les monopoles de droit sont créés par la loi et peuvent couvrir des secteurs ou des activités qui sont ou non des monopoles naturels. Dans ce dernier cas, le monopole n'existe 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 l'on s'en remettait entièrement au marché ;

c) *Monopoles de fait*. Les monopoles de fait ne résultent pas nécessairement de fondamentaux économiques ou de dispositions légales, mais simplement de l'absence de concurrence due, par exemple, à la nature intégrée de l'entreprise dominante et à sa capacité de contrôler, en excluant tout autre fournisseur, les installations essentielles à sa production.

29. Bien que les monopoles se justifient parfois sur le plan juridique, politique ou social, ils peuvent avoir des effets négatifs sur l'économie. Un prestataire de services en situation de monopole est en général en mesure de fixer des prix supérieurs à ceux qu'il pratiquerait en situation de concurrence. 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 d'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.

30. Malgré leurs inconvénients économiques, les monopoles et autres barrières réglementaires à la concurrence sont parfois conservés, même quand il n'y a plus de 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 les services téléphoniques de base, 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 usagers ruraux ou à faible revenu. Le prestataire de services en situation de monopole est en mesure de financer ces prestations grâce aux « subventions croisées » qu'il retire des services bénéficiaires fournis à d'autres régions ou à d'autres catégories de consommateurs.

31. 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 restreindre la concurrence, mais pendant un certain temps seulement (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]).

b) Concurrence possible dans les différents secteurs

32. Il n'y a pas si longtemps encore, les situations de monopole dominaient dans la plupart des secteurs d'infrastructure, 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 la rapidité des progrès et des innovations technologiques a étendu le champ potentiel de la concurrence dans ces secteurs, ce qui a encouragé les législateurs et les autorités réglementaires, dans la plupart des pays, à promouvoir la concurrence dans différents secteurs d'infrastructure en adoptant une législation qui abolit les monopoles et les autres barrières à l'entrée du marché, modifie l'organisation des secteurs d'infrastructure et instaure un cadre réglementaire favorisant une concurrence effective. La mesure dans laquelle une concurrence réelle est possible dépend du secteur, de la taille du marché et d'autres facteurs.

2. Restructuration des secteurs d'infrastructure

33. Dans de nombreux 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 général. 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 certains secteurs d'infrastructure à la concurrence.

34. 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, « Cadre législatif et institutionnel général », par. [...]). Pour certaines activités cependant, on ne peut faire naître une concurrence réelle par la simple suppression des obstacles législatifs. 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 structure monopolistique à une structure de marché concurrentielle.

a) Fragmentation des secteurs d'infrastructure

35. 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. En effet, une telle 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. De manière générale, les services d'infrastructure sont de nature plutôt concurrentielle, tandis que l'infrastructure physique correspondante présente souvent des caractéristiques monopolistiques.

36. 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. Le but de l'opération est normalement de séparer les ouvrages essentiels ou les installations fondamentales du réseau et les 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 fréquent 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 terme désigne à la fois l'activité unique ou le sous-secteur qui se trouve démantelé (comme dans les exemples précédents) et les entreprises de substitution qui s'organisent séparément sur un ou plusieurs marchés (séparation des services de téléphonie fixe et mobile, par exemple).

37. 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 d'infrastructure

i) Électricité

38. 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 en outre 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 pas ni ne la vendent, elles ne font que la 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.

39. 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 obstacles 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 et de nouveaux mécanismes de réglementation ont été mis en place pour faire fonctionner ces nouveaux marchés de l'énergie : syndicats de producteurs, systèmes de répartition, organismes 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.

ii) *Eau et assainissement*

40. 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.

41. 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.

iii) *Transports*

42. 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 doit s'analyser non seulement dans les limites d'un moyen de transport particulier, mais aussi de manière générale, entre les différents moyens, puisque le train, le camion, l'autocar, l'avion et le bateau sont en concurrence pour transporter voyageurs et marchandises.

43. 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.

44. Jusqu'à récemment, les ports étaient administrés comme des monopoles de secteur public dans de nombreux 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 ».

45. 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. Au sein même des aéroports, beaucoup de pays ont ouvert à la concurrence les services de manutention, de restauration et autres services aux avions ainsi que les services aux passagers (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, de nouveaux aéroports ont été construits selon la formule CET et ceux qui existaient déjà ont été transférés au secteur privé.

c) Mesures de transition

46. 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.

47. Certains pays ont jugé qu'il ne fallait pas laisser d'un seul coup le champ libre à la concurrence. Ils ont donc prévu dans leur législation 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 prix 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 prix, 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.

48. Parmi les mesures de transition, on peut citer également la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans certains pays ayant des entreprises étatiques de service public. Dans la plupart des pays où ces entreprises ont été privatisées, la libéralisation a généralement accompagné ou précédé 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.

3. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure

49. Les PPP peuvent 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 ou de service, 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 ou de service. Plusieurs options peuvent être retenues dans un secteur donné.

a) Propriété et exploitation publiques

50. 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 et des services selon des principes commerciaux en créant une

personne morale distincte contrôlée par l'État, 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 ouvrages par des sociétés de ce type. Il est possible, 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, d'attirer des investisseurs privés.

51. 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 sous-traite 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 aussi être appliquée, en particulier lorsque les parties jugent difficile d'établir des mécanismes mutuellement acceptables pour évaluer les résultats de l'exploitant.

b) Propriété publique et exploitation privée

52. La totalité de l'exploitation d'infrastructures et de services publics 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 un ouvrage donné, de fournir les services et de percevoir les recettes générées par cette activité. Cet ouvrage peut déjà exister ou avoir été construit spécialement par l'entité privée concernée. Cette combinaison de propriété publique et d'exploitation privée présente les caractéristiques essentielles des arrangements qui, dans certains systèmes juridiques, peuvent être appelés « concessions de travaux publics » ou « concessions de service public ».

53. Il existe aussi une autre forme de PPP, 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 facturer 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 d'« affermage ».

c) Propriété et exploitation privées

54. Selon la troisième option, l'entité privée ne se contente pas d'exploiter l'ouvrage, mais est également propriétaire des biens 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. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 23 à 29).

55. Lorsque l'ouvrage est exploité dans le cadre d'une licence accordée par une autorité publique, la propriété privée des biens corporels (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'autorité publique compétente 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.

56. Il existe aussi des montages de PPP qui séparent la gestion de l'ouvrage de la fourniture de services au public. Ces types de PPP sont notamment utilisés pour la construction, l'agrandissement, la remise en état ou la gestion d'ouvrages utilisés dans des secteurs non marchands (c'est-à-dire non liés à la fourniture, contre rémunération, de biens ou de services au public), portant sur des activités publiques moins rentables. Dans ces montages, la responsabilité de la fourniture du service public n'est pas déléguée au partenaire privé et reste entre les mains de l'autorité contractante ou autre organisme public. Comme le partenaire privé ne facture pas de redevances au public pour l'utilisation de l'ouvrage, sa source de rémunération principale, voire unique, provient de l'autorité contractante ou autre organisme public.

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

a) Notion de financement de projet

57. Les grands projets de PPP portant sur la construction d'un nouvel ouvrage sont souvent exécutés par des personnes morales spécialement créées à cette fin par les promoteurs du projet. Cette nouvelle entité, souvent désignée par le terme « société de projet », devient l'instrument qui permet de mobiliser des capitaux pour le projet. La société de projet n'ayant ni réputation de solvabilité établie, ni bilan antérieur sur lesquels les prêteurs puissent se fonder, on recourt de préférence, pour les nouvelles infrastructures, à un mode de financement dit « financement de projet ». Dans ce cas de figure, les prêteurs accordent des crédits dans la mesure où ils estiment que le cash flow et les recettes du projet seront suffisants pour se faire rembourser par la société de 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 biens 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.

58. Le financement de projet est aussi 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 sommes importantes nécessaires aux projets d'infrastructure uniquement sur la base des biens ou du cash flow escompté 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. Ce mode de financement est généralement appelé « à recours limité ».

b) Sources de financement des projets d'infrastructure

59. Des modes de financement autres que le financement public traditionnel jouent un rôle croissant dans le développement des infrastructures. Ces dernières années, de nouveaux investissements ont, dans divers pays, été financés exclusivement ou essentiellement par des fonds privés. Les deux principaux types de financement sont le financement en fonds propres et l'emprunt, ce dernier prenant en général la forme de crédits obtenus sur les marchés commerciaux. Mais il en existe d'autres.

i) Capitaux propres

60. Les capitaux propres pour les PPP sont fournis en premier lieu par les promoteurs du projet ou d'autres investisseurs qui souhaitent acheter des parts de la société de projet. Toutefois, ils ne représentent normalement qu'une partie des capitaux nécessaires pour un projet d'infrastructure. Pour obtenir des prêts commerciaux ou avoir accès à d'autres sources de fonds afin de faire face aux besoins, les promoteurs du projet et les autres investisseurs doivent accorder la priorité aux prêteurs et aux autres bailleurs de fonds, en acceptant par conséquent d'être servis en dernier. En conséquence, les promoteurs du projet supportent généralement le risque financier le plus élevé. Mais, en contrepartie, ils recevront la plus grosse part des bénéfices, une fois l'investissement initial récupéré. Un important apport de fonds propres par les promoteurs du projet est généralement bien accueilli 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 de la société de projet et garantit l'intérêt de ces promoteurs pour le projet.

ii) *Crédits commerciaux*

61. L'emprunt constitue souvent la principale source de financement des PPP. Les marchés financiers fournissent principalement ces capitaux 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 à long terme à des taux fixes, ce qui leur évite de s'exposer elles-mêmes et d'exposer la société de projet sur une longue période aux fluctuations des taux d'intérêt, et rend moins nécessaires des opérations de couverture à terme. 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 dits « non subordonnés » ou « privilégiés ».

iii) *Prêts « subordonnés »*

62. 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 l'accord de crédit précise 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 fonds, ou parfois pour éviter des taux d'intérêt plus élevés, la possibilité peut être offerte à leurs bailleurs 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 à des parts de la société de projet à des taux préférentiels.

iv) *Investisseurs institutionnels*

63. 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, auprès 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 de PPP. Si elles acceptent le risque que représente la fourniture de capitaux à de tels projets, c'est essentiellement en raison des perspectives de rémunération et d'une volonté de diversifier leurs investissements.

v) *Marché financier*

64. Pour financer les projets de PPP, on a aussi recours au marché financier. Des fonds peuvent être levés 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 de réglementation et le respect des dispositions en vigueur dans 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 n'être garantis que par la réputation générale de l'émetteur, ou bien être garantis par une hypothèque ou un autre nantissement sur un bien particulier.

65. Les sociétés de services publics ayant une réputation commerciale établie 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.

vi) *Financement par des institutions financières islamiques*

66. Il existe un groupe supplémentaire de bailleurs de fonds potentiels, à savoir les établissements financiers islamiques. Ils fonctionnent selon des règles et des pratiques dérivées de la tradition juridique islamique. L'une des principales caractéristiques des activités bancaires effectuées en vertu de ces règles est l'absence de paiement d'intérêts ou le strict encadrement du droit de percevoir des 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 des établissements financiers aux résultats des opérations de leurs clients. De ce fait, ces établissements peuvent être davantage disposés que d'autres banques commerciales à envisager une participation directe ou indirecte au capital.

vii) *Financement par des institutions financières internationales*

67. Les institutions financières internationales peuvent également jouer un rôle important comme fournisseur de prêts, de garanties ou capitaux propres dans des projets de PPP. Un certain nombre de projets ont ainsi été financés par la Banque mondiale, la Société financière internationale ou des banques régionales de développement, qui encouragent activement le recours à des PPP dans ce domaine.

68. Les institutions financières internationales peuvent également contribuer à la formation de « syndicats financiers » pour l'octroi de prêts à un 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 à titre de remboursement, soit en vertu d'accords particuliers, soit sur la base d'autres droits que leur confère leur statut de créancier privilégié. Certaines institutions financières internationales peuvent également prendre une participation au capital, ou fournir des capitaux mezzanine en investissant dans des fonds spécialisés dans les sûretés émises par les exploitants d'infrastructure. Enfin, ces institutions peuvent 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, « Planification et préparation du projet », par. [...]).

viii) *Appui d'organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements*

69. Les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements 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 taux fixe (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]).

ix) *Cumul de fonds publics et privés*

70. En plus des 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 des 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. Les projets

d'infrastructure peuvent être coparrainés par les pouvoirs publics sous forme de prise de participation au capital de la société de projet, ce qui réduit le montant des capitaux propres et des capitaux d'emprunt à se procurer auprès de sources privées (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]).

5. Principales parties associées à la mise en place de projets d'infrastructure

71. Les parties à un projet de PPP 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 place d'un projet typique de PPP portant sur la construction d'un nouvel ouvrage et exécuté selon la formule du « financement de projet ».

a) Autorité contractante et autres autorités publiques

72. L'exécution d'un projet de PPP 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, la mise en œuvre du projet peut nécessiter la participation active (par exemple, pour la délivrance de licences ou de permis) d'autorités publiques autres 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 de PPP.

73. L'autorité contractante ou une autre autorité publique 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 susceptible d'assurer l'exploitation la plus efficace de l'ouvrage (voir chap. II, « Planification et préparation du projet, par. [...]). Par la suite, elle mène à bien le processus qui débouche sur l'attribution du contrat au partenaire privé qui a été sélectionné (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 12 à 18). 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 (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]). Enfin, dans certains projets, l'État peut devenir le propriétaire ultime de l'ouvrage.

b) Société de projet et promoteurs du projet

74. Les PPP 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 désignées dans le *Guide* par le terme « promoteurs ». 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. Lorsqu'une personne morale 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 l'État ou une entreprise publique) peuvent également participer. La participation d'investisseurs locaux, lorsque la société de projet doit être établie selon le droit du pays hôte (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]), est parfois encouragée par l'État.

c) Prêteurs

75. Les risques auxquels s'exposent les prêteurs dans un financement de projet, qu'il s'agisse d'un financement sans recours ou avec recours limité, sont considérablement

plus élevés que dans les formules classiques. Cela est encore plus vrai lorsque la valeur de garantie des biens corporels (par exemple, une route, un pont ou un tunnel) est difficile à réaliser en raison de l'absence de « marché » où ces biens pourraient être facilement vendus ou lorsqu'ils constituent des obstacles au recouvrement des créances ou à la reprise de possession. Ces facteurs influent 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.

76. Étant donné l'ampleur de l'investissement nécessaire pour un projet de PPP, 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 et de leur répartition, voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 8 à 29). 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 différents stades. 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 le font parfois en vertu d'un accord de prêt commun. Lorsque divers mécanismes de crédit sont prévus dans des accords de prêt séparés, les prêteurs 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. Cette question importante des droits octroyés au prêteur est également examinée au chapitre IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », sous-section 2 (Sûretés sur des biens incorporels) de la section E (Sûretés), et au chapitre VII « Autres domaines pertinents du droit », sous-section 3 de la section B.

d) Institutions financières internationales et organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements

77. Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements 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 partenaire privé. De nombreuses institutions financières mondiales et régionales ainsi que des organismes nationaux de financement du développement ont établi des principes directeurs ou d'autres conditions régissant la passation de marchés avec des fonds qu'ils fournissent, conditions qui sont généralement reflétées dans leurs accords de prêt types (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. [...] ; voir aussi la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics).

e) Assureurs

78. 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. IV, « Mise en place du PPP : cadre

juridique et contrat de PPP », par. 119 et 120). 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 des événements extraordinaires échappant au contrôle des parties (par exemple, guerres, 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 une autorité publique 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 et de promotion des investissements peuvent offrir une assurance contre les risques politiques (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 61 à 74).

f) Experts et conseillers indépendants

79. Les experts et conseillers indépendants jouent un rôle important aux différentes étapes des projets de PPP. 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 juridiques internationaux ou des entreprises d'architectes et d'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 hôte. Ils peuvent également aider les autorités publiques à concevoir des stratégies pour un secteur particulier et à mettre en place un cadre juridique et réglementaire approprié. Ils peuvent en outre 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 le contrat de PPP.

80. Outre les entités privées, un certain nombre d'organisations intergouvernementales (par exemple, l'ONUDI et 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.