

**Assemblée générale**

Distr. générale
19 février 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-deuxième session
Vienne, 8-26 juillet 2019

**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>
Introduction et informations générales sur les PPP	2
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 et sources de financement des projets d'infrastructure	14
5. Principales parties associées à la réalisation de projets d'infrastructure	17



Introduction et informations générales sur les PPP¹

A. Introduction

1. Les rôles des secteurs public et 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 d'obligations internationales pour fournir les fonds nécessaires à la mise en place des 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 souhaitant fournir des services publics devaient 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 ne relevait plus de l'exploitation privée que dans un nombre relativement restreint de pays, avec une concurrence souvent limitée voire inexistante. De nombreux pays inscrivaient par ailleurs dans leur constitution la prédominance du secteur public dans la fourniture de services d'infrastructure.
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 aux financements privés ; 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 opérations, mais aussi pour modifier la structure du marché et les politiques de concurrence dans les secteurs concernés.
4. Le *Guide* a pour objet d'appuyer la création d'un cadre juridique, ou son adaptation, afin de faciliter la participation privée à la mise en place d'infrastructures publiques par le biais de partenariats public-privé (PPP), en vue d'améliorer l'efficacité et la qualité des infrastructures et services publics. 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 elles sont prises en compte des points 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 viable et abordable à long terme des

¹ La section 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 de vente : 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.

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 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 présentant une analyse des principales questions financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres qui se posent dans ce domaine. Selon que de besoin, les notes sont suivies 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 que devrait aborder 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* fait brièvement état 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 qu'il pourrait être utile d'aborder 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, qui fournit des biens et services au public, être ouverts au public afin qu'il les utilise sous le contrôle du partenaire privé, ou bien 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)².

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 édifices 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 celles de ses infrastructures qui sont publiques et celles qui 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

² Publication de l'ONUDI, numéro de vente : ONUDI.95.6.F, ci-après dénommée *Guide de l'ONUDI sur les projets CET*.

peuvent être publics ou privés, selon la préférence du pays. Souvent, mais pas toujours, les centrales électriques et les installations de télécommunications sont 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(s) publique(s) » 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 ; 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 spécifiquement 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 peuvent se fonder sur 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. La première catégorie englobe les 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 »). La deuxième catégorie réunit les 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 participation à de tels travaux) ou avec un système de services (information ou télécommunication, services à la clientèle), mais ne facture pas directement le public dans la mesure où l'autorité contractante ou autre organisme public le paye directement (« 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 de l'autorisation de l'organisme public compétent pour pouvoir fournir un « service public ». Les législations nationales et les systèmes juridiques utilisent divers termes pour définir ces autorisations ; différents termes peuvent correspondre à 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 le fait d'accorder ce type d'autorisation, sans lui donner le sens technique qu'il peut revêtir 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 au niveau 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. Lorsqu'ils ont mis au point des programmes de promotion de l'investissement privé dans la construction et l'exploitation d'infrastructures et de services publics, certains pays 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 nationale d'ouverture à la concurrence de divers secteurs d'infrastructure sont essentiellement fonction de la structure du marché. Les principaux éléments caractérisant les diverses structures de marché sont notamment les obstacles économiques, juridiques, techniques ou

autres à l'entrée des concurrents, le degré d'intégration verticale ou horizontale, le nombre d'entreprises actives sur le marché et la disponibilité de produits ou de services de substitution.

a) Politique de concurrence et monopoles

28. *Stricto sensu*, le monopole est un marché où l'offre provient d'un fournisseur unique. En fait, le monopole absolu et la concurrence parfaite constituent les deux extrémités d'un continuum, et la plupart des marchés de biens et de services se caractérisent par un degré de concurrence qui se situe entre ces deux pôles. 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. Les monopoles naturels exigent normalement d'importants investissements fixes initiaux, d'où la difficulté pour une nouvelle entreprise, qui ne peut profiter des mêmes économies d'échelle, à entrer sur le marché et à vendre moins cher que l'entreprise en place ;

b) *Monopoles de droit*. Produits de la législation, les monopoles de droit peuvent couvrir des secteurs ou des activités qui constituent ou non des monopoles naturels. Dans ce dernier cas, le monopole n'existe que parce que la concurrence est interdite. Si de nombreux pays ont institué des monopoles de droit, c'est souvent parce qu'ils ont estimé que leurs besoins 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 d'un point de vue juridique, politique ou social, ils peuvent avoir des effets négatifs sur l'économie. Le prestataire de services qui se trouve 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, en raison 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 maintenus, 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 peu onéreux, 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 » découlant de 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. 19 et 20).

b) Concurrence possible dans différents secteurs

32. Les situations de monopole étaient naguère la norme dans la plupart des secteurs d'infrastructure, soit parce qu'il y existait des monopoles naturels, soit parce que des obstacles réglementaires ou d'autres barrières à l'entrée ou à l'activité (par exemple, l'intégration verticale des prestataires de services publics) empêchaient toute concurrence réelle. Toutefois, divers facteurs (progrès et innovations technologiques, besoins croissants en matière de financement d'infrastructures, baisse des revenus publics, impératifs d'efficacité pour ce qui est de la mise en place et de l'exploitation d'infrastructures publiques) ont élargi 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 des lois qui abolissent les monopoles et démontent les autres barrières à l'entrée sur les marchés, modifient l'organisation des secteurs d'infrastructure et instaurent des cadres réglementaires favorisant le bon fonctionnement de la concurrence. 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 législation 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. 37 à 57). Pour certaines activités cependant, il est impossible de susciter une véritable concurrence simplement en supprimant les obstacles législatifs ; il faut également légiférer pour restructurer le secteur concerné. Certains pays maintiennent les monopoles temporairement, juste assez longtemps pour permettre le passage progressif, ordonné et socialement acceptable d'une structure monopolistique à une structure de marché concurrentielle.

a) Dégrouper les secteurs d'infrastructure

35. L'intégration verticale ou horizontale³ des acteurs du marché, y compris les entreprises d'infrastructure, peut réduire sensiblement la concurrence. Les entreprises intégrées peuvent abuser de leur position sur un marché en éliminant leurs concurrents ou en empêchant d'autres entreprises d'accéder au marché. L'impact anticoncurrentiel de cette situation est aggravé par la présence d'éléments monopolistiques dans certains services, comme ceux des infrastructures ferroviaires ou routières uniques. Mais dans le même temps, l'intégration peut aussi améliorer l'efficacité, favorisant par-là la concurrence. Il faut donc généralement procéder à une évaluation économique au cas par cas pour déterminer si un type ou un niveau particulier d'intégration est, dans l'ensemble, favorable ou défavorable à la concurrence. En tout état de cause, étant donné qu'il est extrêmement difficile de créer une situation de mise en concurrence dans certains secteurs d'infrastructure (notamment la production d'énergie), certains pays ont jugé nécessaire d'y dissocier l'élément monopolistique (que constitue par exemple le réseau électrique de distribution de l'électricité) des éléments concurrentiels.

36. Ceci étant, il convient de bien analyser les coûts et les avantages de tels changements. Pour ce qui est des coûts, il faut songer à ceux qu'engendre le changement lui-même (coûts de l'opération elle-même et coûts associés à la transition, y compris les pertes que doivent essuyer les entreprises qui voient disparaître leurs avantages ou leur position protégée) et à ceux qu'entraîne l'exploitation du nouveau système, en particulier les coûts plus élevés de la coordination dus notamment au fait 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 l'apport de nouveaux investissements, 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

37. Dans ce domaine, les lois récemment promulguées dans divers pays prévoient le dégroupage par dissociation des activités de production, de transmission 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 l'acheminement de l'électricité destinée au public grâce aux lignes électriques. Dans ce cas de figure, les compagnies qui transportent et distribuent l'électricité ne font que transmettre l'électricité moyennant une redevance réglementée, sans l'acheter ni la vendre. Le commerce de l'électricité se fait entre producteurs ou revendeurs d'une part et consommateurs de l'autre. Dans certains pays qui ont fait ce choix, la concurrence est limitée aux gros consommateurs ou est introduite progressivement.

38. Dans les pays qui ont opté pour l'ouverture à la concurrence des secteurs de l'énergie et du gaz, de nouveaux textes législatifs ont fixé la nouvelle organisation du marché, en précisant dans quelle mesure il devait être dégroupé (en indiquant même parfois le nombre de prestataires de services publics qui devaient remplacer le monopole démantelé), ou ont supprimé les obstacles à l'entrée dans le secteur. Ces législations ont aussi édicté 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, transmission 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

³ L'intégration verticale est le contrôle commun de deux entreprises qui se trouvent à des stades de production différents – par exemple, un fabricant d'équipements électriques et une entreprise d'ingénierie et d'installation de réseaux électriques. L'intégration horizontale est la fusion d'entreprises qui se situent à la même étape de production, comme deux entreprises de transport.

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 ces évolutions, notamment les règles concernant les marchés du pétrole, du gaz, du charbon et des autres sources d'énergie.

ii) *Eau et assainissement*

39. Le dégroupement horizontal constitue la réforme la plus couramment effectuée dans les secteurs de l'eau et de l'assainissement. Certains pays ont créé plusieurs compagnies des eaux là où une seule existait auparavant. Cette solution est particulièrement fréquente dans les pays où existent des réseaux séparés aux interconnexions rares ou inexistantes, mais on la trouve aussi ailleurs. Elle offre plusieurs avantages, notamment celui de faciliter la comparaison des résultats des divers prestataires.

40. Certains pays ont, par exemple, 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 dégroupement vertical, les services privés (et les investissements spécifiques 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 fournir directement de l'eau aux consommateurs. Un certain nombre de pays ont ouvert à la concurrence l'approvisionnement et le transport de l'eau en gros ; il y existe parfois des marchés de l'eau actifs. Ailleurs, la concurrence se limite au domaine des eaux les plus chères – embouteillée ou transportée en camion-citerne – et à celui des puits privés.

iii) *Transports*

41. En ce qui concerne le secteur des transports, les mesures de restructuration prises dans divers pays dissocient les infrastructures des services. 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 ont tendance à être en concurrence pour transporter voyageurs et marchandises.

42. 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 ces systèmes, la législation ne permet pas à l'exploitant des voies de fournir aussi des services de transport, ces derniers étant 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 des tiers ont accès au réseau en vertu d'un type de « droits de circulation ». Ainsi, des transporteurs (sociétés de chemins de fer ou services de transport concurrent) peuvent utiliser les voies sous certaines conditions et la société qui les gère ne peut leur refuser cet accès.

43. Jusqu'à récemment, les ports étaient administrés comme des monopoles du 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 ni de marchandises. Dans les ports de service, 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 créer et à maintenir dans le système des ports « domaniaux ».

44. La législation aéroportuaire peut également appeler des changements, qu'il s'agisse d'autoriser les investissements privés ou la concurrence à la fois entre aéroports et en leur sein. Il peut alors s'avérer nécessaire d'examiner avec soin les liens 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

45. La transition d'une situation de monopole à des conditions 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. La technologie et diverses autres forces extérieures évoluant constamment, certains pays ont adopté en cette matière une démarche qu'ils peuvent accélérer ou modifier selon les circonstances.

46. Certains pays ont estimé 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.

47. Parmi les mesures de transition, on peut citer la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans certains pays où des entreprises étatiques fournissaient des services publics. 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 les entreprises en leur donnant des droits exclusifs importants, souvent en vue d'augmenter les recettes 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

48. 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

49. Lorsque l'on souhaite que la propriété et le contrôle soient publics, on peut obtenir un financement direct par le secteur privé et mettre en place l'exploitation de l'infrastructure ou la prestation 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.

50. Une autre façon de faire participer le secteur privé à tout ce qui touche aux 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 à des entreprises privées. L'État 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

51. Il est par ailleurs faisable de transférer la totalité de l'exploitation d'infrastructures et de services publics 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 ».

52. Il existe une autre forme de PPP, dans laquelle l'autorité contractante choisit une entité privée pour exploiter un ouvrage qui a été construit par l'État 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. Dans certains systèmes juridiques, ces arrangements portent le nom d'« affermage ».

c) Propriété et exploitation privées

53. 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).

54. Lorsque l'ouvrage est exploité dans le cadre d'une licence gouvernementale, la propriété privée des biens corporels (par exemple, un réseau de télécommunications) est souvent dissociable de la licence de fourniture des services au public (par exemple, des services téléphoniques longue distance), dans la mesure où l'autorité publique concernée 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.

55. 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 ou de droits 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 et sources de financement des projets d'infrastructure

a) Notion de financement de projet

56. Les grands projets de PPP portant sur la construction de nouveaux ouvrages sont souvent exécutés par des personnes morales spécialement constituées à cette fin par les promoteurs. La nouvelle entité (qu'on appelle généralement la « 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, au système du « financement de projet ». Dans ce cas de figure, les prêteurs accordent des crédits dans la mesure où ils estiment que la capacité d'autofinancement et les recettes du projet seront suffisantes 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.

57. 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 de la capacité d'autofinancement escomptée 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 fonds 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

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

i) Capitaux propres

59. 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 de projets 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. C'est ainsi que les promoteurs de projets 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 d'un 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 la trésorerie de la société de projet et garantit l'engagement de ces promoteurs pour le projet en question.

ii) *Crédits commerciaux*

60. L'emprunt constitue souvent la principale source de financement des PPP. Les marchés financiers fournissent les capitaux principalement sous la forme de prêts accordés à la société de projet par des banques commerciales nationales ou étrangères, qui utilisent habituellement des fonds provenant de dépôts à court ou à moyen terme rémunérés à des taux flottants. Ces prêts sont donc souvent assortis de taux d'intérêt flottants et ont en général une échéance plus courte que la durée du projet. Toutefois, lorsque cela est possible et économique, compte tenu des conditions du marché financier, les banques peuvent préférer réunir et prêter des fonds à moyen ou 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 »*

61. Les prêts « subordonnés » (parfois appelés « capital mezzanine ») constituent le troisième type de fonds auquel il est généralement fait appel pour les projets d'infrastructure. Leur remboursement est exigible avant celui des fonds propres mais après celui des prêts privilégiés. La subordination peut être générale (le remboursement étant alors généralement dû après celui de toute dette privilégiée) ou spécifique, auquel cas l'accord de crédit précise le type de dette auquel le prêt est subordonné. Ces emprunts se font souvent à taux fixe, ce dernier étant généralement plus élevé que celui des prêts privilégiés. Pour attirer de tels fonds, ou bien pour éviter des taux d'intérêt plus élevés, on propose parfois 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*

62. Les prêts subordonnés peuvent être accordés, outre par les promoteurs du projet ou par des institutions financières publiques, par des sociétés de financement, des fonds d'investissement, des compagnies d'assurance, des sociétés d'investissement collectif (par exemple, des fonds communs de placement), des caisses de retraite et d'autres « investisseurs institutionnels ». Ces organismes disposent normalement de sommes élevées à investir à long terme et peuvent représenter une source importante de capitaux supplémentaires pour les projets de PPP. Si elles acceptent le risque associé à l'apport de capitaux à de tels projets, c'est essentiellement en raison des perspectives de rémunération et de la volonté de diversifier leurs investissements.

v) *Marchés financiers*

63. Le financement des projets de PPP se fait aussi en recourant aux marchés financiers. 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 le pays concerné, notamment celles qui ont trait aux informations à fournir dans la documentation d'émission et, selon certaines législations, l'immatriculation préalable. Les obligations et autres instruments négociables peuvent être garantis uniquement par le crédit général de l'émetteur, ou bien par une hypothèque ou un autre nantissement portant sur un bien particulier.

64. Les sociétés de services publics ayant une réputation commerciale établie accèdent généralement plus facilement aux marchés financiers que les sociétés constituées spécialement pour construire et exploiter un nouvel ouvrage d'infrastructure et ne possédant pas la cote de crédit requise. De fait, un certain

nombre de bourses exigent que les sociétés émettrices aient déjà fait leurs preuves pendant une période minimale avant de les autoriser à émettre des instruments négociables.

vi) *Institutions financières islamiques*

65. Fonctionnant selon des règles et des pratiques dérivées de la tradition juridique islamique, les établissements financiers islamiques représentent un groupe supplémentaire de bailleurs de fonds potentiels. Les activités bancaires effectuées en vertu de leurs normes se caractérisent principalement par l'absence d'intérêts ou le strict encadrement du droit de percevoir des intérêts et, par conséquent, l'offre d'autres formes de contrepartie pour les fonds empruntés, par exemple la participation aux bénéfices ou la participation directe des établissements financiers aux résultats des opérations de leurs clients. De ce fait, ces organismes peuvent être davantage disposés que d'autres banques commerciales à envisager une participation directe ou indirecte au capital.

vii) *Institutions financières internationales*

66. Les institutions financières internationales peuvent également jouer un rôle important pour ce qui est d'apporter des prêts, des garanties ou des capitaux propres pour des projets de PPP. La Banque mondiale, la Société financière internationale et des banques régionales de développement (qui encouragent toutes activement le recours à des PPP dans le domaine des infrastructures) ont ainsi financé un certain nombre de projets.

67. Les institutions financières internationales peuvent également contribuer à la formation de consortiums financiers pour l'octroi de prêts dits « syndiqués » à un projet. Certaines d'entre elles ont des programmes spéciaux au titre desquels elles deviennent le seul « prêteur officiel » dans le cadre d'un projet, agissant pour leur propre compte et pour celui des banques ainsi regroupées et se chargeant de la gestion des versements effectués par les participants ainsi que du recouvrement et de la distribution ultérieurs des sommes remboursées par l'emprunteur, 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 qui se spécialisent dans les sûretés créées par des exploitants d'infrastructure. Enfin, elles peuvent fournir des garanties contre un certain nombre de risques politiques, ce qui peut aider les sociétés de projet à mobiliser plus facilement des fonds sur les marchés financiers internationaux (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 84 à 94).

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

68. Les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements peuvent appuyer les projets grâce à des prêts, des garanties, ou 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. 95 à 97).

ix) *Combinaison de fonds publics et privés*

69. Outre les 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 obtenir auprès de sources privées (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 54 à 83).

5. Principales parties associées à la réalisation de projets d'infrastructure

70. 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

71. 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 étant le principal organe responsable du projet au sein de l'État. Par ailleurs, 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 dernières jouent un rôle déterminant dans la réalisation des projets de PPP.

72. Normalement, l'autorité contractante ou une autre autorité publique établit le projet sur la base de ses propres politiques en matière d'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. 5 à 18). Elle lance ensuite 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 comme il convient l'exécution des travaux de construction et l'exploitation 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 final de l'ouvrage.

b) Société de projet et promoteurs du projet

73. 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. Lorsque les promoteurs créent une personne morale indépendante – ce qui se fait dans la plupart des cas (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...) –, d'autres investisseurs en fonds propres non engagés par ailleurs 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. 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. ...), la participation d'investisseurs locaux est parfois encouragée par l'État.

c) Prêteurs

74. Les risques auxquels s'exposent les prêteurs dans le cadre du financement de projet, qu'il s'agisse d'une formule 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.

75. 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 participant au pool, 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 aux projets et de leur répartition, voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 21 à 43). 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

76. De manière générale, les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements ont des préoccupations similaires à celles des autres prêteurs, mais ils veillent en outre particulièrement à ce que l'exécution du projet et l'exploitation de l'ouvrage n'aillent pas à l'encontre de certains de leurs objectifs stratégiques. 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 étudient 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 les 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

77. Normalement, tout 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, les ruptures de trésorerie et les dépassements de coût (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). 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 garantir contre 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 l'absence de couverture de certains risques en raison 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 proposer des assurances contre les risques politiques (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 84 à 96).

f) Experts et conseillers indépendants

78. 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 de projets pour l'organisation du financement et l'élaboration du projet à exécuter, activité qui, si elle est indispensable pour le financement de projet, 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 appels à propositions ou des clauses et des spécifications contractuelles types, à évaluer et comparer les propositions ou à négocier le contrat de PPP.

79. 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.