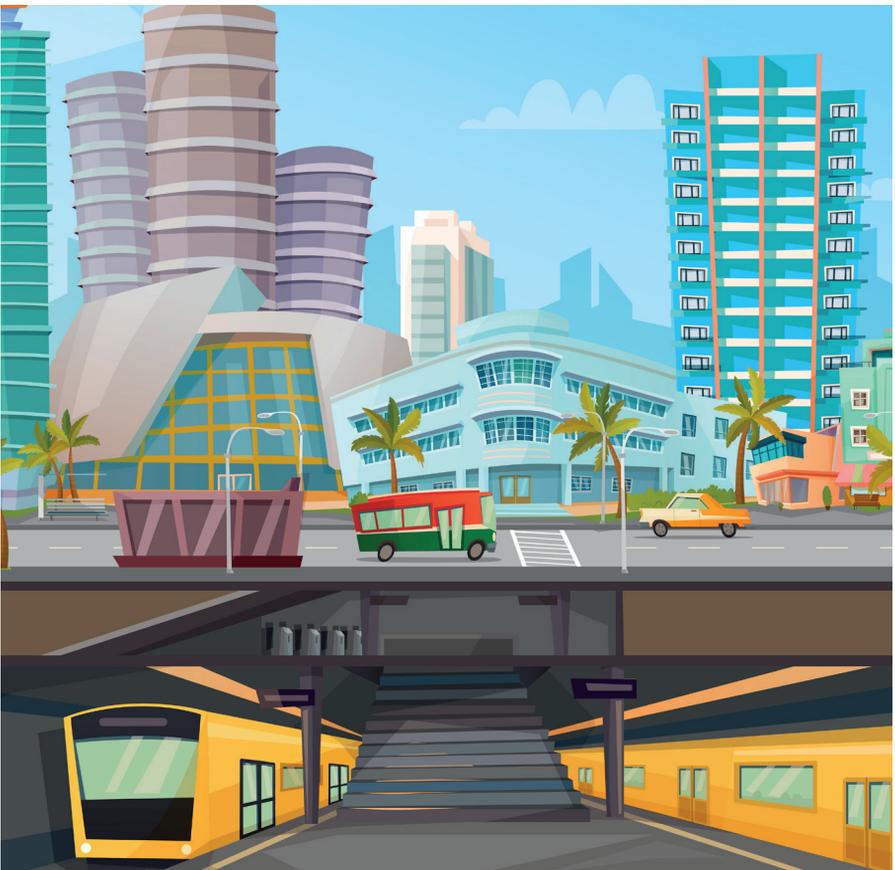




# Projets de Partenariats Public-Privé (PPP)

Dans le secteur des infrastructures



Présenté par  **NORTON ROSE FULBRIGHT**



# Projets de Partenariats Public-Privé (PPP)

Dans le secteur des infrastructures

# TABLE DES MATIÈRES

## GLOSSAIRE

### CHAPITRE 1 : INTRODUCTION AUX PROJETS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ (CI-APRÈS « PPP ») DANS LE SECTEUR DES INFRASTRUCTURES

1. Qu'est-ce qu'un PPP ?	22
2. Dans quels secteurs a-t-on recours au PPP ?	29
3. Évolution des PPP d'un point de vue historique	30
4. Concept de privatisation dans le contexte des PPP	33
5. Passation de marchés classique et passation de PPP	34
6. Avantages et inconvénients de la passation de marchés des projets de PPP	36
7. Résumé des caractéristiques et critères clés des PPP	44

### CHAPITRE 2 : STRUCTURATION D'UN PROJET DE PPP

1. Cadres juridique et politique pour les PPP	48
2. Structuration simplifiée d'un projet de PPP : l'étude de faisabilité	52
3. L'économie des PPP	59
4. Structure alternative de PPP : étude de cas d'un projet ferroviaire	62

### CHAPITRE 3 : FINANCEMENT D'UN PROJET D'INFRASTRUCTURE DE TYPE PPP

1 Sources de financement d'un projet d'infrastructure de type PPP	67
2. Les caractéristiques essentielles du financement de projet	71
3. Principales caractéristiques d'un financement de projet	72
4. Structure	76
5. Principales parties prenantes au projet de PPP	76
6. Inconvénients du recours aux financements de projets dans les opérations d'infrastructure de type PPP	82
7. Calendrier de financement d'un projet d'infrastructure de type PPP	84

### CHAPITRE 4 : DOCUMENTATION DE LA TRANSACTION : ANATOMIE D'UN CONTRAT DE CONCESSION DE TYPE PPP ET PRINCIPAUX PROBLÈMES LIÉS À LA RÉPARTITION DES RISQUES

1. Portée et durée d'un contrat de concession de type PPP	91
2. Obligations pendant la période de construction	93
3. Obligations pendant la période d'exploitation	96
4. Régimes de paiement	100
5. Droits des parties contractantes	103
6. Événements postérieurs	104

## TABLE DES MATIÈRES

7. Résiliation et dédommagement	109
8. Responsabilités et assurances	115
9. Résolution des litiges	117
10. Contrôles exercés par l'État	120
11. Obligations de soutien du gouvernement	123
12. Modalités et conditions supplémentaires	125
<b>CHAPITRE 5 : DOCUMENTATION FINANCIÈRE DE LA TRANSACTION</b>	
1. Documents financiers essentiels d'un financement de projet	130
2. Dispositions concernant les fonds propres	136
3. Impact des documents financiers sur le contrat de concession	142
4. Les accords directs	145
5. La prise et l'exécution des nantissements	147
6. Participation des banques multilatérales de développement, des institutions de financement du développement et des agences de crédit à l'exportation	151
7. Dispositions relatives aux actionnaires publics	155
<b>CHAPITRE 6 : DOCUMENTATION DE LA TRANSACTION : AUTRES DOCUMENTS DU PROJET</b>	
1. Contrat de construction, contrat d'E&E et problèmes d'interface	160
2. Transmission du risque de sous-traitance	161
<b>CHAPITRE 7 : DISPOSITIONS RELATIVES À LA PASSATION DE MARCHÉS</b>	
1. Calendrier d'un PPP type	172
2. Propositions spontanées	180
<b>CHAPITRE 8 : INTRODUCTION AUX PRINCIPAUX PROBLÈMES SECTORIELS</b>	
1. Projets routiers	185
2. Projets ferroviaires urbains	189
3. Projets de fret ferroviaire	194
4. Projets aéroportuaires	198
5. Projets portuaires	202
6. Projets de logement	206
<b>CHAPITRE 9 : LECTURES COMPLÉMENTAIRES SUGGÉRÉES</b>	211

## G L O S S A I R E

## TERME CLÉ

## SIGNIFICATION

**Projets basés sur la disponibilité**

Les projets qui donnent droit à un partenaire privé de percevoir des paiements réguliers d'un client du secteur public, pour autant que l'actif du projet soit disponible pour être utilisé conformément aux niveaux de service convenus au contrat.

**Accord d'achat**

Un accord d'achat de la totalité ou d'une partie substantielle de la production ou du produit d'un projet.

**Accord de projet**

L'accord principal entre le gouvernement adjudicateur et la Société de Projet qui régit le projet. Parfois aussi connu sous le nom de contrat de concession.

**Accord sur les termes communs (en anglais, le Common Terms Agreement)**

Il s'agit d'un accord entre les parties au financement et la Société de Projet qui définit les conditions communes à tous les instruments de financement et les relations entre eux (y compris les définitions, les conditions, les cas de défaut, le remboursement du prêt, l'ordre des tirages, les comptes du projet, les droits de vote pour les dérogations et les amendements).

**Acquisition forcée**

Le processus par lequel l'État contractant ne donne pas aux propriétaires fonciers locaux le choix de vendre leurs terres, mais utilise plutôt ses pouvoirs législatifs pour les contraindre à les vendre à un prix prédéterminé.

**Agence de crédit à l'exportation**

Une agence de crédit à l'exportation est une institution financière (qui peut être une institution privée ou quasi-gouvernementale) qui offre du financement pour les opérations d'exportation internationales et autres activités des entreprises nationales. Les agences de crédit à l'exportation offrent des prêts et des polices d'assurance à ces entreprises pour les aider à éliminer le risque d'incertitude lié aux exportations vers d'autres pays.

**Assurance des risques politiques**

Il s'agit d'un type d'assurance couramment souscrit par des entités du secteur privé dans le cadre d'opérations de financement de projets afin de se prémunir contre le risque de perte de recettes dues à un changement dans l'environnement politique. Le risque politique peut être défini comme des changements extra-économiques découlant strictement du processus politique, soit par des moyens violents (guerre, insurrection, terrorisme à motivation politique, etc.), soit par une action gouvernementale spécifique (nouvelle loi et/ou réglementation) qui peut affecter directement les activités d'une entreprise et entraver sa capacité à générer des recettes.

**Ingénierie, Approvisionnement, Construction (EPC) (ou contrat clé en main)**

Un contrat exigeant qu'un entrepreneur achève la conception, l'ingénierie, l'approvisionnement, la construction et le démarrage d'un projet ou d'une installation avant une certaine date, pour un prix fixe et à certaines spécifications de performance.

**Banque multilatérale de développement (BMD)**

Une banque multilatérale de développement (BMD) est une institution financière internationale, généralement créée par deux ou plusieurs pays dans le but d'encourager le développement économique. Les BMD comptent souvent un groupe important et varié de membres, allant des pays développés agissant en tant que «donateurs» aux pays en développement qui ont besoin de tels fonds.

**Cas de défaut**

Il s'agit généralement d'une circonstance, d'une situation, d'une condition ou d'un événement prédéfini(e) qui est considéré(e) comme une violation ou un manquement de la convention de prêt/l'accord sur les termes communs.

Cela permet au prêteur d'exercer ses droits et recours en vertu de l'accord et d'exiger le remboursement intégral du solde impayé avant qu'il ne soit exigible.

**Cas de force majeure**

Événement, indépendant de la volonté des parties contractantes, qui empêche l'une ou l'autre des parties, ou les deux, d'être à même d'honorer ses/leurs obligations contractuelles. Dans les pays régis par la common law, la définition de la force majeure est généralement une question de rédaction et de négociation, alors que dans les pays de droit civil, elle est normalement énoncée dans le code civil ou commercial applicable.

**Cas de force majeure naturelle**

Un cas de force majeure provoqué par un acte de la nature, par exemple un tremblement de terre.

**Cas de force majeure politique**

Un cas de force majeure provoqué par les actes directs du gouvernement, tels qu'une grève nationale de protestation contre les actions du gouvernement, ou par des événements indirects affectant le gouvernement, tels que la guerre. Une terminologie similaire peut être utilisée, par exemple « action gouvernementale défavorable importante »/événements liés à l'action/l'inaction gouvernementale/cas de risque liés à l'acheteur (qui peuvent également s'étendre aux violations commises par un État contractant).

**Clauses de fixation de plafonds et de planchers**

Un accord visant à ne pas dépasser (plafond) ou à ne pas descendre en dessous (plancher) de certains montants par rapport à un besoin particulier (par exemple, les niveaux de subvention dans le cas d'un «accord de fixation de plafond et de plancher de subvention»).

<b>Clause de stabilisation</b>	Clause contractuelle qui consacre certaines dispositions légales, permettant aux investisseurs étrangers de se protéger des modifications de la loi et d'un certain degré de risque politique.
<b>Compte de réserve pour le service de la dette (DSRA)</b>	Ce type de compte bancaire est généralement requis par les banques prêteuses dans le cadre d'opérations de financement de projets. Le compte de réserve pour le service de la dette (DSRA) a pour principal objectif de protéger un prêteur contre la volatilité imprévue ou l'interruption des flux de trésorerie disponibles pour assurer le service de la dette. Ces fonds, essentiellement mis de côté pour les périodes de difficultés, sont généralement constitués au terme d'une période de construction une fois que le prêt devient remboursable. Le DSRA est généralement financé sur une période de six mois, voire d'un an de paiements de capital et d'intérêts.
<b>Compte de réserve pour l'entretien (MMRA)</b>	Au cours de la phase opérationnelle d'un projet, des dépenses en immobilisations sont nécessaires pour s'assurer que le projet est en mesure de continuer à fonctionner comme prévu. Le Compte de réserve pour l'entretien (MMRA) est un compte bancaire particulier qui est conçu pour accumuler des fonds au fil du temps, afin de s'assurer qu'ils sont disponibles au moment où ils sont nécessaires, sinon un peu avant. Un MMRA est généralement exigé par les prêteurs lorsque le cycle d'entretien du projet est tel que les coûts d'entretien sont élevés par rapport aux flux de trésorerie qui seront engagés pendant la durée de vie opérationnelle du projet. Le MMRA est généralement financé jusqu'à concurrence d'un certain solde cible. Le solde cible pourrait être fixé à 6, 12, 18 ou 24 mois de dépenses futures au titre de l'entretien majeur. Il peut même s'agir d'un montant fixe. Le MMRA pourrait être : i) financé en totalité, le dernier jour de la construction ; ii) financé en partie, le dernier jour de la construction et ensuite constitué à partir des flux de trésorerie du projet ; iii) entièrement constitué à partir des flux de trésorerie du projet.
<b>Conception – Construction – Financement</b>	Mécanisme d'exécution d'un projet par lequel une entité gouvernementale accorde à une entité du secteur privé le droit de concevoir et de réaliser un projet d'infrastructure publique, en plus d'obtenir le financement total ou partiel du projet. Le gouvernement conserve les obligations d'exploitation et d'entretien au titre du projet entièrement réalisé.
<b>Conception – Construction – Financement – Entretien</b>	Mécanisme d'exécution de projet dans lequel l'exploitation de l'actif est conservée par le secteur public, par exemple lorsqu'un système ferroviaire (voie et matériel roulant) est livré et entretenu mais que le secteur public conserve le contrôle sur l'expédition et l'exploitation du matériel roulant.

<b>Conception – Construction – Financement – Exploitation (ou Conception – Construction – Financement – Entretien)</b>	Mécanisme d'exécution d'un projet dans le cadre duquel une entité gouvernementale vend à une partie du secteur privé (qui a des capacités de financement) le droit de concevoir et de construire le projet, puis d'assurer l'entretien et de l'exploiter pendant une longue période.
Construction – Possession – Exploitation	Mécanisme d'exécution de projet par lequel une entité gouvernementale vend à une partie du secteur privé le droit de réaliser un projet conformément au cahier des charges de conception convenues et d'exploiter le projet pendant une période déterminée, mais sans obligation de transférer le projet à la fin de cette période.
<b>Construction – Possession – Exploitation – Transfert</b>	Mécanisme d'exécution de projet par lequel une entité gouvernementale vend à une partie du secteur privé le droit de financer, de concevoir, de construire, de posséder et d'exploiter un projet pendant un certain nombre d'années précis. Cette structure est fort semblable à la structure de type construction-exploitation-transfert (BOT), sauf que la partie du secteur privé est propriétaire de l'actif pendant la durée de l'accord et qu'à l'expiration de la période précise, l'infrastructure est restituée à l'État. La structure BOOT est souvent utilisée pour construire des centrales électriques, des installations de traitement de l'eau et des stations d'épuration des eaux usées.
<b>Construction – Exploitation – Transfert</b>	Un mécanisme d'exécution de projet par lequel le gouvernement vend à une partie du secteur privé le droit de construire et d'exploiter un projet. À l'expiration de l'accord de concession (généralement après 20 ou 30 ans) et après l'exploitation du projet par l'entité du secteur privé pendant toute la durée de cette période, l'entité rétrocède le contrôle du projet et de son exploitation à l'État.
<b>Concessionnaire remplaçant</b>	La partie qui s'acquitte des obligations du partenaire privé en cas de novation du contrat de concession.
<b>Contrat de concession</b>	Autre terme pour désigner un accord de projet. Les parties peuvent faire référence à une «concession» lorsqu'un projet fournit un service payant au public, tel qu'une «concession» pour l'exploitation d'un pont à péage, mais il est aussi parfois utilisé plus généralement pour désigner tout accord de PPP à long terme.
<b>Contrat d'interface</b>	Un contrat entre le sous-traitant de construction et l'entrepreneur en gestion des installations /l'entrepreneur E&E. Le contrat d'interface régit qui supporte le coût, par exemple, d'un vice dans l'actif achevé causé par le sous-traitant de construction, ce qui retarde les performances de l'entrepreneur en gestion des installations / de l'entrepreneur E&E.

<b>Convention de services de gestion</b>	Accord conclu entre un consultant ou un entrepreneur indépendant et une société pour fournir des services de gestion, de consultation ou d'autres services contre rémunération. Une convention de services de gestion aide l'entreprise à réduire ses coûts d'exploitation et à accroître son efficacité.
<b>Coût du cycle de vie</b>	Il s'agit du coût total de la fourniture de l'actif et des services jusqu'à la fin de la durée du contrat. Il comprend les coûts d'investissement, les coûts financiers, les coûts d'exploitation, les coûts de personnel et le coût total de l'entretien, en tenant compte de la valeur de tout actif à la fin de la durée du contrat.
<b>Coûts de résiliation</b>	Les frais facturés à une partie au contrat lorsqu'elle veut rompre le contrat.
<b>Couverture des coûts de résiliation</b>	Les coûts associés à la résiliation de tout contrat de couverture avant son expiration.
<b>Date d'échéance</b>	Une date qui est liée à une période prescrite après une date d'achèvement prévue à laquelle toutes les obligations doivent avoir été remplies, faute de quoi un droit de résiliation s'appliquera généralement.
<b>Date d'exploitation commerciale / d'exploitation commerciale prévue</b>	La date à laquelle la phase de construction du projet est achevée avec succès (généralement déterminée par une forme quelconque de certification indépendante et/ou de régime de tests) ; la DEC prévue représente une date cible pour l'achèvement de cette phase de construction avec des conséquences commerciales si cette date n'est pas respectée (généralement des dommages-intérêts fixés à l'avance et/ou une résiliation pour cause de retard).
<b>Dédommagement</b>	Si l'une des parties contractantes a une dette envers une autre partie contractante, le droit de dédommagement du débiteur lui permet d'équilibrer ses dettes mutuelles avec le créancier.
<b>Déductions</b>	Une méthode, énoncée dans le mécanisme de paiement par lequel les paiements au partenaire privé sont réduits s'ils ne satisfont pas aux indicateurs de performance clés. Parfois appelés abattements, ajustements ou pénalités.
<b>Délai de grâce</b>	La période venant après qu'une obligation soit due au titre de l'exécution pendant laquelle cette obligation peut encore être exécutée sans que l'on ne déclare un cas de défaut et/ou une résiliation.

<b>Déclenchement de la résiliation</b>	Un événement qui permet à une partie non fautive de mettre fin à un contrat au cas où l'autre partie au contrat manquerait à ses obligations.
<b>Déclencheur sensible</b>	Circonstances qui permettent facilement et de façon disproportionnée à une partie de résilier tout ou partie du contrat sans réelle perspective que la partie fautive remédie au problème.
<b>De minimis</b>	Seuil minimal souvent utilisé dans les contrats de concession pour établir des points de référence lorsqu'un élément revêt un caractère important, déclenchant ainsi une conséquence en vertu du contrat.
<b>Dette de premier rang</b>	L'argent emprunté par le partenaire privé pour financer un projet qui a priorité sur toute dette « de second rang » (ordre de priorité inférieur) ou fonds propres en cas d'insolvabilité de la Société de Projet.
<b>Dispositions en matière de couverture</b>	Instrument utilisé pour limiter l'exposition à un prix ou à une unité de valeur qui fluctue. Ces dispositions couvrent généralement les taux d'intérêt, les taux de change des devises étrangères ou les prix des matières premières et/ou l'inflation.
<b>Documents du projet</b>	Il s'agit d'une série de documents essentiels à la conception, à la construction, à l'exploitation continue, à l'entretien et au service du projet après sa construction.
<b>Documents financiers</b>	L'ensemble des documents financiers clés qui se rapportent à la transaction dans son intégralité.
<b>Dommages-intérêts fixés à l'avance</b>	Un montant pécuniaire spécifié payé pour une violation contractuelle spécifique qui vise à indemniser la partie lésée pour le préjudice qu'elle subit en raison de cette violation.
<b>Droits fonciers autochtones</b>	Les intérêts légaux ou bénéficiaires sur le terrain sur lequel le projet sera construit qui appartiennent aux citoyens locaux ou qui affectent leurs coutumes de façon substantielle.
<b>Engagement communautaire</b>	Mesures prises pour s'assurer que le projet en question peut fonctionner adéquatement dans la communauté locale. Il peut s'agir d'aménager le terrain de la manière la plus conforme possible aux coutumes locales, d'employer un certain nombre de citoyens locaux ou de faire appel à des entreprises locales.

<b>Accord direct</b>	Un accord créant une relation contractuelle directe entre un sous-traitant de la Société de Projet et soit le gouvernement adjudicateur, soit les bailleurs de fonds du projet. Les parties appellent parfois l'accord entre un sous-traitant et le gouvernement adjudicateur, une garantie accessoire. Les principaux sous-traitants concluent des ententes directes (ou des garanties accessoires) avec la Société de Projet. Les ententes directes comprennent un droit de subrogation au contrat de sous-traitance.
<b>Entrepreneur E&amp;E</b>	Entrepreneur de l'entreprise qui fournit des services d'exploitation et d'entretien dans le cadre d'un projet.
<b>Entrepreneur en gestion des installations</b>	Une société recrutée par contrat pour fournir des services de gestion des installations permanentes ou de gestion des installations non techniques en utilisant l'actif achevé. Largement synonyme d'un entrepreneur en E&E.
<b>Exploitation et entretien (E&amp;E)</b>	Un accord entre la Société de Projet et un exploitant pour gérer, exploiter et entretenir un projet.
<b>Expropriation</b>	Lorsque le gouvernement prend des propriétés privées et les déclare d'utilité publique.
<b>Fonds propres</b>	Les fonds utilisés pour financer une opération qui proviennent des finances existantes d'une entreprise (par exemple, levées par émission d'actions de l'entreprise), plutôt que par la dette extérieure (par exemple, contractée auprès de prêteurs commerciaux).
<b>Garanties de la Société Financière Internationale</b>	<p>Tous les projets soumis au processus initial d'examen du crédit de la Société financière internationale après le 1er janvier 2012 doivent se conformer aux instruments ci-après :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• la Politique de durabilité environnementale et sociale, qui définit les engagements de la SFI en matière de durabilité environnementale et sociale ;</li> <li>• les Normes de performance, qui définissent les responsabilités des clients en matière de gestion des risques environnementaux et sociaux ; et</li> <li>• la Politique d'accès à l'information, qui exprime l'engagement de la SFI envers la transparence.</li> </ul> <p>Ces instruments sont disponibles à l'adresse suivante : <a href="http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/ifcsustainabilityframework_2012">http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/ifcsustainabilityframework_2012</a>.</p>

<b>Gestion des installations</b>	Gestion de l'actif et des services par le fournisseur. Les parties et les contrats PPP peuvent se référer séparément à une gestion des installations permanentes et à une gestion des installations non techniques. La GI permanente concerne la gestion des installations «permanentes» : l'entretien des bâtiments, l'ingénierie, l'aménagement paysager et les éléments similaires d'un actif, plutôt que la gestion des installations «non techniques», associée aux services qui facilitent l'exploitation de l'installation (par exemple, restauration, nettoyage, lessive, parking).
<b>Gouvernement adjudicateur</b>	L'organisme du secteur public (ou le ministère, l'agence ou l'institution désigné(e) par la Constitution) qui procède à la passation de marchés d'un service dans le cadre du PPP. Aussi connu sous le nom de gouvernement adjudicateur.
<b>IFD</b>	Une institution de financement du développement qui fournit des crédits par le biais d'instruments d'emprunt ou de prise de participation et de garantie aux investissements du secteur privé basés dans les pays en développement.
<b>Indicateurs de performance</b>	Des points de repère pour mesurer le rendement et la contribution du projet ou la contribution des parties au projet. Ceux-ci sont généralement liés aux spécifications des résultats et constituent la référence par rapport à laquelle le partenaire privé est motivé à agir. Si le partenaire privé n'atteint pas les indicateurs de performance, des déductions sont généralement effectuées et, dans des circonstances persistantes ou importantes, un droit de résiliation peut être exercé. Il est impératif que l'État contractant procède à une analyse de sensibilité dans le mécanisme de paiement pour étalonner les déductions.
<b>Indisponibilité</b>	Il s'agit du critère permettant de déterminer les déductions du paiement unitaire, en se référant aux normes relatives à la fourniture de l'installation (et non à la norme des services connexes fournis par le secteur public).
<b>Investisseurs</b>	Les parties qui fournissent des capitaux au projet pour lui permettre de démarrer, en cherchant à réaliser des gains sur les sommes fournies sous forme de paiements d'intérêts ou d'une partie des bénéfices du projet (c'est-à-dire le rendement des fonds propres).

<b>Investisseurs institutionnels</b>	Un investisseur institutionnel est une entité qui met en commun des fonds pour acheter des titres, des biens immobiliers et d'autres actifs de placement ou contracter des prêts pour son portefeuille d'investissement respectif. Les investisseurs institutionnels comprennent les banques, les compagnies d'assurance, les fonds de pension, les fonds de couverture, les conseillers en placement, les fonds de dotation et les fonds communs de placement.
<b>Invitation à soumissionner</b>	Une invitation à soumissionner (en soumettant des soumissions dont le prix est fixé) lancée aux soumissionnaires par un gouvernement adjudicateur.
<b>Matrice des risques</b>	Il s'agit généralement d'un tableau identifiant les risques impliqués dans un projet, indiquant la répartition provisoire des risques pour chaque risque et toute atténuation de ce risque, comme l'assurance.
<b>Mécanisme de paiement</b>	Les formules utilisées pour évaluer la performance du projet et pour calculer les paiements à verser au partenaire privé évalués en fonction de leur conformité avec les indicateurs de performance.
<b>Modèle financier</b>	On utilise un modèle financier dans les opérations de financement de projet pour évaluer la faisabilité économique du projet et déterminer s'il sera en mesure de produire suffisamment de liquidités pour couvrir tous les coûts d'exploitation et les dépenses de service de la dette pendant la durée du contrat de concession.  Le modèle financier est utilisé pour de multiples raisons : pour aider à structurer une opération de financement de projet, pour déterminer le montant maximum de la dette que la Société de Projet est en mesure d'assumer, pour calculer le ratio annuel de couverture du service de la dette qui mettra en évidence le caractère risqué du projet et est souvent utilisé pour déterminer le niveau des intérêts à payer sur la dette.
<b>Modification de la législation</b>	La modification ou l'adoption de nouvelles lois, ainsi que de nouvelles interprétations des lois, qui entrent en conflit avec les lois qui affectent le projet et qui ont un impact sur celui-ci ; la modification de la protection offerte par la loi peut être soumise à un certain niveau d'importance avant qu'une protection ne soit accordée (par exemple, démontrer que la modification a un impact financier minimal sur le partenaire privé).

<b>Non assurable</b>	Lorsqu'un projet, ou une partie d'un projet, ne peut être couvert(e) par une quelconque police d'assurance ou qu'une couverture d'assurance ne peut être obtenue aux conditions spécifiées, ou lorsqu'il n'est pas commercialement possible d'obtenir une police d'assurance pour le projet ou une couverture d'assurance aux conditions spécifiées.
<b>Nover/novation</b>	Remplacer l'une des parties à un accord par une autre partie qui, par conséquent, reprend les droits et obligations de la partie qui n'est plus liée par le contrat (par opposition à une cession où, généralement, seuls les droits peuvent être transférés).
<b>Partenariat public-privé (PPP)</b>	Accord contractuel entre une entité des secteurs public et privé fournissant un service ou assumant une fonction sectorielle, conformément à une spécification des résultats, pour une période précise et substantielle. Les PPP impliquent un transfert substantiel de toutes les formes de risques liés au cycle de vie des projets au secteur privé. Le secteur public conserve un rôle important dans le projet, soit en tant que principal acheteur des services fournis, soit en tant que principal facilitateur du projet.
<b>Partenaire privé</b>	L'entité du secteur privé qui entreprend le projet, généralement au moyen d'une entité ad hoc constituée expressément et uniquement aux fins d'entreprendre le projet.
<b>Période de flottement</b>	La durée pendant laquelle une étape du projet peut être retardée sans causer de retards des étapes ultérieures du projet.
<b>Phase de construction</b>	Période comprise entre le moment où le partenaire privé prend le contrôle du site du projet (généralement par référence à la date de signature ou à la date d'entrée en vigueur (si elle est conditionnelle) du contrat de concession ou le début de la construction par référence à certains travaux) et la date d'entrée en exploitation commerciale.
<b>Phase d'exploitation</b>	L'étape fonctionnelle du projet après la phase de construction, lorsqu'il est exploité de manière adéquate, qui se termine à la date de fin du contrat de concession.
<b>Prêteurs commerciaux</b>	Les parties, généralement des banques internationales, mais pouvant aussi inclure des banques locales, qui apportent un soutien financier au projet, en prenant une participation à titre de garantie – souvent sur l'actif en question ou sur le projet dans son ensemble.

<b>Prévisible/ imprévisible</b>	Circonstances dans lesquelles il est raisonnable d'envisager les parties compte tenu de leur connaissance au moment de la conclusion du contrat de concession. Impossible à prévoir revêtant le sens contraire.
<b>Principes de l'Équateur</b>	Un cadre de gestion des risques, adopté par les institutions financières, pour déterminer, évaluer et gérer les risques environnementaux et sociaux des projets. Ils visent principalement à fournir une norme minimale de due diligence pour appuyer la prise de décisions responsables en matière de risque. On peut les trouver à l'adresse suivante : <a href="http://www.equator-principles.com/">http://www.equator-principles.com/</a>
<b>Projets à risque liés à la demande</b>	Les projets pour lesquels les recettes générées par le projet fluctueront en fonction du niveau d'utilisation et qui dépendent donc des prévisions de la demande pour déterminer la bancabilité du projet.
<b>Promoteur(s)</b>	La partie qui est le propriétaire ultime du partenaire privé. Il comprend invariablement les principales parties prenantes au projet, telles que les entrepreneurs en construction, et inclut généralement les investisseurs financiers ou les fonds. Les promoteurs limiteront leur responsabilité à l'égard du projet par l'entremise du partenaire privé, mais pourraient devoir accorder un soutien ou des garanties limitées aux prêteurs de la dette de premier rang, particulièrement pendant la phase de construction.
<b>Ratio de levier financier</b>	Le ratio de levier financier mesure la proportion des fonds empruntés par rapport aux fonds propres de l'entreprise. Il indique le risque financier auquel l'entreprise est exposée, car un endettement excessif peut entraîner des difficultés financières.  Un ratio de levier financier élevé représente une proportion élevée de la dette par rapport aux capitaux propres, ce qui est révélateur d'un effet de levier important lorsqu'une entreprise utilise la dette pour payer ses activités poursuivies. En cas de ralentissement de l'activité, ces entreprises peuvent avoir des difficultés à respecter le calendrier de remboursement de leurs dettes et pourraient risquer de faire faillite. La situation est particulièrement dangereuse lorsqu'une entreprise a conclu des accords d'emprunt à taux d'intérêts variables, dans lesquels une hausse soudaine des taux pourrait causer de graves problèmes de paiement des intérêts.

Un faible ratio de levier financier représente une faible proportion de la dette par rapport aux capitaux propres, ce qui peut indiquer une gestion financière prudente, mais peut aussi signifier qu'une entreprise est située dans un secteur très cyclique et qu'elle ne peut donc pas se permettre d'être surendettée en raison d'une baisse inévitable des ventes et des bénéfices.

La méthode la plus complète pour calculer le rapport de transmission est la suivante :

$$\frac{(\text{Dette à long terme} + \text{Dette à court terme} + \text{Découverts bancaires})}{\text{Capitaux propres des actionnaires}}$$

**Réhabilitation  
– Exploitation –  
Transfert**

La structure du projet selon laquelle le partenaire privé reçoit de l'État contractant un actif existant peut ensuite le mettre à niveau, l'améliorer ou le remettre en état, puis l'exploiter et l'entretenir selon les normes convenues et le rétrocéder par la suite à l'État contractant après une période déterminée (généralement entre 25 et 30 ans dans le secteur des transports et de 15 à 25 ans pour les secteurs de l'énergie et des déchets/de l'eau). L'État contractant devrait examiner attentivement la qualité de l'actif qu'il s'attend à recevoir en retour à la fin de la durée et la méthode pour s'assurer que le partenaire privé veille à ce que l'actif satisfasse à cette norme.

**Rendement des  
capitaux propres**

Montant du bénéfice net d'une société exprimé en pourcentage des fonds propres des actionnaires.

**Résiliation non liée à  
un cas de défaut**

Situation dans laquelle le contrat peut être résilié par un événement qui n'est pas provoqué par un manquement de l'une ou l'autre partie à ses obligations contractuelles (par exemple, résiliation pour cas de force majeure prolongée ou résiliation par accord).

**Résiliation pour cas  
de défaut**

Lorsqu'une partie innocente exerce son droit contractuel de résilier le contrat de concession en totalité ou en partie en raison du manquement effectif ou anticipé de l'autre partie à honorer ses obligations contractuelles.

**Société de Projet**

La société de l'entité ad hoc, créée par le soumissionnaire retenu, pour conclure l'accord de projet avec le gouvernement adjudicateur. Aussi connu sous le nom de Société de Projet (il s'agit de l'emprunteur).

<b>Société holding (HoldCo)</b>	<p>Une société holding est une société ou une entité qui exerce un contrôle sur une ou plusieurs autres sociétés, généralement parce qu'elle est actionnaire majoritaire ou unique des filiales respectives.</p> <p>Dans une opération de financement de projet, une entité ad hoc (la Société de Projet ou SPV) est généralement constituée sous la forme d'une société «boîte aux lettres» (société holding). Cette société holding appartient aux investisseurs du Projet et à d'autres investisseurs qui, à leur tour, sont tous propriétaires du projet lui-même. Cette structure permet de lever des dettes au niveau de la société holding. Les porteurs de titres de créances et les porteurs de titres de participation se fient ensuite aux flux de trésorerie des actifs de la société holding pour recouvrer leur investissement.</p>
<b>Soutien gouvernemental</b>	<p>Lorsque le gouvernement de la juridiction où se situe le projet utilise activement ses pouvoirs pour permettre au projet de fonctionner, ou agit de manière passive, sans empêcher le projet de démarrer. Ce soutien peut s'étendre aux garanties si le gouvernement contractant est perçu par le partenaire privé comme un risque de crédit et/ou d'autres mesures fiscales destinées à stabiliser les incertitudes juridictionnelles qui rendent le projet non bancable (par exemple, les protections en devises étrangères et les avantages fiscaux).</p>
<b>Spécifications des résultats (extrants)</b>	<p>Le cahier de charges qui énonce les exigences du gouvernement adjudicateur en termes non normatifs, il décrit généralement les niveaux de capacité du projet d'un point de vue technique et financier qui sont nécessaires pour s'assurer que le projet est réalisé selon les normes souhaitées et est rentable. Les soumissionnaires doivent donc déterminer comment répondre à ces besoins et atteindre ces résultats. Peut-être similaire aux spécifications fonctionnelles.</p>
<b>Spécification du niveau de service</b>	<p>Le cahier des charges (généralement prévu dans l'accord de projet) qui énonce la norme à laquelle le service doit être fourni, souvent accompagné d'un régime convenu de surveillance du rendement qui utilise des indicateurs de performance clés, qui sont une mesure des performances de l'entrepreneur par rapport au cahier des charges du contrat.</p>
<b>Spécifications fonctionnelles</b>	<p>Le document décrivant les spécifications requises pour le projet tel que réalisé et la façon dont le projet doit fonctionner dans la pratique.</p>

<b>Tarif</b>	Le taux auquel les prix de la production du projet – par exemple, l'électricité dans le contexte d'un projet dans le secteur de l'énergie – sont payés entre le gouvernement contractant et le partenaire privé, soit en fonction d'un prix prédéterminé, soit selon une formule convenue.
<b>TRI – Taux de rendement interne</b>	Il s'agit du taux de rendement interne, utilisé comme mesure du rendement de l'investissement réalisé par les actionnaires d'un consortium.





CHAPITRE 1

# **INTRODUCTION AUX PROJETS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ (CI-APRÈS «PPP») DANS LE SECTEUR DES INFRASTRUCTURES**

- 1. QU'EST-CE QU'UN PPP ?**
- 2. DANS QUELS SECTEURS A-T-ON RECOURS AU PPP ?**
- 3. ÉVOLUTION DES PPP D'UN POINT DE VUE HISTORIQUE**
- 4. CONCEPT DE PRIVATISATION DANS LE CONTEXTE DES PPP**
- 5. PASSATION DE MARCHÉS CLASSIQUE ET PASSATION DE PPP**
- 6. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA PASSATION DE MARCHÉS  
DES PROJETS DE PPP**
- 7. RÉSUMÉ DES CARACTÉRISTIQUES ET CRITÈRES CLÉS DES PPP**

## CHAPITRE 1 : INTRODUCTION AUX PROJETS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ (CI-APRÈS « PPP ») DANS LE SECTEUR DES INFRASTRUCTURES

Ce module a pour objectif de donner une vision globale du concept de projet de PPP et de ses principales caractéristiques, ainsi qu'une brève évolution du concept dans les dernières décennies. Cette section abordera également les secteurs clés dans lesquels les projets de PPP se sont particulièrement développés et les différences entre les procédures traditionnelles de passation de marchés et celles applicables aux projets de PPP.

Les objectifs d'apprentissage de ce module sont les suivants :

- a) Comprendre le concept de PPP et leur usage dans les différents secteurs et industries ;
- b) Appréhender le PPP par rapport à la privatisation et les passations de marchés traditionnelles ;
- c) Comprendre les atouts et les inconvénients du PPP et de sa passation de marchés.

### 1.1. Qu'est-ce qu'un PPP ?

#### a) Pourquoi les projets de PPP sont-ils si importants ?

Les projets de partenariats public-privé ou PPP sont un concept fondamental auquel de nombreux pays dans le monde ont recours pour fournir des services publics essentiels, développer de nouveaux actifs et assurer la croissance économique dans une variété de secteurs notamment l'énergie, les transports, les services publics, l'éducation, la santé, les déchets, l'eau, etc.

La taille et la nature des actifs de ces projets peuvent justifier l'externalisation de services à des entités privées, car le gouvernement n'est pas toujours la meilleure entité de passation directe des marchés de projets. La façon dont les projets sont sélectionnés, financés, exécutés et entretenus peut poser des problèmes.

La taille et la complexité accrues des projets exigent que le gouvernement examine de plus près son risque à long terme et la façon la plus efficace de réaliser et d'entretenir son infrastructure. Les procédures de passation de marchés doivent répondre à ce besoin en veillant à ce que ces projets soient solides et viables.

Les contrats complexes, comme les PPP, offrent souvent un niveau accru de contrôle ce qui permet au gouvernement de cibler et de répondre à des besoins précis en ce qui concerne le contrôle de la prestation et la portée de ces services.

## **b) Qu'est-ce qu'un PPP ?**

### **(i). Concept du partenariat public-privé**

L'acronyme PPP pourrait être interprété de manière littérale comme toute forme de partenariat entre les secteurs public et privé. Cette première interprétation est bien entendue simplificatrice. De telles collaborations ne sont pas une nouveauté – la construction du réseau ferroviaire national au Royaume-Uni au XIXe siècle était un bon exemple de partenariat public-privé et de nombreux ponts construits dans le centre de Paris aux XVIe et XVIIe siècles ont été financés et exploités selon un modèle de partenariat public-privé. En réalité, les gouvernements ont toujours été tributaires de partenariats avec des entrepreneurs et des financiers du secteur privé pour développer l'infrastructure publique.

### **(ii). Forme des passations de marchés publics**

Ceci étant dit, le terme PPP est le plus souvent utilisé pour désigner une forme spécifique de passation de marchés publics. Dans le présent guide, nous parlerons généralement de la forme de PPP déployée par de nombreux gouvernements à travers le monde. Il s'agit d'un contrat unique pour le développement, le financement et l'exploitation à long terme d'un actif unique sur la base d'un financement de projet.

On peut opposer cela à des formes «plus souples» de relations public-privé partenariat, tels que les accords de coentreprise (qui peuvent être assez commun aux projets de revitalisation urbaine / développement immobilier, les résultats du projet sont un peu plus lâches) et peut-être même des partenariats plus «tendus». La plupart des praticiens ne voudraient pas considérer que ces arrangements constituent un «PPP», au sens commun du terme et ne sont pas traités plus en détail dans ce guide, mais il convient de noter que certains gouvernements adoptent une vision plus large de ce qui constitue un PPP.

### **(iii). Quelle est la différence entre « PPP », « PFI », « DBFM », « BOT » ?**

PPP est le terme générique utilisé par la plupart des pays pour désigner les partenariats public-privé (que ce soit au sens plus étroit ou plus large mentionné ci-dessus).

Le concept de PPP traditionnel est également défini par son financement du secteur public, par exemple dans le PPP « gouvernement-payeur » (les PPP dit de disponibilité) le financement des projets provient généralement des taxes ; cela peut être nuancé avec les projets PPP « utilisateur-payeur » (ou les PPP dit de demande - très répandus en Afrique) où c'est le public qui utilise l'infrastructure / le service offert par le PPP, qui fournit au gouvernement une aide supplémentaire en tant que source de financement du projet.

«PFI» (Project Finance Initiative) est le terme qui a été utilisé pour les PPP au Royaume-Uni dans l'hypothèse d'un recours au financement par

le gouvernement central. En cas de recours exclusif au financement par les collectivités locales, alors cette approche est souvent décrite comme un PPP, mais la distinction n'est pas toujours aussi rigoureuse. D'autres pays, comme le Japon, utilisent également le terme PFI.

La plupart des pays européens désignent leurs programmes actuels de financement privé des infrastructures par PPP. Le PFI a davantage de sens pour les pays de droit anglais, ce qui n'est pas le cas pour les pays de droit civil.

Au nombre des autres expressions que l'on rencontre souvent dans le contexte des PPP, figurent les suivantes :

**DBFOM/DBFM/DBOM/DBFM/DBF** sont toutes des combinaisons des concepts Conception – Construction – Financement – Exploitation – Entretien.

Un contrat «DBF» (Design-Build-Finance et équivalent en français à Conception – Construction – Financement) est une forme de contrat de PPP qui se concentre exclusivement sur la phase de construction, où le gouvernement adjudicateur paie les financiers à l'achèvement des travaux de construction.

Depuis 2018 au Kenya, le Programme du Logement Abordable a été promu par le Département du Logement et du Développement Urbain est structuré sur une base DBF, selon laquelle un nouveau fonds pour le logement paierait une somme convenue au développeur une fois la nouvelle unité de logement construite ; le fonds de logement supporterait en l'occurrence le risque de demande, risque qu'il gère en revendant les propriétés à des acheteurs appropriés, avec des instruments hypothécaires appropriés ou des régimes de droit d'achat.

Si un projet comprend la construction et l'entretien à long terme d'un actif (mais pas son exploitation), il peut être désigné par «DBFM» (Design-Build-Finance-Maintain), alors que si l'exploitation est incluse (comme les opérations de péage ou les activités de transport de passagers), il peut être qualifié de «DBFOM» (Design-Build-Finance-Operate-Maintain).

À Lagos au Nigéria, le pont Lekki-Ikoyi Link a été construit sous le modèle DB (Design-Build soit Conception-Construction), puis exploité sous un sous-contrat dit «O&M» (Operation & Maintenance soit Exploitation et Maintenance), par le biais d'une concession d'exploitation adjointe évaluée sur la part des revenus de péage que le l'opérateur concessionnaire était disposé à partager avec l'Etat gouvernement. Ce contrat a été conclu en vertu de la législation locale sur les PPP. Puisque la construction et l'exploitation ont été sous traitées dans le cadre de contrats séparés de son statut de « PPP » a été contesté, mais il a été confirmé par l'État en tant que marché public valide en vertu de la législation sur les PPP, ce qui montre que la compréhension du concept de PPP peut parfois varier selon la juridiction en question

«BO», «BOOT», «BOO» (Build-Operate-Transfer / Build-Own-Operate-Transfer / Build-Own-Operate) : sont toutes des combinaisons des concepts de Construction – Possession – Exploitation – Transfert. Le point principal de référence pour ces définitions tient à la durée de la propriété par le secteur privé et au moment de la rétrocession au secteur public. L'aspect de la propriété peut être très pertinent pour la structure du projet dans le contexte d'un service public (par exemple, les actifs de production d'électricité). Mais dans un contexte de PPP d'infrastructure, l'actif est généralement un élément important de l'infrastructure publique, tels qu'une route, une voie ferrée, un aéroport ou un bâtiment public, et les droits de propriété sont moins importants, car à la résiliation l'actif devrait toujours revenir au secteur public sans aucune entrave. En conséquence en ce qui concerne les PPP d'infrastructures, le secteur privé peut ne pas jouir de la pleine propriété juridique pendant la durée du projet et ne peut disposer que d'un bail ou d'une licence, qui coïncide avec le contrat de concession.

### c) Comment le concept de «PPP» pourrait-il être défini ?

(i). Il n'existe pas de définition officielle et communément admise par toutes les juridictions de ce que recouvre le concept de PPP. En revanche, sur la base des concepts de PPP à travers les juridictions de droit anglais et de droit civil, il est possible de dégager un certain nombre de critères constitutifs du concept de PPP.

Une définition générique du concept de «PPP» pourrait être la suivante :

*La mise en place d'un partenariat contractuel à long terme*

*... entre des organes des secteurs public et privé*

*.... dans lequel le secteur privé assume une responsabilité importante (et les risques y afférent) à la fois pour la conception, la construction, le financement, l'exploitation et l'entretien de l'actif d'infrastructure publique*

*... conformément à une spécification de résultats convenue*

*... en contrepartie du droit à une rémunération basée sur la disponibilité continue de l'actif (PPP de paiement par les usagers dit PPP de demande)*

*et/ou*

*... en contrepartie du droit de recouvrer tout ou partie des recettes provenant de l'actif (PPP de disponibilité).*

Il existe un chevauchement considérable entre le concept de «PPP utilisateur-payeur» décrit ci-dessus et la concession au titre des droits de construction et d'exploitation. Les termes sont essentiellement synonymes – beaucoup de juridictions de droit civil se réfèrent largement à des concessions mais cette approche se retrouve également dans les pays de common law. Dans ce guide, le terme «PPP» a été utilisé comme un terme fourre-tout, reflétant l'approche utilisée dans de nombreuses publications internationales sur le sujet.

Bien que la définition ci-dessus oppose le PPP de type «utilisateur-payeur» du PPP «gouvernement-payeur», de nombreux projets peuvent rester spectre entre ces deux extrêmes. Par exemple, la concession pour un projet de route à péage peut être non viable économiquement sans une mesure de subvention du gouvernement pour faire en sorte que la dette du projet puisse toujours être remboursée (par exemple, l'autoroute Kampala-Jinja en Ouganda est en cours de structuration sur ce modèle); ou bien alors le gouvernement peut accepter de subventionner certains coûts du projet, comme le risque de traiter avec des antiquités non découvertes. Inversement, un projet de PPP «gouvernement-payeur» pour un projet sans revenus peut générer des actifs tels qu'une juridiction ou un bâtiment décole publique peuvent parfois être subventionné par le secteur privé, notamment par des revenus issus de services de restauration fournis aux utilisateurs des installations.

(ii). Graham Vinter<sup>1</sup> définit le PPP comme «un partenariat entre le secteur privé et le secteur public qui tend à impliquer la prestation par le secteur privé de services au secteur public ou au secteur privé plutôt que l'exploitation d'un actif. Les PPP impliquent habituellement une certaine forme de dépenses en capital par le secteur privé, suivies de la prestation d'un service, impliquant généralement l'actif faisant l'objet de ces dépenses».

(iii). La Banque mondiale définit les PPP comme des accords, généralement à moyen et long terme, entre les secteurs public et privé, en vertu desquels certains des services relevant de la responsabilité du secteur public sont fournis par le secteur privé avec un accord clair sur des objectifs communs pour la fourniture d'infrastructures publiques et/ou de services publics.

(iv). Le Conseil Canadien pour les Partenariats Public-Privé<sup>2</sup> définit les PPP comme une entreprise conjointe entre les secteurs public et privé, fondée sur l'expertise de chaque partenaire, qui répond le mieux à des besoins publics clairement définis grâce à une allocation appropriée des ressources, des risques et des retombées.

<sup>1</sup> «Project Finance: a Legal Guide», Graham D. Vinter, Gareth Price, Sweet & Maxwell, 2006.

<sup>2</sup> Le Conseil Canadien pour les Partenariats Public-Privé (CCPPP) est un organisme national qui vise à collaborer avec tous les échelons du gouvernement et les collectivités pour faciliter des approches intelligentes et novatrices au développement des infrastructures publiques et à la prestation de services qui donnent les meilleurs résultats pour les Canadiens. Pour ce faire, il mène des recherches dans divers secteurs de PPP, sensibilise le public et stimule le dialogue entre les décideurs des secteurs public et privé sur le financement et la prestation des services publics.

(v). Infrastructure Australia<sup>3</sup> définit les PPP comme un contrat à long terme entre les secteurs public et privé dans le cadre duquel le gouvernement paie le secteur privé pour qu'il fournisse l'infrastructure et les services connexes au nom du gouvernement ou en appui de ses responsabilités plus larges en matière de services.

(vi). Le Conseil National pour les Partenariats Public-Privé (États-Unis)<sup>4</sup> définit le PPP comme un accord contractuel liant un organisme public (fédéral, étatique ou local) et une entité du secteur privé. Par le biais de cet accord, les compétences et les atouts de chaque secteur (public et privé) sont partagées dans le cadre de la fourniture d'un service ou la réalisation d'une installation destinée à l'usage du grand public. En plus du partage des ressources, chaque partie partage les risques et les retombées potentielles liées à la prestation du service ou à la réalisation de l'infrastructure.

(vii). L'Administration fédérale des routes des États-Unis définit le PPP comme un accord contractuel liant un organisme public et une entité privée qui permet une plus grande participation du secteur privé à la réalisation des projets de transport. En règle générale, cette participation implique que le secteur privé assume des risques supplémentaires pour le projet, tels que la conception, la construction, le financement, l'exploitation à long terme et les recettes générées par le trafic.

(viii). Le Livre Vert de la Commission de l'Union européenne ne définit pas le PPP. En revanche, le terme PPP se réfère «en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service».<sup>5</sup>

(ix). En droit français, l'Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et le Décret n°2016-360 du 27 mars 2016 définissent le marché de partenariat comme étant «un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet : 1°) la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; 2°) tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser».

(x). Dans l'espace UEMOA, des travaux sont toujours en cours d'élaboration d'une stratégie et d'une directive communautaire relatifs aux PPP. Ce projet de Directive qui consacrera deux types de PPP existants dans la zone : (i) le PPP à paiement public et (ii) le PPP à paiement par les usagers via la concession, l'affermage et la régie intéressée.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Importance des projets de PPP

- Les projets de PPP sont un mécanisme fondamental utilisé dans le monde entier pour fournir des services publics essentiels, développer de nouveaux actifs et stimuler la croissance économique dans divers secteurs. La taille, la nature et la complexité d'un actif ou d'un service public nécessitent parfois l'externalisation du projet au profit d'entités privées.

### Qu'est-ce qu'un PPP ?

- Il n'existe pas de définition officielle et communément admise par toutes les juridictions. Toutefois, sur la base des différentes définitions du PPP parmi les juridictions de droit anglais et de droit civil, on pourrait dégager certains critères constitutifs pour définir le PPP.
- Le PPP pourrait être interprété comme toute forme de partenariat entre les secteurs public et privé, mais il est aussi couramment utilisé pour désigner une forme spécifique de marché public dans lequel un contrat est établi pour le développement d'un actif unique sur la base d'un financement de projet. Il est important de noter que bien évidemment, le PPP n'est pas la seule méthode par laquelle le secteur privé peut concourir au financement d'infrastructures publiques – d'autres formes de collaboration / de partenariats existent actuellement et varient selon la juridiction et le droit applicable.
- Le PPP peut être défini comme l'établissement d'un partenariat contractuel à long terme entre des organismes des secteurs public et privé dans le cadre duquel le secteur privé assume une part de responsabilité importante en matière de conception, de construction, de financement, d'exploitation et d'entretien d'un actif d'infrastructure publique, conformément à une spécification de résultats convenue entre les parties, moyennant le droit à une rémunération basée sur la disponibilité continue de l'actif et/ou en contrepartie du droit de récupérer tout ou partie des recettes provenant de cet actif.
- Il existe diverses autres définitions des PPP selon la juridiction où se situe le projet (Etats-Unis, Royaume-Uni, espace européen, droit français, espace UEMOA, etc.)

<sup>3</sup> Infrastructure Australia est une agence publique australienne indépendante qui fournit des recherches et des conseils indépendants à tous les niveaux du gouvernement et à l'industrie sur les projets et les réformes dont l'Australie a besoin pour combler le déficit en infrastructures.

<sup>4</sup> Le Conseil National pour les Partenariats Public-Privé (NCPPT) est une organisation à but non lucratif qui défend et soutient les PPP aux niveaux fédéral, étatique et local aux États-Unis. L'organisation vise également à sensibiliser les gouvernements et les entreprises aux moyens par lesquels leur coopération peut fournir au public des biens, des services et des installations de qualité, et ce, de façon rentable.

<sup>5</sup> Livre Vert de la Commission européenne sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 30 avril 2004 – COM(2004) 327 final. Par ailleurs, trois directives européennes (2014/24/UE, 2014/25/UE et 2014/23/UE) portant sur les marchés publics et les concessions ont été adoptées par la Commission et le Parlement européens.

## 1.2. Dans quels secteurs a-t-on recours au PPP ?

PPP d'infrastructures économiques	PPP sociaux
Routes/ponts/transport à grande vitesse	Equipements de santé (hôpitaux, cliniques, centres de santé)
Chemins de fer/métros/tramways	Infrastructures scolaires (écoles, universités, collèges, campus d'étudiants)
Aéroports	Prisons, établissements judiciaires, tribunaux
Ports (port sec, port maritime)	Infrastructures gouvernementales (ministères, sièges d'autorités administratives, douanes)
Logement, Hôpitaux, Ecoles, Universités...	Projets sécuritaires/de défense (avions, navires, casernes, simulateurs de défense)
Agriculture (irrigation, reforestation)	Contrats de conception, de construction, d'exploitation et d'entretien
Télécommunications (câbles, lignes de fibre optique)	Infrastructures de loisirs (centres sportifs, bibliothèques municipales)
Déchets en énergie (incinération, collecte et tri des déchets, prélèvement de produits recyclés)	Logements sociaux, marchés publics

Les projets d'infrastructures fixes de longue durée constituent la majorité des projets de PPP et les PPP d'infrastructures qu'on pourrait appeler «économiques» - c'est-à-dire ceux qui ont une capacité inhérente à générer un flux de revenus significatif grâce aux redevances d'utilisation – ont tendance à être plus nombreux actuellement dans les marchés émergents car les gouvernements n'ont actuellement pas les moyens financiers nécessaires pour développer des infrastructures à des fins dites plus sociales, comme les projets listés sur la colonne de droite.

Les projets de PPP tendent à être plus faciles à structurer – en d'autres termes, il est plus facile de répartir les risques entre les parties – lorsque les exigences du projet sont faciles à définir et que le concessionnaire a plus de contrôle sur la manière dont il satisfait à ces exigences. Cela dit, le modèle de PPP a été appliqué à certains nouveaux secteurs, mais plus le secteur est nouveau, plus le contrat est personnalisé, et il peut se révéler difficile de parvenir à une répartition efficace des risques sans jurisprudence à laquelle se référer.

Par exemple au début des années 2000, le gouvernement britannique a essayé de procéder à une passation de marchés de matériel et de services informatiques par le biais des PPP – malheureusement, ce ne fut pas un grand succès car le rythme des changements technologiques a rapidement rendu obsolètes les exigences contractuelles initiales et les contrats n'étaient pas assez flexibles pour tenir compte de cette donnée et garantir le rapport qualité-prix, soit une optimisation des ressources pour le meilleur service fourni. Aussi, beaucoup de projets portant sur l'utilisation de déchets pour la production d'énergie étaient fondés sur des attentes optimistes (via le tri et la réduction des déchets et/ou la conversion

de ces déchets énergie ou en produits recyclés), mais hélas certains de ces projets sont aujourd'hui en défaut ou en procédure contentieuse.

Toutefois comme contre-exemple, on peut citer les contrats accordés par le service sanitaire national du Royaume-Uni au milieu des années 2000 pour réduire les listes d'attente d'opérations. Ces contrats ont en effet donné lieu à des méthodologies de prestations innovantes. Afin de réduire les listes d'attente de chirurgies oculaires dans environ 90 hôpitaux à travers le Royaume-Uni, un entrepreneur sélectionné a proposé de parcourir le pays avec un hôpital mobile dans un camion à usage spécial qui s'est déployé en une clinique chirurgicale à part entière sur chaque parking d'hôpital, puis est passé à autre chose lorsque la liste d'attente a été résorbée. Cette approche a permis de résoudre de manière très ciblée un problème politiquement sensible.

En Afrique, nous avons vu le modèle de PPP appliqué à de nouveaux secteurs qui n'ont pas encore fait l'objet de PPP sur le marché développé en question comme le BRT (réseau de bus rapide) existant au Sénégal et en Tanzanie, ou encore les systèmes de boisement au Nigeria, les marchés publics au Ghana et les parcs publics au Malawi. Le Nigeria envisage également l'approche du partenariat public-privé pour achever et relancer la production à l'usine sidérurgique d'Ajaokuta, ce qui est un projet d'envergure unique (avec tout autant de défis).

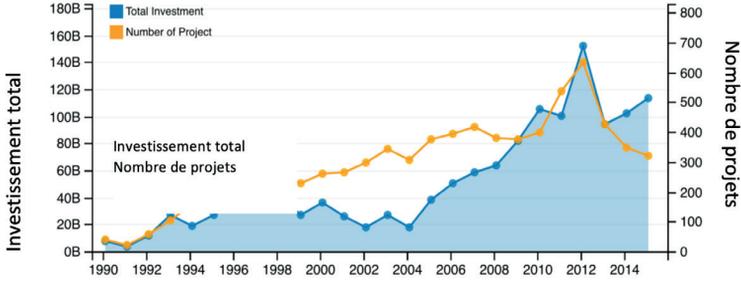
Certains projets impliquent également d'autres secteurs : le projet Nacala au Mozambique, et la réhabilitation des chemins de fer existants au Malawi, ou encore la création de nouveaux chemins de fer et d'un nouveau port au Mozambique afin de desservir le développement d'une mine de charbon. Ce dernier projet d'infrastructure implique notamment la connexion complexe de 4 concessions ferroviaires et 1 nouvelle concession portuaire : il bénéficie du soutien de la Banque Africaine de Développement.

### 1.3. Évolution des PPP d'un point de vue historique

Les investissements en PPP ont connu une croissance régulière dans de nombreux pays à travers le monde. Le graphique ci-dessous montre des exemples tirés de pays à revenu faible et à revenu intermédiaire dans lesquels la croissance a été constante jusqu'à environ 2011. L'effet combiné de la chute des cours du pétrole et d'autres ressources naturelles, ainsi que les répercussions du resserrement du crédit (perte de liquidité) provoqué par la crise financière mondiale, ont peut-être ralenti les progrès.

Au Royaume-Uni, environ 750 projets de PPP ont été signés au cours de cette période et de nombreux autres pays développés ont adopté un modèle similaire et ont également un nombre impressionnant de projets. Certains pays, tels que les États-Unis, sont arrivés plus tard sur la scène, car différentes structures de financement telles que les obligations municipales ont été une option plutôt qu'un financement externe. Néanmoins, il est clair qu'il existe un important déficit d'infrastructures sur le marché américain, de sorte que les PPP sont de plus en plus considérés comme une réponse pour accélérer le rythme de réalisation de ces infrastructures.

**Investissement total (en milliards de dollars EU) et nombre de projets de PPP dans les pays à faible revenu et à revenu intermédiaire, 1990-2015 – Base de données de la Banque mondiale sur la participation du secteur privé dans l'infrastructure**

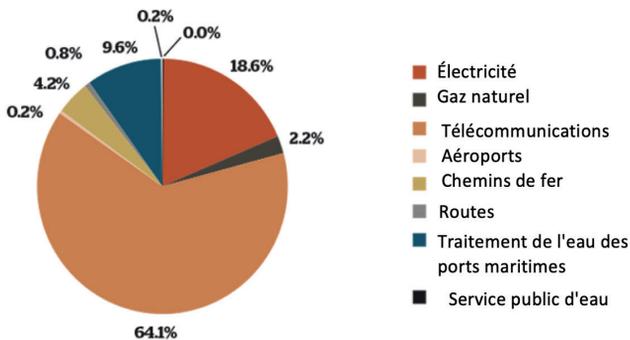


**Investissements privés dans l'infrastructure en Afrique par secteur**

Le PPP est encore une composante relativement faible lorsqu'il s'agit d'investissements privés dans l'infrastructure en Afrique, comme le montre le diagramme ci-dessous. Toutefois, des projets ont pu voir le jour sans que le concept de PPP n'ait été encore créé par la pratique de marché : c'est pourquoi ce diagramme ne constitue pas une illustration absolue adéquate de l'état des investissements privés sur le continent africain dans le secteur des infrastructures publiques.

Le PPP demeure une composante encore faible dans la part des investissements privés dédiée au secteur des infrastructures comme le montre le graphique ci-dessous.

**Private investments in infrastructure in Africa by sector**



Source : Banque mondiale et PPIAF

a) L'infrastructure énergétique constitue le deuxième niveau d'investissement le plus élevé dans la mesure où le gouvernement encourage l'investissement privé pour garantir l'achat de l'électricité produite ;

b) En dehors de l'énergie, les ports représentent un autre secteur d'investissement important – ce qui n'est peut-être pas surprenant, vu le désir croissant de produits manufacturés et de trafic de conteneurs à mesure que les économies s'améliorent et que l'accroissement de la population de classe moyenne stimule la demande ;

c) Toutefois, le nombre de projets parvenus au bouclage financier dans le domaine des infrastructures non énergétiques reste faible. Une étude récente de la Banque mondiale de 2017 a conclu que seuls 14 projets de PPP étaient parvenus au bouclage financier au cours des cinq années précédentes en Afrique avec un investissement total de 8 milliards de dollars EU. Selon une autre étude, le taux de réussite des projets en Afrique – de la publication du concept au bouclage financier – n'est que de 8 %.

### RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

#### Secteurs où l'on a recours aux PPP

- Les projets d'infrastructures fixes à longue durée de vie constituent la majorité des projets de PPP parce que les exigences des projets sont plus faciles à définir, le concessionnaire exerce un plus grand contrôle sur la manière dont ces exigences sont satisfaites et il est donc plus facile de répartir les risques entre les parties.
- Le modèle de PPP a été appliqué à certains nouveaux secteurs, mais plus le secteur est nouveau, plus le contrat est personnalisé et plus il est difficile de répartir les risques sans une bonne jurisprudence à laquelle se référer.

#### Croissance des projets de PPP

- Comme on peut le voir dans le graphique, le PPP a connu une croissance constante jusqu'en 2011, lorsque l'effet combiné de la chute des cours du pétrole et des autres ressources naturelles, ainsi que les répercussions du resserrement du crédit (perte de liquidité) provoqués par la crise financière mondiale, ont ralenti les progrès.
- Le diagramme circulaire démontre comment l'investissement privé dans l'infrastructure en Afrique s'est développé. Les télécommunications ont bénéficié du montant d'investissement le plus important. Les PPP, par contre, ont enregistré un montant relativement faible d'investissement, mais au nombre de ceux-ci figuraient des projets d'infrastructure énergétique dans lesquels les pouvoirs publics font souvent la promotion de l'investissement privé.

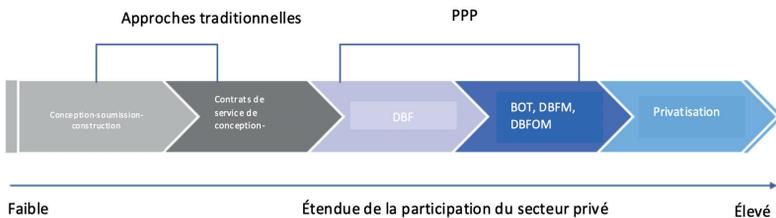
## 1.4. Concept de privatisation dans le contexte des PPP

Le PPP est-il une forme de privatisation ? La réponse est à nuancer.

Il y a une perception générale du public à considérer qu'un projet de PPP est un pas supplémentaire vers le processus de privatisation complète. Cela est dû notamment à l'augmentation d'entités du secteur privé dans les services publics ou la gestion des infrastructures publiques. Ce n'est cependant pas le cas puisque le principe du PPP réside dans le transfert de la propriété de l'actif / l'infrastructure à l'entité étatique à l'issue du contrat de partenariat. Ce point est donc un élément important à souligner pour comprendre la nuance forte entre le PPP en tant que levier de participation du secteur privé au développement des infrastructures et le concept de privatisation comme on le connaît communément. En conséquence, le concessionnaire doit avoir la certitude qu'il recouvrera son investissement pendant cette période fixe. La privatisation totale d'une entreprise publique implique normalement un transfert total de la propriété et des risques de l'entreprise au secteur privé. Le concessionnaire et ses prêteurs seront donc plus sensibles au risque, de sorte que le contrat aura tendance à être plus détaillé. Cela permet également à la partie publique d'être plus normative quant au niveau et à la nature de la prestation des services qu'il attend. Le gouvernement reste donc maître de la situation dans une plus grande mesure. La résiliation d'un contrat de PPP pour défaillance de services est un instrument moins brutal que la nationalisation d'une entreprise totalement privée.

Très souvent, une entreprise du secteur public en cours de privatisation aura un monopole ou une position très forte sur le marché. Pour éviter les abus de marché (augmentation des prix), un processus de privatisation impliquera souvent la mise en place d'un régime réglementaire approprié pour superviser la prestation de services et garantir des prix équitables. Sous réserve de cette réglementation, la licence d'exploitation peut avoir une durée indéterminée.

Les conséquences peuvent être similaires : dans le cadre des concessions du chemin de fer de la vallée du Rift au Kenya et en Ouganda (qui ont été résiliées en 2018), les gouvernements respectifs devront sans doute payer un montant compensatoire aux investisseurs et aux prêteurs, ce qui reflète les investissements réalisés dans le projet, frais de concession initiaux ou des dépenses d'équipement ultérieures dans des infrastructures ou matériel roulant.



### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

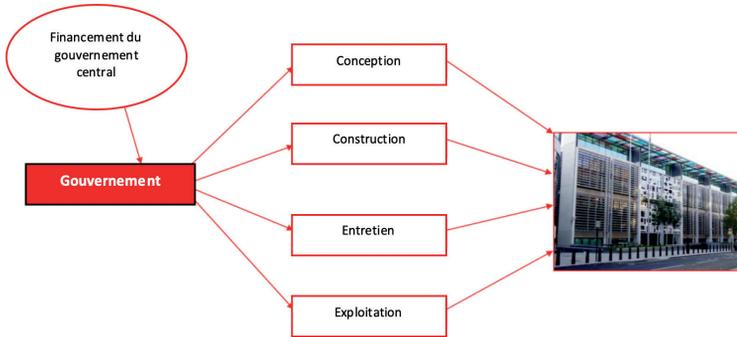
#### **Concept de privatisation et PPP**

- La privatisation totale d'une entreprise publique impliquerait normalement un transfert total de la propriété et des risques de l'entreprise au secteur privé, ce qui pourrait se faire par le biais d'une vente privée ou la vente publique d'actions de l'entreprise.
- L'entreprise en question jouit généralement d'une position très forte sur le marché et, en cas de privatisation, un régime réglementaire est également souvent mis en place pour garantir des niveaux de service adéquats et des prix équitables et non faussés par le manque de concurrence.
- Les projets de PPP ne sauraient être qualifiés de « privatisation », parce qu'il s'agit d'un projet à durée déterminée dans lequel le concessionnaire doit récupérer son investissement et le gouvernement préciser le type et le niveau de service à fournir. Il n'y a pas de transfert permanent de l'ouvrage/l'infrastructure au partenaire privé. Après ce moment-là, ou en cas de résiliation anticipée pour défaut de service, le contrat de PPP expire et le gouvernement reprend le contrôle total de l'actif. Dans le cadre d'un PPP, la propriété de l'actif par le secteur privé est donc une propriété temporaire qui se terminera à la fin de la durée du contrat de partenariat.

## **1.5. Passation de marchés classique et passation de PPP**

### **a) Passation de marchés classique**

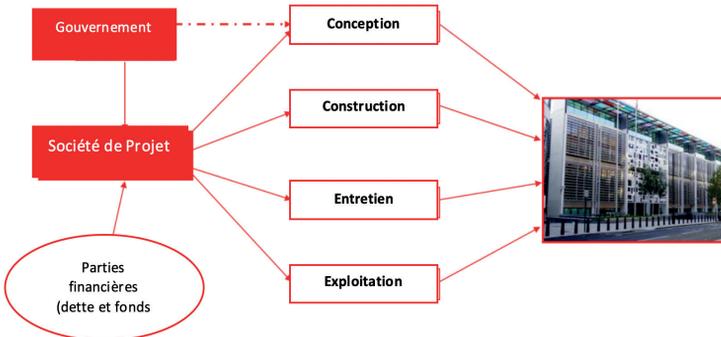
Dans le cadre d'une passation de marchés classique, il aurait incombé au gouvernement d'acheter et d'intégrer séparément les divers éléments des travaux et services nécessaires à l'aménagement et à l'exploitation d'une nouvelle infrastructure. Certaines de ces tâches seraient exécutées en interne, mais dans certains cas, les autorités gouvernementales peuvent avoir commencé à perdre ou à externaliser une grande partie de leurs capacités internes, comme leur équipe de conception. Cette situation accroît le risque d'intégration pour le gouvernement, dans la mesure où cela rend plus difficile de gérer les interfaces entre les contrats. Le gouvernement compterait également sur la disponibilité d'un budget suffisant pour pouvoir s'acquitter de ces tâches. Les restrictions imposées aux emprunts du secteur public peuvent empêcher d'importantes dépenses en capital pour les grands projets, ce qui peut ralentir le calendrier d'exécution.



### b) Passation de marchés de PPP

Dans le cadre d'un projet de PPP type, le secteur privé conclut un contrat à long terme avec le gouvernement pour couvrir tous les aspects du cycle de vie du projet – conception, construction, financement, exploitation et entretien, garantissant ainsi une «responsabilité unique».

La flèche en pointillés en haut représente le fait que, bien que l'achèvement de la conception soit géré par le secteur privé, le gouvernement conserve la responsabilité de déterminer les grands axes de la conception – la spécification des résultats qu'il souhaite voir le secteur privé réaliser. Toutefois, la manière dont ce produit est obtenu est en général laissé à la discrétion du secteur privé.



### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

#### **Passation de marchés classique**

- Dans cette situation, le gouvernement prend des dispositions pour l'acquisition séparée des travaux et des services nécessaires à l'aménagement et à l'exploitation d'une nouvelle installation. Il lui incomberait également d'intégrer les travaux et services fournis par les différentes entités.
- L'intégration du risque est du ressort du gouvernement, car il peut être difficile de gérer les questions d'interface entre les divers contrats et entités.

#### **Passation de marchés de PPP**

- Le gouvernement ne conclut qu'un seul contrat à long terme avec une seule entité du secteur privé (généralement une entité ad hoc créée spécialement pour superviser le projet de PPP) qui assumera tous les aspects du cycle de vie du projet – conception, construction, financement, exploitation et entretien.
- Le gouvernement conserve le contrôle de la conception initiale et de la spécification des résultats et l'entité du secteur privé, elle, gère l'achèvement du projet en s'assurant du respect du cahier de charges.

## **1.6. Avantages et inconvénients de la passation de marchés des projets de PPP**

### **a) Avantages de la passation de marchés des projets de PPP**

**L'accès au financement et à l'expertise du secteur privé accélère les investissements et l'exécution des projets.**

Les gouvernements peuvent disposer de fonds importants et il est souvent moins coûteux pour eux d'emprunter de l'argent qu'il ne l'est pour le secteur privé, car le gouvernement dispose d'une cote de crédit plus élevée. Toutefois, s'il emprunte des fonds pour des projets de cette façon, le gouvernement perd le coût d'opportunité d'investir son argent aux fins de l'économie au sens large, c'est-à-dire pour des projets qui ne peuvent être financés sur fonds privés.

**En retour, cette pratique améliore la disponibilité et la résilience des infrastructures ainsi que la qualité des services publics fournis.**

Les projets auparavant conçus par des équipes de conception internes du gouvernement ayant une exposition limitée aux grands projets sont maintenant conçus par des consultants externes jouissant d'une exposition à l'échelle nationale ou internationale à différentes méthodes de construction. Le secteur privé est également considéré comme ayant de meilleures compétences en matière d'exécution des projets – par exemple, une enquête sur les projets du Ministère de la Santé au Royaume-Uni entre 1997 et 2007 a montré que 123 projets de « PFI » avaient été signés, dont 69 étaient devenus

opérationnels, contre seulement 23 projets financés sur fonds publics. L'accélération du rythme d'exécution des projets améliore, à son tour, la disponibilité et la résilience de l'infrastructure ainsi que la qualité des services publics fournis. Cela peut être bon pour la popularité auprès du public et également pour améliorer les résultats à long terme ; par exemple, par l'amélioration des résultats scolaires : les études menées dans le cadre de nouveaux projets scolaires montrent une amélioration des résultats scolaires ; les nouveaux hôpitaux devraient réduire la mortalité/les maladies et la tension exercée sur les deniers publics ; il est attesté que les nouvelles routes stimulent les économies locales grâce à des liaisons de transport plus efficaces, etc.

La collaboration entre les secteurs public et privé facilite également le transfert des compétences de gestion et de structuration, ce qui est mis en œuvre et entretenu par le secteur privé peut de nouveau bénéficier aux gouvernements de manière transparente et opportune. Un aspect important de nombreux contrats de PPP africains est l'exigence de création d'emplois locaux (par exemple, un pourcentage minimum d'employés ou de sous-traitants), ce qui contribuera à faciliter le transfert des compétences des sous-traitants internationaux aux employés locaux, pour le bénéfice des projets futurs. Au Libéria, par exemple, ces clauses de développement des communautés locales figurent obligatoirement dans les dispositions d'un contrat de PPP.

### **Le projet peut ne pas figurer dans le bilan du gouvernement**

Ceci est une fonction des règles comptables et des concepts d'emprunt prudentiel. Dans les tout premiers projets de PPP du Royaume-Uni, l'une des principales motivations était que les projets atteignent une situation comptable hors bilan de sorte que le projet ne soit pas considéré comme un passif au bilan de l'État, ce qui aurait une incidence sur le besoin de financement du secteur public de l'État.

Différents pays disposent de règles différentes pour déterminer si, oui ou non, un projet figure au bilan du gouvernement ; par exemple, la position de l'Union européenne est que si : 1) le risque de construction ; et 2) le risque de demande ou de disponibilité sont tous deux assumés par le secteur privé, alors le projet ne devrait pas figurer au bilan du gouvernement. De même, si le projet implique que le secteur privé assume un risque important quant à la valeur résiduelle des actifs créés, alors cela peut également créer un traitement hors bilan.

Cela dit, si les pouvoirs publics sont tenus de fournir des garanties substantielles au titre de la dette du projet (même dans un scénario de défaut du concessionnaire), afin de parvenir à la bancabilité, ces passifs éventuels devraient être comptabilisés par les pouvoirs publics dans leurs comptes. C'est un problème actuel qui touche un certain nombre de pays africains pour lesquels des garanties ou d'autres instruments de soutien ont été mis en place pour le financement de certains projets et pour lesquels les éléments de

passifs éventuels ne sont pas correctement retenus. Cela a conduit certains pays africains à requérir plus de contrôle sur les projets en échange de ce type de soutien financier. Au Kenya par exemple, une nouvelle politique sur les mesures de soutien du gouvernement a été adoptée en octobre 2018 afin de coordonner et de prioriser la mise en place de supports financiers gouvernementaux de ce type au sein des différents ministères et autorités publiques.

### **Permet la détermination des coûts sur toute la durée de vie du projet**

La passation de marchés classique suppose que le constructeur et l'entité assumant l'entretien seront des entités différentes. Le constructeur sera généralement motivé à construire à moindre coût, ce qui peut entraîner un coût global plus élevé à long terme en raison de la réduction de la durée de vie et de l'augmentation des coûts d'entretien. En demandant au secteur privé d'assumer les deux rôles, il peut opter pour le modèle optimal de qualité de construction et d'entretien.

### **Concurrence accrue par l'externalisation des services**

Les services internes sont souvent considérés comme peu performants par rapport au secteur privé, ce qui est probablement dû à un certain nombre de facteurs tels que l'absence de recherche de profit, la sécurité de l'emploi, la forte syndicalisation, etc. Ces services sont très attrayants pour le secteur privé parce que ce dernier est en mesure de fournir un service de meilleure qualité avec une relative aisance et que le marché du secteur public représente un nouveau marché important.

### **Il découle des risques plus importants pris par le secteur privé une plus grande certitude des coûts**

Les marchés passés de façon classique tendent à être plus favorables aux entrepreneurs, en partie parce que les entrepreneurs ont tendance à être des négociateurs plus expérimentés et qu'il existe de nombreux formulaires standards qui sont pour la plupart rédigés du point de vue de l'entrepreneur.

La normalisation des contrats de PPP par les organes de l'administration centrale a, dans de nombreuses juridictions, produit un formulaire très favorable aux pouvoirs publics qui peut être largement accepté sur le marché. Ces formulaires peuvent contenir des sanctions importantes en cas de non-respect des délais de construction ou des exigences de qualité, ou en cas de non-performance opérationnelle, ce qui motive la réalisation des constructions dans les délais et dans les limites des budgets alloués.

En 2003, le National Audit Office du Royaume-Uni a enquêté sur un certain nombre de projets classiques et de projets de PPP qui avaient achevé la phase de construction. Les résultats ont montré que 70 % des projets ayant fait l'objet de passation de marchés classique étaient en retard et 73 % d'entre eux avait dépassé leur budget. En ce qui concerne les projets de PPP, toutefois, seuls 12 % des projets accusaient du retard et 100 % d'entre eux étaient dans les limites de leur budget, les seules exceptions étant les changements apportés par le client. Cette situation s'explique en partie par le fait que le risque lié aux coûts de la période de construction relève très fortement du secteur privé, sauf dans des circonstances extrêmes, et que les conséquences du retard d'un projet de PPP sont généralement plus graves que celles d'un projet classique en raison de la façon dont le projet est financé.

## **b) Inconvénients de la passation de marchés des projets de PPP**

### **(i). Mise en place onéreuse**

Les coûts de développement, d'appel d'offres et les coûts permanents sont parfois plus élevés que ceux d'un processus de passation de marchés classique. Le PPP n'est en général perçu comme ayant un bon rapport qualité-prix que pour les projets de plus grande envergure. Les coûts de passation de marchés représenteraient jusqu'à 3 % des coûts des projets, contre 1 % pour les projets ayant fait l'objet de passation de marchés classique.

Les coûts liés au projet doivent être supportés par les clients ou par le gouvernement.

### **(ii). Les délais de passation de marchés PPP sont plus longs**

Cela dépend de la complexité du processus, du nombre de parties impliquées, du degré de due diligence requis, etc. Un délai d'un an entre l'annonce et le bouclage financier serait un délai rapide et un délai de deux années serait un délai normal dans des marchés développés.

Bien qu'un processus de passation de marché retardé soit un inconvénient évident pour ceux qui souhaitent faire adopter de nouvelles infrastructures, il a été démontré qu'à terme, certains gouvernementaux ont pu en contrepartie bénéficier d'une période supplémentaire nécessaire pour parvenir à une meilleure structuration du projet PPP. Par exemple, le projet Dakar-Diamniadio - route à péage au Sénégal - a pris environ sept ans du début de la préparation du projet à sa clôture financière, avec la poursuite des efforts gouvernementaux et l'apport de subventions provenant d'institutions de financement et de banques multilatérales de développement. Ce laps de temps supplémentaire a finalement permis d'aiguiser la structure finale du projet et de mettre en place des dispositifs de gouvernance étaient robustes : ce projet a donc été considéré comme exemplaire et bancable.

### **(iii). Structure contractuelle peu flexible et difficile à résilier en raison de la durée du contrat**

La complexité de la structure contractuelle et la dépendance du concessionnaire à l'égard du financement extérieur, ainsi que sa capacité limitée à prendre rapidement des décisions indépendantes, font que des variations importantes (par exemple, l'ajout ou le retrait d'une partie des installations) peuvent également prendre du temps et être coûteuses. Cette situation s'explique par le fait que chaque partie concernée doit se soumettre à une version réduite du processus initial de due diligence pour s'assurer que la modification n'a pas d'incidence négative sur son profil de risque.

Étant donné que le concessionnaire est responsable des remplacements pendant le cycle de vie sur une période de 25 à 30 ans, même une petite modification du capital la première année pourrait avoir des répercussions importantes pour le projet (par exemple, si la spécification des moquettes est modifiée la première année de sorte qu'elle a maintenant une durée de vie de cinq ans plutôt que sept, il est probable qu'un cycle supplémentaire de remplacement sera nécessaire).

De même, une modification a priori minime de l'utilisation d'une infrastructure pourrait avoir des répercussions importantes sur ses coûts d'exploitation (par exemple, l'utilisation d'une école en dehors des heures normales pour les cours du soir pourrait modifier les hypothèses concernant les coûts de chauffage ou de climatisation de l'infrastructure). Dans certains pays, les directives ont évolué à ce sujet et exigent désormais des concessionnaires qu'ils apportent des changements de faible valeur sans frais administratifs, à moins qu'ils ne puissent démontrer que le concessionnaire a effectivement fourni un service en sus du coût d'exécution externe.

### **(iv). Des engagements de longue durée – Les difficultés liées à la résiliation**

Les promoteurs et les prêteurs réalisent un investissement important en partant du principe que celui-ci sera remboursé au regard de la bonne exécution pendant la durée du projet. En cas de résiliation anticipée (par exemple, la résiliation volontaire par le gouvernement), ils s'attendent généralement à être remboursés de la totalité ou d'une partie substantielle de leur investissement. Pour ce faire, le gouvernement devra dégager une forte somme en capital sur son budget. Ce fut un problème pour le gouvernement de l'État de Lagos au Nigéria concernant la concession relative à la route à péage Lekki. Cette convention de concession fut un échec et devait être « rachetée » par la partie gouvernementale. Pour certains pays africains, il existe souvent une attente selon laquelle la dette sera intégralement ou en grande partie remboursée dans un scénario d'un cas de défaut du concessionnaire. Or, même dans l'hypothèse

d'une résiliation de la concession pour cas de défaut du concessionnaire, il doit y avoir un examen attentif de la part du gouvernement sur la partie budgétaire.

#### **(v). Perception du public**

Certains projets peuvent être plus difficiles à introduire et à mettre en œuvre sur le plan politique ou social que d'autres.

Le PPP est souvent considéré comme une forme de «privatisation rampante». Les syndicats sont souvent opposés au PPP, car les projets de PPP impliquent souvent un transfert de personnel du secteur public vers le secteur privé, où le contrôle est moindre sur les conditions et modalités d'emploi.

Le PPP est également considéré comme générant des bénéfices massifs indus pour le secteur privé, bien que la plupart des autorités gouvernementales semblent très satisfaites des projets réalisés. Il y a eu quelques échecs très médiatisés en matière de PPP qui ont conduit à une plus grande remise en question du modèle (même si les projets ayant fait l'objet de passation de marchés classique peuvent présenter des problèmes similaires).

Si les projets de PPP fonctionnent sur la base d'un péage, il se pose souvent un problème si les coûts du financement des PPP doivent se traduire instantanément par des tarifs plus élevés. Ceci pose souvent problème parce que le gouvernement subventionnait auparavant le coût réel du service par le biais d'autres fonds, accumulant ainsi les problèmes. Par exemple, une partie de la raison de l'échec de la Lekki Toll Road à Lagos au Nigeria, tient au fait que les prix de passage aux péages étaient plus élevés du fait des coûts de construction, ce qui a pu être dû au manque de mise en concurrence par le biais d'une proposition spontanée pour ce projet. L'échec public de ce projet a affecté la perception du public sur les projets de PPP comme moyen fiable d'opérationnalisation de projets.

#### **(vi). Risque d'abus de la part de la partie gouvernementale**

Dans les projets sans flux de recettes externes générés par les usagers, les paiements pour le service de PPP proviendront des budgets publics. Les contrats de PPP ont tendance à être pondérés en faveur du gouvernement et une interprétation stricte peut donner à la partie gouvernementale la possibilité de retenir les paiements jusqu'à la réception d'un service satisfaisant.

Les flux de trésorerie sont essentiels pour le concessionnaire, de sorte qu'un retrait de fonds peut le mettre dans une situation très difficile. Même si les motifs évoqués par le gouvernement sont clairement contestables, le règlement formel des différends est coûteux, chronophage et risqué, de sorte que le concessionnaire peut être contraint de faire des compromis.

**(vii). Nécessité d'un cadre juridique et réglementaire clair**

Si un tel cadre réglementaire n'existe pas encore, la nécessité d'en mettre un en place (et de le faire d'une manière qui satisfasse les nouveaux investisseurs) rendra la voie des PPP plus complexe.

**(viii). Absence de prise de risque illimitée**

Les concessionnaires de PPP et leurs prêteurs ne pourront prendre qu'un certain niveau de risque, en particulier pour les pertes non assurées. La partie gouvernementale doit garder cela à l'esprit lorsqu'elle examine si elle est susceptible ou non d'atteindre ses objectifs si le projet connaît un grand échec.

Dans certains projets, le gouvernement a dû accepter d'être un «investisseur en fonds propres de dernier ressort», afin d'éviter que le projet ne parvienne pas à achèvement.

## **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

### **Avantages de la passation de marchés de PPP**

- La passation de marchés de PPP présente plusieurs avantages, dont la possibilité d'avoir accès à l'expertise et au financement du secteur privé, ce qui permet au gouvernement d'investir des fonds publics dans d'autres secteurs de l'économie au sens large où l'on ne peut recourir au financement privé.
- Une telle collaboration améliore la qualité, la résilience et la disponibilité des infrastructures en plus de la qualité des services publics fournis, ce qui profite à la société dans son ensemble.
- Elle permet de déterminer les coûts sur toute la durée de vie car l'entité du secteur privé veillera à utiliser le modèle optimal de qualité de construction et d'entretien, créant ainsi un meilleur rapport coût-efficacité.
- Elle accroît également la concurrence car les services sont externalisés au profit du secteur privé, qui peut fournir assez facilement des services de meilleure qualité. Le marché du secteur public représente un nouveau marché important.

### **Inconvénients de la passation de marchés de PPP**

- Le processus de passation de marchés de PPP est souvent coûteux en temps (en raison de la complexité du processus et du nombre de parties impliquées) et en argent (en raison des coûts des conseillers pour chaque partie, qui doivent en définitive être supportés par les clients ou le gouvernement).
- Les contrats de projets de PPP ont tendance à être rigides en raison de la complexité du contrat et du fait que l'entité du secteur privé disposera généralement d'un financement externe, ce qui signifie qu'elle ne peut prendre rapidement des décisions indépendantes pour mettre en œuvre des modifications importantes au contrat sans prendre attache avec ses prêteurs externes.
- Il s'agit d'une entente à long terme, les promoteurs et les prêteurs acceptent d'investir dans le projet, pourvu qu'ils puissent recouvrer les sommes dues tout au long de la période du projet lorsqu'il fonctionne bien. Par conséquent, il est difficile de l'annuler et la résiliation anticipée

### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

requiert souvent que le gouvernement dégage d'importantes sommes en capital à titre d'indemnisation.

- Certains font valoir qu'il existe une perception négative par le public des PPP, dans la mesure où ceux-ci sont parfois appréhendés comme étant une forme de « privatisation » qui peut impliquer un transfert de personnel du secteur public vers le secteur privé (où il existe moins de contrôle des modalités et conditions des contrats de travail). Les PPP sont aussi parfois considérés comme générant d'importants profits indus pour le secteur privé et certains échecs de projets de PPP très médiatisés ont conduit à une plus grande remise en question du modèle.
- Il existe un risque d'abus de pouvoir dans les projets basés sur la disponibilité parce que les sociétés de PPP reçoivent leurs revenus du gouvernement et une interprétation stricte du contrat de PPP pourrait permettre au gouvernement de retenir les paiements jusqu'à la réception d'un service satisfaisant. Cette situation peut placer le concessionnaire dans une situation difficile s'il y a un retrait de fonds et si le règlement des différends est rapide et coûteux.
- Un cadre réglementaire clair est nécessaire et devra être mis en œuvre s'il n'en existe pas déjà.
- La prise de risque n'est pas illimitée et le gouvernement doit donc se demander s'il est susceptible d'atteindre ses objectifs si le projet échoue parce que la Société de Projet et ses prêteurs n'assument qu'un certain niveau de risque.

## **1.7. Résumé des caractéristiques et critères clés des PPP**

Les critères énumérés ci-dessous sont les résultats attendus d'un projet de PPP bien structuré.

### **a) Critères :**

- (i). Viabilité économique pour le secteur public ;
- (ii). Viabilité financière pour le secteur privé ;
- (iii). Équilibre approprié entre le risque et les résultats ;
- (iv). Optimisation des ressources /Rapport qualité-prix ;

### **b) Éléments clés d'un PPP réussi :**

- (i). Engagement politique ;
- (ii). Équipe du secteur public ciblée, dévouée et expérimentée ;
- (iii). Cadre juridique et institutionnel clair ;
- (iv). Passation de marchés transparente et concurrentielle ;
- (v). Partage réaliste des risques.

## Conclusion

Les éléments clés énumérés ci-dessus relèvent d'un certain nombre de disciplines : politique, commerciale, financière, juridique et technique. Les parties gouvernementales ont besoin d'une approche d'équipe coordonnée tout au long du processus de planification, de passation de marchés et de mise en œuvre pour obtenir le meilleur résultat possible.

En résumé, il faut garder à l'esprit que les projets de PPP peuvent être utilisés dans une variété de secteurs ; ils permettent au gouvernement de disposer de recours contre une seule et même entité du secteur privé tout au long du cycle de vie du projet et ils peuvent bénéficier de possibilités de financement, de l'expertise et de l'expérience du secteur privé.

Toutefois, les coûts et le temps nécessaires à la mise en place d'un projet de PPP ne sauraient être sous-estimés et l'engagement à long terme par le biais d'un contrat rigide peut également être considéré comme désavantageux.





CHAPITRE 2

## STRUCTURATION D'UN PROJET DE PPP

1. CADRES JURIDIQUE ET POLITIQUE POUR LES PPP
2. STRUCTURATION SIMPLIFIÉE D'UN PROJET DE PPP :  
L'ÉTUDE DE FAISABILITÉ
3. L'ÉCONOMIE DES PPP
4. STRUCTURE ALTERNATIVE DE PPP :  
ÉTUDE DE CAS D'UN PROJET FERROVIAIRE

## CHAPITRE 2 : STRUCTURATION D'UN PROJET DE PPP

Ce module donne une vision sur la manière de structurer les projets de PPP, leur mise en œuvre par la partie gouvernementale ainsi que leur adéquation avec la politique économique du pays.

Les objectifs d'apprentissage clés de ce module sont les suivants :

- a) Comprendre l'importance et l'usage des cadres juridique et politique des PPP ;
- b) Appréhender la structuration du projet, sur la base d'une étude de cas et de préfaisabilité d'un projet de PPP ;
- c) Développer une compréhension de l'économie des projets de PPP.

### 2.1. Cadres juridique et politique pour les PPP

#### • *Les cadres juridique et politique des PPP*

Un cadre de PPP se compose des politiques, procédures, institutions et règles qui, prises dans leur ensemble, définissent la manière dont les PPP seront identifiés, classés par ordre de priorité, évalués, sélectionnés, budgétisés, acquis, suivis et comptabilisés. Le cadre déterminera également qui sera responsable de ces tâches d'où l'importance d'établir un cadre institutionnel comme expliqué ci-après.

La mise en place d'un cadre de PPP véhicule l'engagement du gouvernement en faveur des PPP et favorise l'efficacité dans la gouvernance du programme de PPP. Ce faisant :

- a) Il favorise la reddition de comptes, la transparence et l'intégrité ;
- b) Il permet de faire en sorte que les projets sélectionnés soient alignés sur la stratégie de développement du gouvernement ;
- c) Il vise à générer les meilleurs rendements économiques pour l'ensemble de la société et n'expose pas le gouvernement à des risques budgétaires excessifs ;
- d) Il vise à s'assurer que les parties prenantes seront systématiquement consultées et qu'un dédommagement équitable sera accordé à ceux qui y ont droit.

Un cadre de PPP devrait guider méthodiquement le gouvernement à travers trois questions clés qui seront examinées plus en détail dans l'étude de cas ci-dessous :

- (1) Quelles sont la portée et les exigences du projet ?
- (2) Le projet peut-il être exécuté sous forme de PPP ?
- (3) Le projet devrait-il être réalisé sous la forme d'un PPP ?

Le Gouvernement hôte doit également adopter un plan national de développement avec une liste de projets de PPP structurants et prioritaires.

Le cadre politique général des PPP devrait être soutenu par un cadre juridique approprié pour les PPP. Cela pourrait se faire par le biais d'une loi spécifique sur les PPP ou à travers une série de lois existantes qui traitent de chacune de ces questions clés.

**(a) Pouvoir d'octroi des concessions, compétence du ressort du gouvernement :** la loi devrait identifier qui a le pouvoir d'accorder des concessions, quelles concessions peuvent être accordées et quels autres cadres juridiques sectoriels existants devraient s'appliquer ;

**(b) Coordination administrative :** des mécanismes institutionnels devraient être mis en place pour coordonner la délivrance des agréments, des licences, des permis ou des autorisations ;

**(c) Réglementation des services d'infrastructure, compétence du ressort du gouvernement :** la réglementation devrait être indépendante afin d'éviter les conflits d'intérêts, l'ingérence politique et d'autres pressions indues ;

**(d) Répartition des risques :** la capacité du gouvernement de convenir de la répartition des risques ne devrait être assujettie à aucune restriction législative ou réglementaire inutile ;

**(e) Soutien du gouvernement :** la loi devrait indiquer quelles autorités publiques peuvent fournir un soutien et le niveau de ce soutien ;

**(f) Sélection du concessionnaire :** des procédures efficaces et transparentes devraient être mises en place. Les soumissionnaires doivent démontrer qu'ils satisfont aux critères de préqualification axés sur les capacités professionnelles et techniques, l'aptitude à gérer les finances et les capacités organisationnelles. Les soumissionnaires devraient être autorisés à former des consortiums ;

**(g) Demande de propositions :** une fois la procédure de préqualification achevée, l'État contractant devrait demander aux soumissionnaires pré-qualifiés de soumettre des propositions finales. Les critères auxquels le gouvernement s'attend devraient être indiqués clairement aux soumissionnaires pré-qualifiés ;

**(h) Concession sans procédure de mise en concurrence** : la loi devrait établir un cadre étroit pour traiter des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le gouvernement peut accorder des concessions sans recourir à la procédure de mise en concurrence ;

**(i) Propositions spontanées** : la loi devrait traiter de la gestion des propositions spontanées ;

**(j) Confidentialité** : les négociations entre l'État contractant et les soumissionnaires devraient être confidentielles ;

**(k) Avis d'attribution de projet** : l'État contractant devrait publier un avis d'attribution du projet ;

**(l) Archives** : l'État contractant devrait conserver des archives appropriées du processus ;

**(m) Réexamen** : les soumissionnaires qui prétendent avoir subi une perte ou un préjudice devraient pouvoir demander un réexamen ;

**(n) Construction et exploitation de l'infrastructure** : la loi pourrait également définir les conditions essentielles à énoncer dans l'accord de projet. Sauf disposition contraire, celui-ci devrait être régi par la loi du pays hôte. La loi devrait également traiter de l'organisation du concessionnaire, du site du projet, des biens et des servitudes, des dispositions financières, des sûretés, de la cession de la concession, du transfert de la participation majoritaire, des travaux de construction et de l'exploitation de l'infrastructure.

**(o) Durée, prorogation et résiliation du projet** : la loi devrait fixer la durée de la concession, les circonstances de sa prorogation et les conséquences de la résiliation par l'une ou l'autre partie.

**(p) Règlement des différends** : l'État contractant devrait être libre d'accepter les mécanismes de règlement des différends.

#### • *Le cadre institutionnel des PPP*

Une architecture institutionnelle organisée, cohérente et outillée doit être mise en place pour soutenir le développement et la mise en place des projets de PPP. Des organes publics ont chacun un rôle distinct et complémentaire à la fois dans la phase d'identification des projets de PPP, puis de leur préparation, leur exécution et leur suivi.

Selon notre observation, cette architecture institutionnelle comprendrait généralement :

- \* L'autorité de contrôle des marchés publics ;
- \* L'autorité de régulation des marchés publics ;
- \* Une Cellule ou Unité d'appui pour les PPP avec un comité de pilotage ;
- \* Le Conseil des Ministres / le Ministère des Finances ou Ministère du Plan qui autorise le recours et signe le contrat PPP.

Ces institutions doivent détenir de réelles compétences, les outils et l'expérience requise en matière de commande publique.

### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

- Il se compose des politiques, procédures, institutions et règles qui, prises ensemble, définissent la manière dont les PPP seront identifiés, évalués, sélectionnés, classés par priorité, budgétisés, acquis, suivis et comptabilisés.
- Un cadre de PPP véhicule l'engagement du gouvernement en faveur des PPP et favorise l'efficacité dans la gouvernance du programme de PPP. Il promeut la responsabilisation, la transparence et l'intégrité, en veillant à ce que les projets sélectionnés soient alignés sur la stratégie de développement du gouvernement. Le cadre vise à générer les meilleurs rendements économiques pour l'ensemble de la société et n'expose pas le gouvernement à des risques budgétaires excessifs.
- Un cadre juridique de PPP devrait également soutenir un cadre politique de PPP. Cela pourrait prendre la forme d'une loi spécifique sur les PPP ou de lois existantes qui traitent de certaines questions clés telles que : l'identification des personnes habilitées à accorder des concessions et les types de concessions qui peuvent être accordées, la durée de la concession, les conditions essentielles de l'accord de projet, les circonstances de la prorogation de la concession et les conséquences de sa résiliation par l'une ou l'autre partie. Cela s'ajoute à la mise en place de certains règlements visant à éviter les conflits d'intérêts ou l'ingérence politique dans les services d'infrastructure et indique comment se fait la sélection d'un concessionnaire selon une procédure efficace et transparente pour garantir l'équité du processus.

## 2.2. Structuration simplifiée d'un projet de PPP : l'étude de faisabilité

Le gouvernement ne devrait pas s'engager dans un quelconque projet de PPP sans qu'une étude de faisabilité idoine n'ait été menée. Celle-ci devrait idéalement :

- déterminer les besoins de services des usagers finaux, c'est-à-dire les secteurs dans lesquels le système actuel ne répond pas aux besoins du public ;
- examiner diverses options pour répondre à ces besoins ;
- évaluer les objectifs généraux de la politique gouvernementale ;
- si l'on envisage un PPP, évaluer les avantages et les inconvénients d'un PPP par rapport à un financement sur fonds publics ; et
- choisir l'option la plus efficace parmi celles qui répondent aux objectifs stratégiques du gouvernement.

Nous examinerons cette approche dans le cadre d'une étude de cas portant sur un projet d'autoroute d'un gouvernement (« le Gouvernement ») évaluant s'il y a lieu de réaliser une route à péage sous la forme d'un PPP.

Dans ce cas, le gouvernement a préparé une étude de faisabilité comportant quatre parties :<sup>6</sup>

**Partie A** : elle examine ce qui doit être fait pour améliorer la mobilité sur les routes et dans quelle mesure les routes doivent être élargies pour renforcer le développement économique et la création d'emplois.

**Partie B** : elle analyse les options possibles pour atteindre les objectifs détaillés dans la Partie A.

**Partie C** : elle compare l'option privilégiée énoncée dans la Partie B aux autres options qui s'offrent au gouvernement et détermine celle qui est dans l'intérêt supérieur du public en fonction des objectifs du gouvernement.

**Partie D** : elle examine s'il est réellement possible ou non de fournir les services par le biais d'un PPP.

Ces parties sont passées en revue à tour de rôle comme ci-après :

### Partie A – Quels sont les objectifs ?

(i) La Partie A de l'étude examine ce qui doit être fait pour améliorer la mobilité sur les routes et dans quelle mesure les routes doivent être élargies pour renforcer le développement économique et la création d'emplois.

(ii) Elle définit les principaux objectifs du gouvernement et les principaux besoins en matière de services de la route à péage proposée. Par exemple,

<sup>6</sup> Cette étude de cas est une version résumée et simplifiée d'une étude de cas réelle préparée par le gouvernement de Porto Rico, que l'on peut trouver à l'adresse suivante : <http://www.p3.pr.gov/assets/2010-6-desirability---convenience-study-toll-roads-of-prhta.pdf>

quels sont les volumes de circulation à présent enregistrés sur la route actuelle et les routes avoisinantes. Quel est le niveau de service (NDS) actuellement fourni et que souhaite-t-on ?

Niveau de service s'entend comme :

**A :** *La fluidité. Les flux de circulation sont égaux ou supérieurs à la limitation de vitesse affichée et les automobilistes jouissent d'une mobilité totale entre les voies. L'espacement moyen entre les véhicules est d'environ 167 m (soit 550 pi) soit 27 longueurs de voiture. Les automobilistes ont un niveau élevé de confort physique et psychologique. Les effets d'incidents ou de pannes ponctuel(le)s sont facilement résorbés. Le NDS A est réalisé généralement tard la nuit dans les zones urbaines et fréquemment dans les zones rurales.*

**B :** *La fluidité raisonnable. Les vitesses spécifiées dans le NDS A sont maintenues, la manœuvrabilité à l'intérieur du flux de circulation est légèrement restreinte. L'espacement moyen le plus faible entre les véhicules est d'environ 100 m (soit 330 pieds) ou 16 longueurs de voiture. Les automobilistes jouissent toujours d'un niveau élevé de confort physique et psychologique.*

**C :** *Le flux stable, sans entrave ou presque sans entrave. La capacité de manœuvrer entre les voies est sensiblement limitée et les changements de voies exigent une plus grande attention de la part des conducteurs. L'espacement minimal entre les véhicules est d'environ 67 m (220 pieds) ou 11 longueurs de voiture. La plupart des conducteurs expérimentés sont à l'aise, les routes demeurent sûres en deçà de leur capacité, mais s'en rapprochent efficacement, et la vitesse affichée est maintenue. Les incidents mineurs peuvent encore n'avoir aucun effet, mais le service localisé aura des effets perceptibles et des retards de circulation se formeront derrière l'incident. Il s'agit du NDS cible pour certaines routes urbaines et la plupart des autoroutes rurales.*

**D :** *Le flux quasiment stable. Les vitesses diminuent légèrement avec toute augmentation légère du volume du trafic. La liberté de manœuvre à l'intérieur du flux de circulation est beaucoup plus limitée et les niveaux de confort des conducteurs diminuent. Les véhicules sont espacés d'environ 50 m (soit 160 pieds) ou 8 longueurs de voiture. On s'attend à ce que les incidents mineurs entraînent des retards du fait, par exemple, d'un corridor commercial achalandé à mi-journée pendant la semaine ou d'une autoroute urbaine fonctionnelle pendant les heures de commutation. Il s'agit d'un objectif commun pour les rues urbaines aux heures de pointe, car l'atteinte du NDS C entraînerait des coûts prohibitifs, aurait un impact sociétal sur les routes de contournement et nécessiterait l'ajout de voies.*

**E** : Le flux instable, fonctionnant à plein régime. Le débit devient irrégulier et la vitesse varie rapidement parce qu'il n'y a pratiquement pas d'espace utilisable pour manœuvrer dans le flux de circulation et que les vitesses atteignent rarement la limitation affichée. L'espacement des véhicules est d'environ 6 longueurs de voiture, mais les vitesses sont toujours égales ou supérieures à 50 mi/h (soit 80 km/h). Toute perturbation de la circulation, comme la fusion de la circulation sur la rampe ou le changement de voies, créera une onde de choc qui affectera la circulation en amont. Tout incident entraînera de sérieux retards. Le niveau de confort des conducteurs s'amenuise. Cette situation est une norme courante dans les grands centres urbains, où une certaine congestion des chaussées est inévitable.

**F** : Le flux forcé ou en cas de panne. Chaque véhicule se déplace de façon synchronisée avec le véhicule qui le précède, ce qui nécessite des ralentissements fréquents. Il n'est pas possible de prévoir le temps de trajet, la demande étant généralement plus forte que la capacité. Une route dans un embouteillage constant est à ce NDS, parce que le NDS est un service moyen ou type plutôt qu'un état constant. Par exemple, une autoroute peut se situer au NDS D à l'heure de pointe du matin, mais avoir une circulation conforme au NDS C certains jours, au NDS E ou encore au NDS F d'autres jours, et s'arrêter une fois en passant en l'espace de quelques semaines.

La plupart des efforts de conception ou de planification utilisent généralement des débits de service aux NDS C ou D, afin d'assurer un service d'exploitation acceptable pour les usagers de l'infrastructure<sup>7</sup>.

Les autres objectifs clés de l'étude sont notamment : i) de déterminer s'il y avait des lacunes majeures dans le réseau routier qui devaient être comblées pour des raisons stratégiques ; ii) de déterminer s'il n'y avait aucun désir de construire de nouvelles routes d'une manière intrusive ou d'une manière qui encouragerait l'étalement urbain ; iii) de réduire la congestion ; iv) d'améliorer la qualité du revêtement routier et les programmes d'entretien ; et v) d'améliorer la technologie des péages.

**(iii)** La Partie A de l'étude met également en lumière les contraintes auxquelles se heurte le gouvernement pour répondre à ces besoins de services clés. L'accent peut être mis sur les contraintes physiques, telles que le fait de savoir si le gouvernement dispose de suffisamment de terrains pour réaliser le programme d'extension des routes ou s'il aurait besoin de l'aide d'autres autorités, ou de recourir à des pouvoirs d'achat obligatoire, ainsi que sur les contraintes financières.

<sup>7</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Level\\_of\\_service](https://en.wikipedia.org/wiki/Level_of_service)

## Partie A – Conclusion

La conclusion de la partie A de l'étude est que le gouvernement doit augmenter les dépenses en capital pour améliorer la qualité des routes existantes et la connectivité, ainsi que la mobilité grâce à un certain nombre de nouveaux raccordements et à l'élargissement des routes. Cela lui permettra d'améliorer les conditions économiques et de promouvoir le développement économique, ainsi que la création d'emplois.

Pour atteindre ces objectifs, le gouvernement doit :

- (i) réduire le fardeau de sa dette, afin d'améliorer la disponibilité du financement ;
- (ii) construire de nouvelles installations de manière plus efficace en termes de coût et de délais (par rapport aux méthodes de passation de marchés existantes) ;
- (iii) améliorer son programme d'entretien ; et
- (iv) réduire les pertes de recettes sur les routes à péage existantes grâce à une pénétration accrue du télépéage et à de meilleures procédures d'encaissement.

## (b) Partie B – Quelles sont les options pour atteindre les objectifs ?

La partie B de l'étude analyse ensuite les options possibles pour atteindre les objectifs détaillés dans la Partie A. Elle comporte :

- (i) une analyse des options de passation de marchés – l'étude a examiné tout l'éventail d'options de passation de marchés, allant de la passation de marchés classique par le gouvernement jusqu'à diverses structures de PPP, y compris les options conception – construction, conception – construction – financement, conception – construction – entretien, conception – construction – financement – entretien, conception – construction – financement – exploitation – entretien ;
- (ii) dans le cadre d'une passation de marchés avec le secteur privé, les avantages et les inconvénients du regroupement de certains biens en un seul marché. Dans ce cas, le gouvernement avait un certain nombre de routes à péage existantes (friches industrielles) – deux grandes et deux petites – ainsi que deux ou trois nouveaux projets routiers qu'il souhaitait réaliser ;
- (iii) une identification exhaustive des risques du projet, en mettant l'accent sur la description des risques et les mesures d'atténuation potentielles. Il s'agissait notamment de la viabilité financière, de la viabilité technique et du risque lié à la délivrance de permis et à l'acquisition de terres. La mise en concession des projets de friches industrielles a passé avec succès l'évaluation des risques en vue de la passation de marchés, mais cela n'a pas été le cas pour les nouvelles routes, dans la mesure où elles n'étaient pas encore parvenues à un niveau suffisant de planification et de préparation pour faire l'objet d'un appel d'offres ;

(iv) résultats des sondages de marché – l'exercice de sondage de marchés auprès des investisseurs, des exploitants et des entrepreneurs potentiels a montré un vif intérêt pour les projets. Les exploitants et les investisseurs institutionnels à long terme (tels que les fonds de pension) se sont montrés plus intéressés par l'octroi de concessions pour les projets de friches industrielles existants ayant déjà fait leurs preuves. Comme l'on pouvait s'y attendre, les entrepreneurs en construction ont manifesté davantage d'intérêt à investir dans les nouveaux projets de construction. Le sondage du marché a également révélé que les investisseurs s'inquiétaient de savoir si la concession serait accordée aux conditions normales du marché et avec un régime de péage raisonnable et indexé.

(v) une option recommandée.

## **Partie B – Conclusion**

La Partie B conclut qu'un modèle de prestation de PPP scindé en quatre phases est le moyen le plus efficace pour le gouvernement d'atteindre ses objectifs.

La première et la seconde phases impliqueraient la concession de routes à péage existantes génératrices de recettes, afin de générer les ressources nécessaires à l'entretien de ces installations et de fournir des capitaux pour financer la réalisation des phases ultérieures.

Les deux phases suivantes comprendraient la concession de deux nouvelles routes à péage.

Cette structuration par phases permet au gouvernement de maximiser la valeur à court terme, d'atténuer la nécessité d'une dette supplémentaire et d'accélérer la construction du réseau routier, générant des emplois et suscitant le développement économique.

Cette structuration par phases était conforme aux commentaires des investisseurs sur la taille des transactions exprimés lors de l'exercice de sondage du marché.

## **(c) Partie C – L'option privilégiée est-elle dans l'intérêt supérieur du public ?**

La Partie C de l'étude compare ensuite l'option privilégiée définie dans la Partie B aux autres options dont dispose le gouvernement et détermine laquelle est dans l'intérêt supérieur du public en fonction des objectifs du gouvernement.

La Partie C évalue également quantitativement les divers modèles d'exécution qui peuvent être déployés par le public avec l'option de PPP préférée.

## *Analyse de l'optimisation des ressources*



La présente section peut impliquer une analyse de l'optimisation des ressources.

Ce type d'analyse peut aider à déterminer si, oui ou non, une option d'exécution sous forme de PPP offre réellement une valeur par rapport aux méthodes d'exécution classiques (qui est désigné par comparateur du secteur public ou CSP) sur une base quantitative et qualitative.

Un projet de PPP est susceptible, à première vue, d'être plus coûteux qu'un projet ayant fait l'objet d'une passation de marchés directe par le secteur public en raison du coût généralement plus élevé du financement et de la complexité de la structure du projet, de l'augmentation des coûts de transaction et de la répartition accrue des risques. Le projet de PPP impliquera toutefois un transfert de risque important au secteur privé et l'analyse de l'optimisation des ressources visera à déterminer si, oui ou non, les facteurs énumérés ici sont susceptibles de se traduire par un avantage net à plus long terme pour le secteur public. L'analyse comprendra une pondération des coûts présumés supportés par le secteur public par rapport aux coûts à la baisse probables dans le cadre de transactions similaires faisant l'objet d'une passation de marchés dans ce secteur selon une approche classique, tels que les retards, les dépassements de coûts et les litiges. Si le coût total pondéré pour le secteur public excède substantiellement le prix prévu dans le cadre du PPP, alors l'on peut privilégier l'option du PPP.

Au Royaume-Uni, les audits post-transaction ont montré que les projets de PPP peuvent générer des économies significatives par rapport au modèle de comparaison du secteur public, bien qu'il faille garder à l'esprit que le prix du comparateur du secteur public n'est qu'un chiffre hypothétique.

Il convient également de noter qu'au stade de la préparation du projet, le prix présumé dans le cadre du PPP est également un chiffre hypothétique fondé sur une analyse documentaire de l'évolution des coûts et des risques par rapport à la répartition des risques présumée.

### **Partie C – Conclusion**

Dans ce cas, la conclusion de la Partie C est que la valeur présumée de l'approche PPP dépasserait largement celle de la passation de marchés classique, générant ainsi des millions de dollars de bénéfices.

De toute évidence, une fois les offres du secteur privé reçues et évaluées, le cadre de PPP peut exiger une réévaluation du meilleur prix par rapport au comparateur du secteur public pour confirmer que le contrat de PPP proposé représentera effectivement une optimisation des ressources.

### **Partie D – Est-il possible de réaliser le projet sous forme de PPP ?**

Bien que la Partie C ait déterminé que le projet devrait être réalisé dans le cadre d'un partenariat public-privé, la partie D de l'étude examine, quant à elle, s'il est réellement possible ou non de fournir les services dans le cadre d'un PPP.

En d'autres termes, certes l'option d'exécution par le biais d'un PPP peut permettre de réaliser une meilleure optimisation des ressources que la passation de marchés classique, mais elle peut ne pas être abordable en termes de contraintes liées au financement public.

À l'heure actuelle, le projet d'autoroute du gouvernement a une dette importante par rapport aux routes à péage existantes qui doivent être reprises, de sorte que la valeur payée par la partie privée pour les routes à péage existantes doit idéalement être suffisante pour couvrir cette dette.

Au nombre des autres tests dans la Partie D, figurent l'assurance d'un traitement comptable approprié du projet (par exemple, pour maintenir le projet hors bilan) et la prise en compte de l'impact budgétaire du projet.

### **Partie D – Conclusion**

Fort heureusement, la Partie D de l'étude conclut qu'une option d'exécution sous forme de PPP satisfait à tous les seuils d'abordabilité requis.

Un modèle de PPP ne semble pas avoir d'incidence budgétaire négative, étant donné que la première phase se traduira par un paiement initial important au gouvernement.

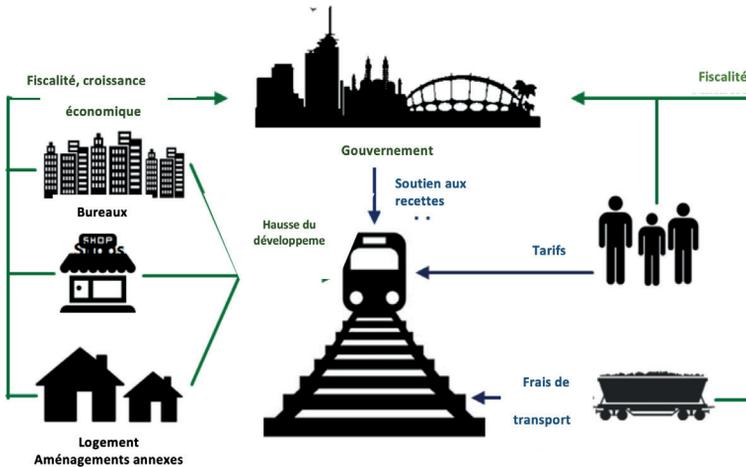
Le montant probable du paiement initial au gouvernement (fondé sur le flux de recettes futures que les soumissionnaires pourront tirer des routes à péage existantes) devrait dépasser la valeur comptable des actifs et l'attribution des risques au secteur privé est suffisante pour garantir le maintien des risques éventuels du projet hors bilan.

Enfin, la transaction sous forme de PPP doit garantir que le paiement initial du secteur privé dépasse le montant de la dette du gouvernement sur les routes à péage existantes.

Dans cette hypothèse, les projets du paquet envisagé peuvent et devraient être réalisés conformément au modèle de PPP.

### 2.3. L'économie des PPP

L'économie des PPP doit également être prise en compte ; un exemple de projet ferroviaire hypothétique est présenté dans le diagramme ci-dessous.



Les pouvoirs publics sont souvent favorables aux PPP, parce qu'ils estiment que le secteur privé peut assumer la totalité des risques et réaliser un projet qu'un gouvernement donné n'a jusque-là pas été en mesure de réaliser. Toutefois, les PPP sont un mécanisme de financement et non un mécanisme pour rendre les coûts abordables. Il y'a une distinction entre le fait de savoir si un projet peut s'autofinancer et la façon dont vous le financez. Certains projets ne sont tout simplement pas viables dès le départ.

Les gouvernements doivent reconnaître qu'il existe des sources limitées de recettes pour financer les projets de PPP. Il y'a une limite à ce que le public est prêt à payer pour un actif par le biais de péages ou d'impôts. Dans la plupart des cas, ce sont les deux seules sources de recettes réalistes. Dans un contexte de marché émergent, il est plus probable que le projet requiert un autofinancement par le truchement de péages ou autres frais acquittés par les usagers, plutôt que par le canal des budgets publics financés au moyen de la fiscalité.

Une autre option de financement en dehors des frais d'utilisation ou de l'imposition tient à la promotion immobilière. Par exemple, les terrains situés le long d'une nouvelle route en PPP pourraient être acquis par le gouvernement et vendus à des fins d'aménagement, ce qui, à son tour, générera plus de croissance en encourageant les entreprises le long de cette route. De même, un projet ferroviaire pourrait offrir des possibilités d'aménagement axées sur le transport en commun, comme des bureaux, des magasins ou des logements situés au-dessus ou à proximité des gares.

Toutefois, la promotion immobilière n'est pas une source de revenus courante pour les concessionnaires de projets de PPP parce que les prêteurs ont tendance à considérer le profil de risque des projets immobiliers différemment du financement de projet, de sorte qu'il n'est pas simple de les combiner en un seul projet. Les avantages peuvent aussi être à plus long terme et ne pas être disponibles à temps pour couvrir les coûts d'investissement et de financement élevés de la route ou du chemin de fer. Néanmoins, la partie gouvernementale peut être en mesure d'adopter une vision à long terme là où cela n'est pas possible pour le concessionnaire.

Le gouvernement doit également tenir compte de la capacité du secteur privé à assumer le risque lié à la demande. Il y'a eu un certain nombre de projets dans les secteurs routier et ferroviaire où le secteur privé a largement surestimé la demande et où les projets ont littéralement échoués. S'il est impossible de prévoir exactement la demande – ce qui est particulièrement difficile pour les nouveaux projets qui n'ont pas d'antécédents en matière de demande – cela peut laisser penser que le gouvernement doit trouver une autre solution pour procéder à la passation de marchés du projet, ce qui peut impliquer la reprise ou le partage du risque lié à la demande à un niveau qui ne pose pas problème au secteur privé. C'est pourquoi une étude de faisabilité et une étude sur la demande sont si importantes et délicates à préparer.

Un bon exemple est celui du Programme Kenyan des Routes qui a été à la base d'un projet de routes (environ 30 à 100 millions de dollars), chacun de ces projets de PPP ayant été achetés sur une base de « disponibilité » ou non via un PPP de demande, avec un délai de 2 ans pour la période de construction et de 8 ans pour la période d'exploitation et de maintenance, périodes durant lesquelles le concessionnaire reçoit une « annuité » fixe pour le bon entretien de la route du projet.

Cette approche a été adoptée pour ce projet car les itinéraires ne généraient pas suffisamment de revenus en cas de péage (en raison de leur emplacement en milieu rural), ou parce que les péages n'étaient pas réalisables de par leur emplacement (par exemple, des zones urbaines). Le gouvernement a toutefois eu l'intention de prélever une taxe sur les carburants dont les recettes seront versées à un fonds routier public, dont l'administrateur aura l'obligation de faire les paiements de rente directement au concessionnaire ; cette approche rassure les investisseurs sur le fait que les paiements soient isolés des contraintes des budgets gouvernementaux.

Incontestablement et, compte tenu de ces considérations, un certain nombre de projets

en Afrique ne se sont pas préparés sur la base d'un PPP à long terme mais sur une base segmentée en plusieurs contrats (conception et construction sous un contrat, puis exploitation et maintenance à court terme sous un deuxième contrat). Le pont Lekki-Ikoyi Link au Nigéria a été cité comme un exemple de ce type précédemment dans notre module. On pourrait également évoquer le projet de tramway d'Addis-Abeba en Ethiopie et la ligne de chemin de fer Nairobi-Mombasi Standard Gauge, projets tous deux financés et construits par des entrepreneurs et des banques chinoises. Dans le projet éthiopien, il a été clair dès le démarrage du projet que les revenus du tarif péage ne seraient pas suffisants pour rembourser le capital issu des coûts de construction même avec un financement du gouvernement ; dans le cas du Standard Gauge Railway, avec le fret inférieur aux prévisions, les recettes semblent avoir été moins bien anticipées. Dans les deux cas, le gouvernement a dû réfléchir sérieusement à la manière dont il couvrira les coûts de financement à long terme lorsque le projet n'est pas autosuffisant en termes de revenus.

### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

#### **Économie des PPP**

- Les PPP sont un moyen courant de financer des projets publics en partant du principe que le secteur privé est perçu comme assumant tous les risques et exécutant le projet avec succès. Toutefois, certains projets ne sont souvent pas viables et le public ne sera pas toujours disposé à payer des montants excessifs pour un actif par le biais des péages ou des taxes.
- Une autre option pour financer les projets tient à la promotion immobilière, en capitalisant sur les terrains avoisinant le site du projet pour construire des attractions supplémentaires telles que des bureaux, des magasins ou des logements pour, à leur tour, générer davantage de croissance et promouvoir les affaires sur le site. Toutefois, il est difficile de combiner la promotion immobilière et le financement de projets en un seul projet parce que les prêteurs perçoivent les deux profils de risque de façon fort différente.
- Le risque lié à la demande est souvent assumé par le secteur privé et la surestimation grossière de l'utilisation des projets peut poser problème et entraîner l'échec du projet.

#### **• Retour sur la notion de bancabilité d'un projet ?**

Cette notion est très dépendante de la faisabilité d'un projet. La bancabilité d'un projet consiste pour le gouvernement de répondre à une série de questions préliminaires sur le pourquoi, le comment et le prix du projet. Si un projet est bancable, cela veut dire que des banques seront prêtes à financer le projet de PPP.

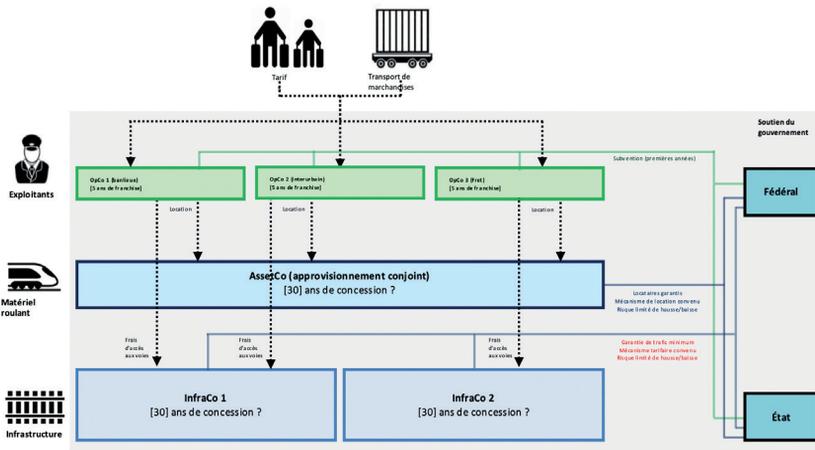
Le projet doit être bancable afin notamment que l'autorité publique puisse réussir à fournir

un ouvrage ou une infrastructure performante à sa population, et que les banques et les investisseurs du projet puissent être remboursés et avoir retour de leurs investissements. Une due diligence de bancabilité implique notamment :

- De mettre en place les mécanismes de paiement pertinents ;
- D'avoir une bonne allocation des risques ;
- D'effectuer une modélisation financière solide lors de la préparation du projet.

## 2.4. Structure alternative de PPP : étude de cas d'un projet ferroviaire

Le diagramme ci-dessous illustre une structure proposée pour un projet hypothétique ferroviaire de type PPP dans un pays où le réseau ferroviaire existant était sous-financé et sous-utilisé. La plus grande partie du trafic de fret se fait par la route et la plus grande partie du trafic de passagers se fait par voiture ou par avion. Le pays souhaite mettre en œuvre un nouveau projet ferroviaire afin d'encourager le trafic de fret et de passagers par chemin de fer pour des raisons de coût-efficacité, ainsi que pour réduire la congestion routière et les coûts d'entretien routier.



La proposition initiale d'une solution complète de type conception – construction – financement – exploitation – entretien (DBFOM) n'a pas été jugée praticable, parce que le tarif passager et les recettes de fret n'étaient pas prévisibles pour cause d'inexistence d'un historique de la demande.

Néanmoins, le gouvernement tient à soutenir le projet et considère qu'il pourrait être possible de le restructurer à l'avenir si la demande augmente. En attendant, il doit trouver une solution qui permette à chacune des composantes de faire l'objet d'une passation de marchés.

Dans ce cas, il considère qu'un marché scindé peut fonctionner comme suit :

a) L'infrastructure peut faire l'objet d'une passation de marché en vertu d'une option de contrat de type conception – construction – financement – entretien (DBFM) – la société d'infrastructure se verrait accorder une concession à long terme et recevrait des redevances d'accès aux voies pour chaque mouvement de train de voyageurs ou de marchandises en fonction du chargement du train concerné. Il faudrait que le gouvernement garantisse une recette minimale à la société d'infrastructure pour que cette option soit économique. Les principaux risques qu'elle assume sont le risque lié à l'achèvement des travaux de construction et le risque lié à la disponibilité des actifs, plutôt que le risque lié à la demande.

b) Le matériel roulant peut faire l'objet d'une passation de marché en vertu d'une option de type conception – construction – financement – entretien (DBFM) distinct ou d'une option de bail. La principale obligation est de mettre les véhicules à la disposition des exploitants respectifs en échange d'une redevance de location fixe, déterminée par le gouvernement lors de la phase de passation de marchés. Le gouvernement veillerait à ce qu'il y ait des locataires disponibles à tout moment pendant la durée de la concession (ou à tout le moins pendant le délai de remboursement de la dette). Toutefois, contrairement à la société d'infrastructure, la société de gestion de l'actif qu'est le matériel roulant dispose de plus grandes options pour trouver un autre abri pour le matériel roulant (d'autant plus que si l'infrastructure et le matériel roulant sont construits à écartement normal et peuvent être rapidement transférés vers d'autres réseaux), de sorte qu'un profil de risque différent peut être possible ici.

c) Différents types d'opérations peuvent être louées à différents franchisés dans le cadre de concessions à court terme («exploitation uniquement»), en l'occurrence réparties entre les utilisations suburbaines, interurbaines et de fret. Les sociétés d'infrastructure seraient obligées de gérer l'utilisation des sillons entre les différents exploitants. Les franchisés auraient des frais fixes d'accès au réseau et des loyers fixes à payer et devraient autrement tenir compte du coût du personnel d'exploitation et d'autres dépenses d'exploitation. Le gouvernement pourrait devoir subventionner les coûts d'exploitation dans les premières années pour s'assurer que les frais de transport de passagers et de marchandises facturés aux usagers sont suffisamment bas pour susciter la demande. Étant donné que les franchises d'exploitation n'impliquent pas de dépenses en capital importantes, elles pourraient être maintenues relativement courtes, et si la demande a repris à la fin de la concession à court terme, le gouvernement peut relouer la franchise sur la base de la subvention la plus faible offerte (ou même sur la base des redevances les plus élevées à reverser à l'État).

Ce modèle implique clairement un niveau de risque conservé par le gouvernement pour gérer les différents flux de trésorerie entre les composantes du projet, de sorte que l'abordabilité du projet posera problème au cours des premières années. Toutefois, en structurant le projet de cette manière, le gouvernement peut être plus susceptible de susciter un intérêt suffisant de la part des soumissionnaires appropriés pour les composantes respectives et il peut donc être plus susceptible d'être financé.

L'une des préoccupations que les concessionnaires peuvent néanmoins avoir avec ce type de structure est qu'elle suppose qu'il existe un transfert prévisible de biens et de passagers. Cela peut être difficile à réaliser sans la participation financière du gouvernement, car les itinéraires routiers concurrents par la route peuvent effectivement être subventionnés par l'Etat en parallèle dans la mesure où les usagers de la route ne sont généralement pas obligés de supporter le coût intégral de leur impact sur les transports publics. La Zambie, par exemple, envisage d'imposer des exigences minimales aux entreprises pour le transport de marchandises via les chemins de fer afin de les faire contribuer à ce transfert modal particulier et pour anticiper cette préoccupation.

### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

#### **Structure alternative de PPP : étude de cas d'un projet ferroviaire**

- L'étude de cas était basée sur un nouveau projet ferroviaire exécuté sous forme de PPP dans un pays où le réseau ferroviaire existant était sous-financé et sous-utilisé. La plus grande partie du trafic de fret se faisait par la route et la plus grande partie du trafic de passagers par automobile ou par avion. Le gouvernement entendait encourager le transport de marchandises et de passagers par voie de chemin de fer pour des raisons de coût-efficacité, de réduction de la congestion routière et des coûts d'entretien des routes.
- La proposition initiale d'une solution complète de type conception – construction – financement – exploitation – entretien (DBFOM) n'était pas réalisable, parce que le tarif passager et les recettes de fret n'étaient pas prévisibles en raison de l'absence d'un historique de la demande. Le projet nécessiterait une restructuration.
- Pour résoudre le problème dans l'intervalle, chaque composante pourrait faire l'objet d'une passation de marché distincte :
  - L'infrastructure peut faire l'objet d'une passation de marché dans le cadre d'un contrat de concession à long terme de type « conception – construction – financement – entretien » (DBFM), en vertu duquel des redevances d'accès aux voies seraient perçues pour chaque mouvement de trains de voyageurs ou de marchandises en fonction du chargement du train en question ;

- Le matériel roulant peut-être acquis en vertu d'un contrat de type « conception – construction – financement – entretien » (DBFM) distinct ou d'un bail dans lequel les véhicules seraient mis à la disposition des exploitants respectifs contre un prix de location fixe ;
- D'autres types d'exploitations peuvent faire l'objet de location dans le cadre de concessions à court terme à différents franchisés qui auraient des redevances fixes d'accès aux voies et des loyers fixes à payer, et qui devraient autrement justifier le coût du personnel d'exploitation. Les sociétés d'infrastructure seraient obligées de gérer l'utilisation des sillons entre les exploitants. Des subventions peuvent être exigées par le gouvernement pour s'assurer que les frais de transport des passagers et du fret sont suffisamment bas pour encourager leur utilisation.
- Avec ce modèle temporaire, le gouvernement conserve le risque de gestion des différentes composantes du projet et des flux de trésorerie, mais il pourrait susciter un intérêt suffisant de la part des soumissionnaires potentiels pour les composantes respectives.

## Conclusion

Pour résumer la manière dont les PPP sont mis en œuvre, il y a généralement une étape nécessaire de cadrage juridique et politique engagée par le gouvernement hôte du projet PPP. Ces cadres communiquent une volonté forte du gouvernement pour le projet et facilite la gouvernance des PPP. Des cadres juridiques et politiques, accompagnés d'études de faisabilité solides favorisent la responsabilité, la transparence et l'efficacité. La mise en place d'une étude de faisabilité ne peut pas être surestimée, il est fondamental dans (i) le processus d'identification des besoins de service du public et des options disponibles pour répondre à ces besoins, dans (ii) l'analyse des avantages et des inconvénients d'utiliser un PPP pour financer l'actif ou le service public requis, et enfin (iii) permet le choix le plus judicieux pour la méthode de passation de marchés.



CHAPITRE 3

## **FINANCEMENT D'UN PROJET D'INFRASTRUCTURE DE TYPE PPP**

- 1. SOURCES DE FINANCEMENT D'UN PROJET D'INFRASTRUCTURE DE TYPE PPP**
- 2. LES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU FINANCEMENT DE PROJET**
- 3. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES D'UN FINANCEMENT DE PROJET**
- 4. STRUCTURE**
- 5. PRINCIPALES PARTIES PRENANTES AU PROJET DE PPP**
- 6. INCONVÉNIENTS DU RECOURS AUX FINANCEMENTS DE PROJETS DANS LES OPÉRATIONS D'INFRASTRUCTURE DE TYPE PPP**
- 7. CALENDRIER DE FINANCEMENT D'UN PROJET D'INFRASTRUCTURE DE TYPE PPP**

## CHAPITRE 3 : FINANCEMENT D'UN PROJET D'INFRASTRUCTURE DE TYPE PPP

Ce module explique le financement des projets de PPP. Les projets d'infrastructure sont, de par leur nature, des projets de grande envergure qui nécessitent d'importants investissements. D'où provient cet argent ? Les gouvernements du monde entier se sont rendus compte que la contribution de l'argent des contribuables au développement de ce type de projets peut être réduite si l'on encourage l'investissement par le secteur privé. Par conséquent, les gouvernements doivent évaluer les bénéfices et les désavantages d'une variété de sources de financement issus du secteur privé, du secteur public et de parties tierces ainsi que l'utilisation des structures de financement de projets.

Les objectifs d'apprentissage clés de ce module sont les suivants :

- a) Comprendre les variétés de sources de financement d'un projet d'infrastructure de type PPP ;
- b) Comprendre les caractéristiques essentielles d'une opération de financement de projet ;
- c) Comprendre la structure et les principales parties ainsi que le calendrier type de financement ; et
- d) Analyser les inconvénients d'une structure de type financement de projets pour les principales parties au projet.

### 3.1. Sources de financement d'un projet d'infrastructure de type PPP

Le financement de projets d'infrastructure à grande échelle provient de diverses sources :

#### 1. Source publique

##### (i) Financement public classique

Le gouvernement peut lever des fonds pour le projet sur son propre bilan et les utiliser pour financer les coûts en capital du projet. Vous pouvez consulter le Guide de l'ALSF sur la dette souveraine pour de plus amples détails sur la façon dont le financement public classique est réalisé au moyen de prêts et d'émissions sur les marchés financiers.

##### (ii) Soutien direct

Le gouvernement peut choisir (ou se voir demander par des investisseurs privés) d'offrir un soutien direct au projet, en général pour aider à attirer des investissements privés supplémentaires ou pour assumer une partie du risque dans le projet lorsque le projet ne serait pas bancable sans ce soutien. Cela peut se faire sous forme de subventions, de dons, de prises de participation ou de prêts au projet. En voici quelques exemples :

- (A) Le paiement en espèces, par exemple pour rembourser les coûts de l'offre ou une aide en nature, par exemple pour l'acquisition d'un terrain ;
- (B) L'octroi de prêts mezzanine ou de financement pour combler le déficit de viabilité ;
- (C) La renonciation aux frais et autres paiements dus au gouvernement, par exemple les exonérations fiscales ou la renonciation aux obligations fiscales ; et
- (D) La prise de participation dans le projet – devenir actionnaire du véhicule du projet.

La plupart des projets de PPP d'infrastructures nécessiteront un certain soutien technique ou financier de la part des pouvoirs publics, en particulier ceux des marchés émergents. Le niveau et la nature de l'aide dépendront du type de projet, des risques encourus et de l'intérêt du secteur privé pour la transaction.

### **(iii) Financement pour combler le déficit de viabilité (en anglais le Viability Gap Financing – VGF)**

Il s'agit d'un don accordé par le gouvernement pour soutenir des projets qui sont économiquement justifiés mais non viables financièrement, par exemple en raison de longues périodes de gestation ou parce que les usagers finaux ne sont pas à même d'acquitter les frais d'utilisation nécessaires pour soutenir le niveau de financement privé requis pour réaliser le projet. Ces financements permettent de rendre un projet «bancable» et d'attirer des investissements privés au profit du projet. Le gouvernement finance un pourcentage des coûts de construction, en général après l'apport de fonds propres par les investisseurs privés, et partage le risque du projet. En règle générale, le gouvernement aura des critères d'éligibilités strictes pour le moment où ce financement peut être fourni, par exemple, une étude de préfaisabilité menée à terme montrant que le projet est économiquement justifié et qu'il sera financièrement viable avec la fourniture de ce type de financement.

Le don peut être décaissé conformément aux étapes convenues au cours de la construction, généralement de façon parallèle au décaissement du prêt au secteur privé, au regard de la due diligence sur le prêteur et du suivi de l'exécution.

Dans certains cas, le don peut être reporté et versé dans le cadre d'un flux de paiements fixes à long terme.

De nombreux pays disposent de programmes de Viability Gap Financing. Par exemple, l'Inde en a mis un en place depuis 2004 et l'Indonésie depuis 2013 et le Ghana depuis 2017. Certains établissements de crédit, comme le Groupe de Développement des Infrastructures Privées, peuvent fournir un Viability Gap Financing à travers leur mécanisme d'assistance technique.

## 2. Source privée

Le financement du secteur privé est généralement nécessaire pour permettre la réalisation de projets de PPP d'infrastructure à grande échelle. Le financement privé peut revêtir différentes formes et peut être fourni par différentes entités sur le marché.

### (i) Dette de premier rang (senior) ou mezzanine

La dette peut être fournie pour financer un projet de nombreuses façons différentes, par exemple :

(A) Sous forme de prêts – soit en financement d'entreprise, soit en financement de projet. Il peut s'agir de prêts «de premier rang» (c'est-à-dire prêts senior) emportant préséance en termes de paiement et de position de titres, ou de prêts «mezzanine», ce qui signifie qu'ils se classent derrière la dette de premier rang, mais au-dessus de tout prêt ou capital apporté par les investisseurs dans le projet ; et

(B) Émission sur les marchés de capitaux – émission sur les marchés de capitaux par la Société de Projet (ou par une filiale ou une société sœur émettrice) au profit d'investisseurs (particuliers ou plus probablement fonds d'investissement spécialisés dans les infrastructures).

Le reste de la présente section portera sur le financement par emprunt plutôt que sur les émissions sur les marchés financiers.

### (ii) Fonds propres

Les investisseurs dans le projet (également appelés «promoteurs») investissent généralement une partie de leur propre argent dans le projet sous forme de fonds propres et/ou de prêts des actionnaires. Le montant investi dépendra du type de projet et des risques encourus. Plus le projet est risqué, plus les banques ou d'autres investisseurs financiers impliqués dans le projet exigeront la contribution des investisseurs dans le projet.

Les investisseurs dans le projet peuvent être des tiers investisseurs qui n'ont aucune autre implication dans le projet, ou être les promoteurs du projet, qui détiennent un intérêt dans les contrats de construction ou d'entretien ou dans tout autre arrangement important du projet.

Veillez-vous référer à la section 5.3 ci-dessous pour de plus amples renseignements sur les dispositions concernant les fonds propres dans le cadre d'une opération de financement de projet.

### **3. Banques multilatérales de développement/institutions de financement du développement/organismes de crédit à l'exportation**

Ces types d'institutions peuvent fournir un financement direct sous forme de prêts ou fournir des produits d'atténuation des risques qui attireront la participation des banques commerciales au projet. La Banque africaine de développement a été un financeur important dans de nombreux projets d'infrastructures sur le continent africain.

Les banques multilatérales de développement sont des institutions telles que la Banque mondiale, la Banque africaine de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement ou d'autres organismes internationaux créés dans l'optique d'aider au développement des économies. Les banques multilatérales de développement aideront les gouvernements à élaborer des projets par le biais de produits d'atténuation des risques tels que la couverture des risques politiques ou par d'autres moyens (par exemple, les prêts directs, la fourniture de fonds pour le soutien gouvernemental).

Les institutions financières de développement sont des institutions bilatérales, régionales ou multilatérales soutenues par les pays développés qui ont pour mandat de fournir un financement aux acteurs du secteur privé à l'effet de promouvoir la croissance économique et de soutenir le développement social. Il s'agit d'institutions telles que la Société financière internationale et la Banque européenne d'investissement.

De nombreux grands projets d'infrastructures de type PPP impliquent des banques multilatérales de développement et des institutions financières de développement. Leur participation est avantageuse pour la Société de Projet parce qu'elles facturent généralement des taux d'intérêt inférieurs à ceux des banques commerciales et qu'elles peuvent accorder des prêts à échéances plus longues ou que leur présence attire d'autres financements privés, soit en raison du soutien direct apporté par ces entités (par exemple, sous forme de financement garanti), soit par leur soutien indirect (statut préférentiel des créanciers en ce qui concerne l'insolvabilité des emprunteurs ou la pression politique qu'elles peuvent exercer sur les pouvoirs publics).

## **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

### **Sources de financement d'un projet d'infrastructure de type PPP**

- Le financement des grands projets d'infrastructure provient de sources publiques et privées.
- Les « sources publiques » comprennent le financement public classique dans le cadre duquel l'État mobilise des fonds sur son propre bilan ; le soutien direct de l'État sous forme de subventions, de dons ou de prêts au projet ; le financement pour combler le déficit de viabilité, qui est un don du gouvernement visant à soutenir des projets qui sont économiquement justifiés à long terme mais non financièrement viables au départ ; l'aide gouvernementale rend le projet bancable et attire des investissements privés.
- Les « sources privées » comprennent les dettes de premier rang ou dette mezzanine sous forme de prêts ou d'une émission sur le marché des capitaux par la Société de Projet au profit des investisseurs ; elles peuvent également comprendre les investissements en fonds propres lorsque les investisseurs injectent leurs propres fonds dans le projet sous forme de fonds propres ou de prêts des actionnaires.
- D'autres institutions telles que les banques multilatérales de développement, les institutions de financement du développement et les organismes de crédit à l'exportation peuvent également fournir des fonds propres sous forme de prêts ou de produits d'atténuation des risques pour attirer la participation des banques commerciales au projet.

### **3.2. Les caractéristiques essentielles du financement de projet**

Le financement de projet est une technique contractuelle et de négociation pour le financement d'un projet. Le financement de projet se différencie du financement d'actif en ce sens que cette méthode se basera uniquement sur les revenus générés par le projet en lui-même, plus que sur le bilan actif/passif des actionnaires ou investisseurs du projet. Il n'existe pas de solution de financement de projet unique, mais plutôt une structure type qui est adaptée projet par projet pour répondre aux exigences particulières d'un projet. Toutefois, certaines caractéristiques déterminantes sont communes à la plupart des financements de projets.

Il existe un nombre limité d'institutions financières engagées dans le financement de projets sur le marché. Elles sont attirées par les marges et les frais plus élevés qui prévalent sur ces types d'opérations, afin d'atténuer les risques plus élevés qu'elles comportent.

### 3.3. Principales caractéristiques d'un financement de projet

#### a) La trésorerie occupe une place de choix

Les prêteurs examinent principalement les performances du projet et les flux de trésorerie qu'il génère pour s'assurer que la dette sera remboursée, plutôt que le bilan des actionnaires ou les actifs du projet. Ainsi, dans une transaction d'infrastructure, les prêteurs évalueront soigneusement si, oui ou non, les recettes générées par le projet (par exemple, un paiement pour mise à disposition par le gouvernement ou les péages perçus) seront suffisantes pour rembourser le financement fourni pour couvrir les coûts en capital de la réalisation du projet. Les prêteurs évalueront la capacité de la Société de Projet à rembourser la dette en ayant recours à un modèle financier préparé dès le début du projet et montrant tous les coûts (par exemple, les taxes, les intérêts, les coûts de construction et d'exploitation) et les recettes anticipées par rapport au projet. Cela aide également les parties à déterminer s'il existe quelque déficit de financement qui doit être comblé par le biais de produits d'atténuation des risques ou par le soutien du gouvernement ou des investisseurs dans le projet.

Cette structure est très différente d'un «bilan» classique ou d'un financement d'entreprise dans lequel un prêteur examine le bilan de l'emprunteur, de ses actionnaires et de son groupe au sens large. Les prêteurs ont l'assurance que ce type de financement sera remboursé en examinant les flux de trésorerie éprouvés et la base d'actifs établie du groupe de l'emprunteur, sur lesquels ils prennent un nantissement et des garanties de groupe pour le remboursement.

#### b) Hors bilan

L'emprunt pour le financement de projet est une dette de la Société de Projet et n'apparaîtra donc pas dans le bilan des investisseurs dans le projet. Le prêt «hors bilan» n'entre donc pas dans le champ d'application des restrictions d'emprunt imposées aux investisseurs dans le projet par leurs propres prêteurs, tels que le nantissement négatif et les exigences de ratios financiers, et n'affectera pas la cote de crédit de tout investisseur dans le projet.

En revanche, le financement d'entreprise est souvent accordé à une société mère, qui le rétrocède à ses filiales. Ce type de financement figurera «au bilan».

#### c) Entité ad hoc (soit la Société de Projet ou «SPV»)

Dans le cas d'un prêt aux entreprises, les prêteurs s'assurent de la solvabilité de l'emprunteur en examinant le bilan de l'emprunteur et de son groupe et prennent des nantissements et des garanties pour couvrir le montant total du prêt. L'emprunteur sera généralement une entité commerciale établie.

Dans le cadre d'un financement de projet, l'emprunteur est généralement une société créée spécialement aux fins du projet, qui n'a aucun actif en dehors du projet et aucune qualité de crédit. C'est la raison pour laquelle le modèle

financier mentionné ci-dessus est essentiel pour s'assurer que l'économie du projet s'accumule – que les recettes anticipées couvriront la dette.

#### **d) Emprunt sans recours/à recours limité**

Dans le cadre d'un financement de projet, les investisseurs dans le projet seront tenus d'apporter des fonds propres dans une proportion convenue avec les bailleurs de fonds (voir la section 5.3 ci-dessous). Dans de nombreux projets, c'est le seul soutien que les investisseurs fournissent. Les prêteurs sont tributaires des résultats du projet pour le remboursement de la dette, du nantissement accordé par la Société de Projet sur ses actifs et du nantissement sur les actions de la Société de Projet. Les investisseurs dans le projet ne fournissent aucune garantie de la dette ou aucun nantissement sur leurs propres actifs, si ce n'est sur les actions de la Société de Projet. La capacité des prêteurs à demander le remboursement de la dette est limitée à la Société de Projet elle-même.

Dans certaines transactions, les investisseurs dans le projet seront tenus de fournir un soutien financier supplémentaire, par exemple des garanties d'achèvement, mais cela dépend du projet spécifique et de la répartition des risques convenue par les parties.

#### **e) Répartition / Allocation des risques**

Les bailleurs de fonds qui se lancent dans le financement d'un projet voudront réduire au minimum les risques qu'ils courent par rapport au projet. Dans la pratique, il s'agit d'un exercice d'équilibre entre les intérêts de chacune des parties, qui nécessitera de longues négociations entre les parties.

Les risques associés à tout projet varient en fonction du cycle de vie du projet qui est subdivisé en deux étapes principales – la phase de construction et la phase d'exploitation. La règle générale dans les opérations de financement de projets est que la personne la mieux à même de gérer le risque l'assume ; par exemple, un gouvernement devrait être responsable des modifications apportées à la loi et l'entrepreneur en construction devrait assumer le risque de retards dans l'achèvement des travaux de construction.

#### **f) Taille**

La plupart des financements de projets ont trait à des projets de grande envergure nécessitant des capitaux importants pour leur réalisation. Le financement requis pour un projet d'infrastructure peut se chiffrer en milliards, ce qui nécessite une solution de financement multi-source et un très grand consortium de prêteurs.

#### **g) Contrôle**

Étant donné l'importance des flux de trésorerie du projet pour le remboursement de la dette, les prêteurs conservent un contrôle important sur les actifs de la Société de Projet et sur son mode de fonctionnement. Les prêteurs sont

particulièrement soucieux de veiller à ce que les flux de trésorerie ne servent qu'à couvrir certains coûts et à ce que les investisseurs dans le projet ne puissent retirer des fonds du projet, par exemple sous forme de distributions, que si le projet fonctionne bien et après que les remboursements de la dette prévus aient été effectués.

Par contre, dans le cas d'un financement d'entreprise, l'emprunteur et son groupe conservent la souplesse nécessaire pour gérer leurs activités et leurs flux de trésorerie conformément à la pratique d'exploitation normale.

#### **h) Remboursement de la dette et paiement des intérêts**

Dans le cas d'un financement d'entreprise, la Société de Projet est généralement tenue de payer des intérêts sur le prêt à des intervalles déterminés après le tirage. S'agissant d'un financement de projet, il est peu probable que l'emprunteur dispose de fonds pour payer les intérêts ou rembourser sa dette avant que le projet ne soit achevé et ne génère des flux de trésorerie. Pour cette raison, les prêts de financement de projets prévoient généralement que, bien que les intérêts soient payables pendant la phase de construction, ils seront «capitalisés» jusqu'après l'achèvement des travaux de construction, c'est-à-dire ajoutés au montant du tirage de fonds, jusqu'à ce qu'un flux de recettes soit disponible. Il est courant que le prêt soit d'un montant suffisant pour couvrir ces intérêts capitalisés.

Étant donné que le projet ne génère pas de flux de trésorerie qui pourraient être utilisés pour le remboursement jusqu'à après l'achèvement des travaux de construction, le remboursement du prêt est différé jusqu'à la phase d'exploitation.

#### **i) Coût**

Les opérations de financement de projets peuvent être très coûteuses. Le temps et la complexité liés à la finalisation de la documentation peuvent entraîner des coûts élevés et les prêteurs s'attendent à ce que des frais et des marges plus élevés permettent d'améliorer les risques inhérents aux opérations de financement de projet.

#### **j) Durée**

La construction d'un projet d'infrastructure est susceptible de prendre plusieurs années, avec une concession d'exploitation pouvant aller jusqu'à 25 ans.

Les bailleurs de fonds sont donc tenus de s'engager à fournir un financement à long terme dont le remboursement doit se faire par tranches sur une période similaire à celle de la concession. Les prêts aux entreprises auront des échéances plus courtes, généralement pas plus de 5 à 7 ans, et souvent bien plus courtes

La plupart des projets d'infrastructure sont très complexes en termes de financement et d'arrangements commerciaux. Le temps nécessaire pour convenir de la documentation relative à une opération de financement de projet et la finaliser peut-être très long, s'étalant sur un certain nombre d'années. Les prêts aux entreprises ont tendance à être moins complexes et peuvent être accordés rapidement, souvent en quelques semaines ou quelques mois.

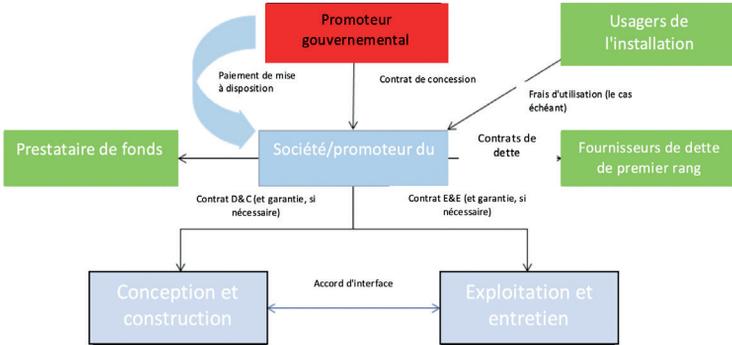
### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

#### **Principales caractéristiques d'un financement de projet**

- Les prêteurs fondent leur analyse de crédit du projet sur les flux de trésorerie du projet anticipés.
- L'emprunt pour le financement de projet est une dette qui appartient à la Société de Projet elle-même, elle ne figure pas dans le bilan des investisseurs dans le projet et n'a pas d'impact sur leurs propres accords d'emprunt respectifs.
- L'emprunteur est généralement une entité ad hoc, une société créée spécialement aux fins du projet.
- La capacité des prêteurs à demander le remboursement de la dette est limitée à la Société de Projet ; ils n'ont aucun recours contre les investisseurs dans le projet si ce n'est pour les fonds propres qu'ils ont accepté de fournir au projet. Les investisseurs dans le projet fourniront un nantissement sur leurs parts dans la Société de Projet, mais ils ne fournissent généralement aucune garantie sur la dette de la Société de Projet.
- Le risque doit être réparti entre les parties, ce qui peut souvent conduire à de longues négociations parce que les prêteurs veulent réduire au minimum leur exposition au risque. La règle générale dans les opérations de financement de projet est que la personne la mieux à même de gérer le risque l'assume.
- Les prêteurs veulent conserver le contrôle des actifs de la Société de Projet et de son exploitation parce que les recettes de trésorerie générées financent les remboursements de la dette de la Société de Projet. Il peut y avoir des restrictions quant à la façon dont le flux de trésorerie généré par la Société de Projet est dépensé et au moment où les investisseurs dans le projet peuvent obtenir des flux de trésorerie sous forme de retour sur leur investissement.
- Les intérêts sur les prêts de la Société de Projet sont généralement « capitalisés » (accumulés et payés après l'achèvement des travaux de construction) parce qu'il est peu probable que l'emprunteur dispose de fonds pour payer les intérêts sur les remboursements de sa dette pendant que le projet est en cours de construction. Le remboursement du prêt est généralement retardé jusqu'à ce que le projet soit opérationnel et génère de la liquidité pour financer le remboursement de la dette.
- La complexité des documents de financement de projets et le temps qu'il faut pour les négocier et les finaliser peuvent entraîner des coûts élevés ; les prêteurs attendent également des commissions et des marges élevées pour compenser les risques inhérents aux opérations de financement de projet.
- La réalisation d'un projet d'infrastructure et la génération d'un flux de trésorerie suffisant pour rembourser la dette pendant son exploitation peuvent prendre plusieurs années, de sorte que les prêteurs s'engagent à fournir un financement à long terme et à respecter un échéancier de remboursement.

### 3.4. Structure

Voir le diagramme ci-dessous, qui représente une structure type de financement de projet d'infrastructure sous forme de PPP. Veuillez-vous référer à la section 3.6 pour une description des principales parties prenantes et à la section 5.2 pour une description des principaux documents financiers.



### 3.5. Principales parties prenantes au projet de PPP

Les parties principales aux documents, autres que les parties financières, seront généralement appelées les «Parties importantes au projet» en raison de leur importance pour la transaction. Les cas de défaut ou l'insolvabilité de ces parties entraînera un défaut en vertu de l'accord de prêt.

#### a) Investisseurs dans le projet

Les investisseurs dans le projet sont les actionnaires ultimes de la Société de Projet. Ils investiront des fonds propres dans le projet.

Les investisseurs dans le projet peuvent être des tiers investisseurs qui n'ont pas d'autre participation au projet que l'apport de fonds propres ou peuvent en être les «promoteurs» détenant un intérêt dans les accords de construction et d'entretien par l'intermédiaire d'autres filiales d'exploitation leur appartenant ou dans tout accord d'achat ou d'approvisionnement.

Il importera que les prêteurs et le gouvernement s'assurent que les investisseurs disposent des compétences spécialisées nécessaires pour entreprendre le projet, en ce qui concerne la réalisation de projets de grande envergure, dans les délais et conformément aux budgets établis.

Étant donné l'expertise spécialisée des investisseurs dans le projet, les prêteurs et le gouvernement voudront également s'assurer que les investisseurs dans le projet continuent de participer au projet jusqu'à ce qu'il parvienne à un point où

il fonctionne conformément aux attentes prévues. Pour ce faire, les investisseurs dans le projet seront tenus de conserver leur participation tout au moins quelques années après l'achèvement des travaux de construction. Le contrat de concession et l'accord d'apport de fonds propres prévoiront le changement de contrôle de la Société de Projet.

Les investisseurs dans le projet peuvent détenir leur investissement dans la Société de Projet par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs société(s) holding. Celles-ci peuvent être interposées entre les investisseurs dans le projet et la Société de Projet pour un certain nombre de raisons, notamment la structuration fiscale. Il est courant d'inclure une société holding lorsque la latitude n'est pas donnée aux investisseurs dans le projet d'accorder des nantissements dans le cadre de leurs propres arrangements de financement d'entreprise, mais que les prêteurs de fonds au projet exigent que des nantissements soient accordés sur les actions dans la Société de Projet. Dans ce cas de figure, la société holding accordera le nantissement d'actions requis.

## **b) Gouvernement**

Le gouvernement sera tenu d'accorder une concession (qui est, en fait, une licence) à la Société de Projet pour réaliser le projet et en tirer un profit une fois celui-ci achevé, et ce, pendant une période déterminée par la suite.

Le projet peut nécessiter l'obtention de l'autorisation du gouvernement ou la promulgation d'une législation pour aller de l'avant. En outre, le gouvernement peut avoir besoin d'accorder des avantages fiscaux et des droits sur le site prévu du projet (qui peut devoir faire l'objet d'appropriation de tiers). Il peut également être tenu de fournir une certaine forme de soutien public au projet.

## **c) Société de Projet (la SPV) ou l'emprunteur**

Comme nous l'avons vu plus haut, la Société de Projet est généralement une entité ad hoc spécialement créée pour la construction et l'exploitation du projet. Il n'aura aucun actif en dehors du projet et n'aura pas d'antécédents établis en matière de négociation. La Société de Projet sera également l'emprunteur en vertu de l'accord de prêt.

La forme de la Société de Projet dépendra souvent du cadre juridique du pays hôte. Certaines juridictions peuvent prescrire les structures requises pour l'investissement étranger. Par exemple, il se peut qu'un certain pourcentage des fonds propres de la Société de Projet doive être détenu par des participants locaux, afin de satisfaire aux lois sur l'investissement étranger ou de permettre l'expatriation des bénéfices en devises fortes. Il se peut que la Société de Projet n'ait pas besoin d'être constituée dans le pays hôte et, si tel est le cas, les investisseurs dans le projet peuvent décider de constituer la Société de Projet dans une juridiction ayant une fiscalité favorable.

**d) Conseiller financier**

Si les investisseurs dans le projet désignent un conseiller financier, celui-ci fournira des conseils sur la bancabilité du projet et la structuration du financement. Il s'agit généralement d'une banque expérimentée en matière de financement de projets. Le conseiller financier préparera également le modèle financier utilisé pour évaluer la viabilité financière du projet et toute note d'information qui comprendra une description détaillée du projet à l'intention des bailleurs de fonds potentiels du projet.

**e) Entrepreneur en construction**

Comme indiqué plus haut, l'entrepreneur en construction sera souvent, mais pas systématiquement, une filiale d'un investisseur de projet. Il sera chargé de veiller à ce que la réalisation du projet soit achevée à temps et devra conclure un contrat de construction avec la Société de Projet.

**f) Exploitant**

Comme indiqué plus haut, l'exploitant sera souvent une filiale d'un investisseur de projet (mais pas dans tous les cas). Il sera chargé de l'exploitation et de l'entretien du projet pendant toute sa durée de vie. Il conclura un accord d'exploitation et d'entretien avec la société de projet.

**g) Fournisseurs**

Les fournisseurs importants peuvent être d'intérêt pour l'opération – ce qui est moins fréquent dans les projets d'infrastructure par rapport à d'autres secteurs, par exemple, dans le domaine des énergies renouvelables. Lorsqu'ils sont pertinents, comme c'est le cas des opérations municipales de production d'énergie à partir de déchets, l'essentiel est de s'assurer d'une source d'approvisionnement à long terme et certaine auprès d'un fournisseur fiable et digne de confiance, assorti d'un soutien financier en cas de manquement à assurer l'approvisionnement.

**h) Preneurs/acheteurs**

Dans de nombreuses transactions d'infrastructure de type PPP, le «preneur» sera le gouvernement qui assurera le paiement de disponibilité pour l'actif fini, par exemple un hôpital ou une école. Dans le cas de certaines transactions, par exemple les opérations municipales de production d'énergie à partir de déchets, l'identité du preneur sera importante, car il s'agit de la principale source de recettes du projet. L'essentiel est d'assurer un contrat d'achat à long terme et certain avec une entité solvable, assorti d'un soutien financier en cas de manquement à acheter l'électricité ou enlever le produit.

## Parties au financement

### i) Banque arrangeuse

Lorsqu'il y a un financement par prêt, l'arrangeur est le prêteur ou l'institution financière mandaté(e) par la société de projet pour arranger le financement. Il s'agira aussi généralement d'un prêteur. La Société de Projet fera intervenir les arrangeurs (l'on en compte plusieurs en général) avant les autres prêteurs pour structurer le financement d'une manière jugée suffisamment attrayante pour encourager d'autres prêteurs à participer (par exemple en termes de marge, de commissions d'engagement, d'échéance, de types de facilités). L'arrangeur prendra une part active à la négociation des documents de crédit et de nantissement. La Société de Projet versera aux arrangeurs une commission d'arrangement pour leurs services.

### j) Prêteurs

La plupart des financements de projets sont si importants qu'ils devront être syndiqués. Cela signifie que la dette sera partagée par un certain nombre de prêteurs. L'arrangeur contactera d'autres prêteurs pour participer au financement. L'identité des prêteurs dépendra d'un certain nombre de facteurs :

- (i). Une banque souhaite-t-elle effectuer des opérations dans ce secteur ou sur ce territoire ?
- (ii). Une banque a-t-elle une relation avec les investisseurs dans le projet qui l'encourageraient à octroyer un prêt ?
- (iii). La loi du pays hôte limite-t-elle les personnes et entités qui peuvent octroyer un prêt, par exemple, les banques locales sont-elles tenues d'octroyer des prêts ou de détenir les avoirs en titres ?
- (iv). Des agences de crédit à l'exportation ou des banques multilatérales de développement/institutions financières internationales seront-ils/elles impliqué(e)s ?

Les prêteurs impliqués dans les transactions de financement de projets sont généralement très expérimentés sur le marché. Les prêts de financement de projets sont très différents des prêts aux entreprises, comme nous l'avons vu plus haut, présentant un profil de risque totalement différent et offrant la possibilité de percevoir des commissions importantes. Certaines banques n'éprouvent pas d'intérêt pour ce type de risque à long terme.

### k) Banques multilatérales de développement et institutions de financement du développement

Comme indiqué précédemment, ces organisations internationales aident les gouvernements à élaborer des projets en atténuant les risques tels que la couverture des risques politiques (la MIGA et la couverture de risque politique

par exemple) ou par d'autres moyens (les prêts directs et/ou la fourniture de fonds pour le soutien gouvernemental). On compte parmi elles la Banque mondiale, la Banque africaine de développement ou encore la Banque européenne de reconstruction et de développement.

Ces organisations régionales ou multilatérales soutenues par les pays développés ont pour mandat de fournir un financement aux acteurs du secteur privé à l'effet de promouvoir la croissance économique et de soutenir le développement social.

### **l) Les agences de crédit à l'exportation**

Les agences de crédit à l'exportation sont des institutions (souvent publiques ou parapubliques) qui fournissent un soutien bénéficiant de l'appui du gouvernement (prêts, garanties et assurances) pour encourager l'exportation de marchandises à partir de leur pays d'origine. Par exemple, la Banque japonaise pour la coopération internationale peut octroyer un prêt à un projet de PPP pour fournir des trains construits par le Japon.

Leur assistance prend la forme de garanties de prêts à accorder à l'exportateur ou à l'acheteur de produits, de couvertures d'assurance pour les projets (risques politiques, risques commerciaux ou les deux) ou, dans certains cas, de prêts directs à un projet.

### **m) Agent**

L'agent sera généralement l'un des prêteurs. À ce titre, il joue un rôle principalement administratif. La coordination des tirages, des communications entre les parties, la signification des avis, la convocation des réunions et la diffusion de l'information lui incombent.

Ce n'est pas le rôle de l'agent de surveiller les performances du projet. Chaque prêteur devra lui-même s'en charger.

La Société de Projet verse à l'agent une commission annuelle. Compte tenu de l'importance du flux d'informations concernant une opération de financement de projet, les commissions seront plus élevées que celles versées pour une opération de financement d'entreprise classique.

### **n) Agent des sûretés**

Le nantissement accordé au titre du projet sera généralement accordé en faveur d'un agent ou d'un fiduciaire, qui détient le nantissement au nom de tous les bailleurs de fonds de temps à autre. L'utilisation de cette structure signifie que les changements apportés au groupe de prêteurs (par exemple, les transferts par un prêteur à un nouveau prêteur) n'entraîneront pas la libération du nantissement ou ne nécessiteront pas l'apport d'un nouveau nantissement.

Le fiduciaire ou l'agent des sûretés est souvent l'un des prêteurs, mais il peut aussi être une société de fiducie indépendante. La question de savoir si le projet dispose d'un agent des sûretés ou d'un fiduciaire dépendra de la question de savoir si le pays concerné reconnaît ou non le concept de «fiducie» plus communément connu sous le terme de trust en droit anglais (en règle générale, les juridictions régies par la Common law le reconnaissent mais pas celles régies par le droit civil).

### **Autres parties au projet**

#### **o) Experts et conseillers techniques**

Des experts techniques seront engagés par les prêteurs pour examiner tous les aspects essentiels du projet. Ils entreprendront une étude de faisabilité technique, qui analysera la technologie sous-tendant le projet. Les prêteurs se montrent extrêmement prudents à octroyer des prêts face à des technologies non éprouvées. Ils veilleront également à ce que l'infrastructure locale soit en mesure de soutenir le projet.

Le conseiller technique des prêteurs fournira des avis sur tous les aspects de la réalisation du projet, confirmant si les jalons sont respectés et si le projet est en cours de réalisation conformément aux paramètres convenus. Ils fourniront généralement un rapport technique aux bailleurs de fonds avant que tout fonds ne soit prêté, puis feront rapport mensuellement durant la phase de construction. D'autres conseillers peuvent être requis selon le projet, par exemple, les consultants en environnement devront faire rapport sur l'impact environnemental du projet.

#### **p) Conseillers juridiques**

Les avocats sont, dès le début, étroitement impliqués dans le financement de tout projet. Leurs conseils sont sollicités quant à la structure de la transaction pour donner des directives et des avis aux conseillers juridiques locaux et pour rédiger, examiner et négocier la kyrielle de documents qui seront nécessaires. Toutes les parties auront leurs propres conseillers juridiques.

#### **q) Assureurs**

Il est essentiel que des assurances soient engagées pour couvrir certains risques liés au projet. Il s'agira notamment de dommages matériels au projet, de retards dans le démarrage des opérations et de pertes d'exploitation. Les conseillers en assurance fourniront des avis tant à la Société de Projet qu'aux prêteurs en ce qui concerne le type d'assurances nécessaires et disponibles par rapport au projet. Les prêteurs seront co-assurés afin qu'ils puissent être indemnisés sur les produits de l'assurance en cas de survenance d'un des risques assurés, par exemple, si le projet subit un dommage ou si les travaux de construction accusent du retard.

## **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

### **Principales parties**

Une transaction de financement de projet implique de nombreuses parties – les principales parties au projet et les parties au financement, ainsi que les experts, les conseillers et les assureurs qui ont tous un rôle important à jouer.

### **3.6. Inconvénients du recours aux financements de projets dans les opérations d'infrastructure de type PPP**

L'utilisation du financement de projets a ses inconvénients pour les différentes parties :

#### **a) Investisseurs / Société de Projet (ou «SPV»)**

Les opérations de PPP et de financement de projet consistent à répartir les risques, l'objectif étant que la Société de Projet transfère la plupart des risques à d'autres parties au projet. Toutefois, les investisseurs et/ou la Société de Projet peuvent toujours être tenus de partager certains risques s'ils n'ont pas été répartis ailleurs. Par exemple, les investisseurs dans le projet peuvent être tenus de fournir une garantie d'achèvement pour atténuer les risques liés à l'utilisation de technologies non éprouvées.

Le financement des projets est coûteux. Par exemple, les coûts de financement sont plus élevés que ceux du financement d'entreprise classique et des commissions sont payables aux bailleurs de fonds et à leurs conseillers. Les coûts peuvent monter en flèche, par exemple, les coûts des soumissions et les coûts des conseillers juridiques. La Société de Projet sera tenue de régler tous les coûts encourus par le prêteur.

L'une des caractéristiques du financement de projet mentionnées ci-dessus tient au degré de contrôle que les bailleurs de fonds exercent sur la Société de Projet et ses actifs. Les prêteurs y parviennent dans les documents financiers en incluant de nombreux engagements et déclarations diverses (souvent une «matrice de contrôle» complexe sera incluse, laquelle régit le degré de pouvoir discrétionnaire que la Société de Projet est à même d'exercer en ce qui concerne la prise de décision concernant le projet). Il est donc extrêmement difficile pour la Société de Projet de gérer le projet à ses propres conditions. Toutes les décisions, sauf les plus simples, nécessiteront la participation des bailleurs de fonds, facteur qui ajoute un certain temps et un certain niveau de coûts à la gestion du projet, ce qui n'est pas le cas avec les méthodes de financement plus classiques.

## b) Bailleurs de fonds

Les bailleurs de fonds sont désavantagés en termes d'informations. Bien qu'ils s'efforcent d'exercer un degré élevé de contrôle sur les actifs et la Société de Projet par le biais des dispositions des documents financiers, ils sont tributaires du respect de ces dispositions par la Société de Projet et de la fourniture d'informations régulières et détaillées par celles-ci.

Les prêteurs entendent exercer un contrôle, mais ce contrôle entraîne ses propres problèmes :

(i) Les prêteurs ont-ils la capacité et l'aptitude de répondre à des demandes fréquentes de consentement ou d'instructions de la Société de Projet sur des questions potentiellement techniques concernant le projet ? Ce facteur peut être atténué par l'emploi du conseiller technique du prêteur pour apporter une assistance sur les questions techniques et, peut-être, par la reconnaissance du fait qu'une ou deux banques de financement de projets expérimentées joueront un rôle de premier plan dans l'évaluation des informations fournies par l'emprunteur ;

(ii) Existe-t-il un risque que les prêteurs soient tenus responsables des réclamations relatives au projet, par exemple en cas de dommages environnementaux, ou qu'ils soient considérés comme des « administrateurs fictifs » assumant la responsabilité des actions de la Société de Projet ? Ce facteur peut être atténué dans une certaine mesure lors de la rédaction des documents financiers, avec des indemnités fournies par la Société de Projet aux bailleurs de fonds pour toute réclamation à leur encontre et une discipline extrêmement rigoureuse observée par les prêteurs dans leur contrôle sur la Société de Projet, particulièrement lorsque le projet est en difficulté.

Ces types de projets présentent un risque élevé pour les prêteurs, bien qu'ils soient gérés par une répartition et une atténuation appropriées des risques. D'importantes sommes d'argent sont prêtées sur la base des résultats escomptés du projet sur une très longue échéance. Même avec l'atténuation et la répartition des risques, un changement imprévu dans l'économie du projet est possible, ce qui pourrait entraîner le non-paiement de la dette.

Bien que les prêteurs aient pris un nantissement considérable sur les actifs du projet, il est extrêmement difficile de réaliser une vente valable dans le cadre de l'application des sûretés, afin de rembourser la dette.

### c) Gouvernement

Le gouvernement s'attendra à ne traiter qu'avec la Société de Projet, mais il devra intégrer la participation des prêteurs dans les délais d'intervention de la Société de Projet. La Société de Projet devra probablement rechercher le consentement ou les instructions des prêteurs pour la plupart des décisions prises dans le cadre du contrat de concession. Cela peut signifier que les changements mettent plus de temps que prévu.

Le gouvernement peut subir des pressions de la part des institutions de financement, en particulier les banques commerciales internationales et les banques multilatérales de développement, pour agir d'une certaine manière à l'égard du projet. Il devra tenir compte de la réaction de ces entités dans ses relations avec le projet, en particulier lorsque celui-ci connaît des périodes de difficulté.

Il est probable que le gouvernement soit tenu de fournir une certaine forme de soutien public au projet, par exemple un soutien direct sous forme de dons ou de subventions ou de changements dans le traitement fiscal de la Société de Projet.

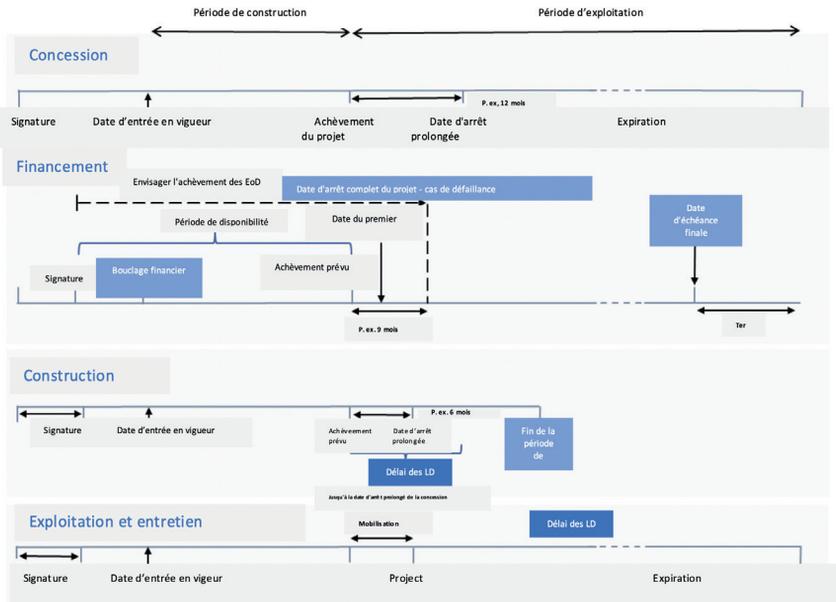
#### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

##### **Inconvénients du recours au financement de projets dans le cadre d'opérations d'infrastructures de type PPP**

Malgré les avantages du financement de projets dans le cadre d'opérations d'infrastructure de type PPP, il existe divers inconvénients pour les parties, notamment le niveau élevé de contrôle exercé par les prêteurs, le temps et les coûts liés aux opérations ainsi que la nécessité pour certaines parties de conserver certains risques. Pour toutes les parties, le temps et la complexité qu'implique le financement du projet peuvent le retarder considérablement.

### **3.7. Calendrier de financement d'un projet d'infrastructure de type PPP**

L'image ci-dessous présente une version simplifiée des différents calendriers des composantes qui seront réalisées dans le cadre d'un financement de projet.



## Conclusion :

Les principaux points sont les suivants :

1. La concession sera négociée parfois pendant plusieurs années et peut même être signée avant que le financement ne soit arrangé. Les investisseurs dans le projet et la contrepartie gouvernementale doivent tenir compte des exigences des bailleurs de fonds lorsqu'ils montent le dossier de concession.
2. Les dates d'entrée en vigueur des différents contrats devraient idéalement s'aligner, bien que dans certains projets, des travaux préliminaires puissent faire l'objet de passage de contrat et être exécutés avant même la conclusion du financement.
3. Bien que le contrat d'exploitation et d'entretien n'entrera en vigueur qu'à la fin de la période de construction, il devra être signé en même temps que les autres documents du projet, afin de s'assurer que l'exploitant est bien préparé et que les risques pertinents lui sont dûment transférés.

4. Le bouclage financier est la date à laquelle toutes les conditions des prêteurs pour le financement ont été remplies – il s'agit notamment de tous les consentements, toutes autorisations institutionnelles et autres à mettre en place, tous les documents pertinents qui devront avoir été conclus, tous les avis juridiques fournis, la faisabilité, la due diligence et les études environnementales qui devront avoir été effectuées, ainsi que les rapports des experts pertinents fournis, etc. Une fois ces conditions remplies, les prêteurs seront prêts à procéder au financement de l'opération.

5. Le financement sera conforme à un calendrier de construction convenu, les paiements étant généralement effectués mensuellement à l'aune des factures des travaux de construction. Le conseiller technique des prêteurs signera l'état d'avancement des travaux avant que le paiement ne soit effectué par les prêteurs. Ces derniers effectueront les paiements au cours de la période de disponibilité – généralement la période allant du bouclage financier à l'achèvement prévu des travaux de construction. Les prêteurs voudront peut-être inclure un « test prospectif » comme condition pour les tirages – si le conseiller technique certifie que le projet ne sera probablement pas terminé à la date d'échéance, il s'agira alors d'un défaut en vertu de l'accord de prêt. Ils ne voudront pas gaspiller les ressources financières. Ce type de test est également lié à un test de « déficit de financement » – qui examine s'il y a des fonds suffisants pour achever la construction – si tel n'est pas le cas (peut-être en raison de retards), les prêteurs voudront peut-être arrêter le prêt (mettre un terme aux décaissements) ou évoquer un défaut (à moins que l'on puisse trouver un financement supplémentaire).

6. Au début de la construction, les différents documents indiqueront la date d'achèvement prévue. Il est bien connu que les projets de construction se déroulent rarement à temps, de sorte qu'une certaine souplesse est prévue dans les documents pour tenir compte des retards. Toutefois, les documents prévoient une date d'échéance ultime, date à laquelle les travaux de construction devront être terminés. Cette date d'échéance sera différente pour chaque document. La première date d'échéance sera fixée dans le contrat de construction, par exemple six (6) mois après la date d'achèvement prévue, puis dans le contrat de prêt, puis environ neuf (9) mois après la date d'achèvement prévue, et enfin dans le contrat de concession, environ 12 mois après la date d'achèvement prévue. Cela donne à la Société de Projet le temps de résoudre les problèmes avant qu'ils ne deviennent un cas de défaut en vertu de l'accord de prêt, puis au prêteur le temps de résoudre les problèmes.

7. Les obligations de l'exploitant surviendront juste avant la date d'achèvement prévue, avec une période de mobilisation pour se rendre sur le site et se préparer à l'achèvement lorsque le projet sera effectivement remis à l'exploitant pour en assurer l'exploitation. Il y aura une période de garantie par l'entrepreneur en construction pendant laquelle il sera tenu de revenir corriger tout vice de construction, après quoi le contrat de construction prendra fin. Un accord

d'interface détaillé est généralement conclu entre l'entrepreneur en construction et l'exploitant, par rapport à cette période et pour résoudre tout problème entre eux, par exemple, qui est responsable d'un problème et comment il sera traité.

**8.** L'accord d'exploitation et d'entretien reste généralement en vigueur jusqu'à l'expiration du contrat de concession. L'accord de prêt prendra toutefois fin quelques années avant cette date, afin de garantir le remboursement du prêt alors que le projet est encore en exploitation, et que les prêteurs se retirent avant que les obligations de rétrocession ne prennent effet (les obligations relatives aux conditions des actifs du projet lorsqu'ils seront transférés à l'État au terme de la concession).





CHAPITRE 4

# **DOCUMENTATION DE LA TRANSACTION : ANATOMIE D'UN CONTRAT DE CONCESSION DE TYPE PPP ET PRINCIPAUX PROBLÈMES LIÉS À LA RÉPARTITION DES RISQUES**

- 1. PORTÉE ET DURÉE D'UN CONTRAT DE CONCESSION DE TYPE PPP**
- 2. OBLIGATIONS PENDANT LA PÉRIODE DE CONSTRUCTION**
- 3. OBLIGATIONS PENDANT LA PÉRIODE D'EXPLOITATION**
- 4. RÉGIMES DE PAIEMENT**
- 5. DROITS DES PARTIES CONTRACTANTES**
- 6. ÉVÉNEMENTS POSTÉRIEURS**
- 7. RÉSILIATION ET DÉDOMMAGEMENT**
- 8. RESPONSABILITÉS ET ASSURANCES**
- 9. RÉOLUTION DES LITIGES**
- 10. CONTRÔLES EXERCÉS PAR L'ÉTAT**
- 11. OBLIGATIONS DE SOUTIEN DU GOUVERNEMENT**
- 12. MODALITÉS ET CONDITIONS SUPPLÉMENTAIRES**

## CHAPITRE 4 : DOCUMENTATION DE LA TRANSACTION : ANATOMIE D'UN CONTRAT DE CONCESSION DE TYPE PPP ET PRINCIPAUX PROBLÈMES LIÉS À LA RÉPARTITION DES RISQUES

La documentation d'une transaction de projet PPP est fort complexe. En effet, il est nécessaire d'examiner d'abord l'anatomie d'un contrat de concession, certaines des dispositions clés que renferment l'accord et les questions qui s'y rapportent.

Dans ce module, nous examinerons plus en détail les principales dispositions que l'on trouve en général dans un contrat de concession de type PPP, à la lumière des rubriques ci-après :

- (a) la portée et la durée d'un contrat de concession de type PPP ;
- (b) les obligations pendant la période de construction ;
- (c) les obligations pendant la période d'exploitation ;
- (d) les régimes de paiement ;
- (e) les droits des parties contractantes ;
- (f) les événements postérieurs ;
- (g) la résiliation et le dédommagement ;
- (h) la responsabilité et l'assurance ;
- (i) la résolution des litiges ;
- (j) les contrôles exercés par l'État ;
- (k) les obligations de soutien du gouvernement ; et
- (l) les modalités et conditions générales supplémentaires.

Les objectifs d'apprentissage clefs de ce module sont les suivants :

- a) Comprendre comment documenter un projet de PPP via une convention de concession ;
- b) Être en mesure d'identifier les dispositions fondamentales dans une convention de concession classique telles que les clauses portant sur les régimes de paiement, l'allocation des risques, le pouvoir de contrôle gouvernemental et les obligations et responsabilités de l'une et l'autre partie au contrat ;
- c) Appréhender le pouvoir commercial et de négociation de chacune des parties dans la rédaction de ces clauses fondamentales précitées.

## 4.1. Portée et durée d'un contrat de concession de type PPP

### (a) Portée

Dans de nombreux cas, la portée du projet sera claire tant en termes géographiques (indiqués dans un plan de site) qu'en termes d'obligations (en termes de travaux à réaliser et de services à fournir sur les installations achevées).

Dans certains cas, cependant, la portée géographique et la portée des services peuvent différer tout au long du projet. Un exemple courant à cet égard est celui où le contrat oblige le concessionnaire à effectuer des travaux hors site (par exemple, l'amélioration des routes locales pour faciliter l'accroissement du trafic induit par le projet), mais où ces travaux ne doivent pas être entretenus sur le long terme, mais remis aux autorités municipales.

Dans certains projets, il est possible d'étendre la portée du projet. Un exemple courant serait un projet d'aéroport impliquant la construction d'un nouveau terminal pour passagers. À mesure que le nombre de passagers augmente, le contrat peut nécessiter la construction d'un deuxième terminal pour gérer le flux de passagers.

Les réductions de portée sont moins fréquentes, mais on les observe parfois. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un gouvernement souhaite avoir la possibilité de reprendre une partie de la prestation de services en interne. Cette situation s'est produite dans le cadre d'un récent projet de tramway où le gouvernement souhaitait avoir la souplesse nécessaire pour intégrer l'exploitation du tramway à ses activités plus larges d'exploitation d'autobus.

### (b) Entrée en vigueur

Étant donné que la plupart des projets de PPP sont tributaires du financement privé, l'entrée en vigueur du contrat de concession et les obligations qui en découlent sont généralement soumises à une série de conditions suspensives (CS), qui comprendront généralement la réalisation de toutes les conditions d'entrée en vigueur des documents de financement, sauf pour l'entrée en vigueur du contrat de concession lui-même.

Les conditions suspensives peuvent être subdivisées en responsabilités ; celles du concessionnaire, celles du gouvernement et celles de la responsabilité conjointe. Dans certains cas, le concessionnaire peut se voir imposer une pénalité s'il n'est pas en mesure d'honorer les conditions suspensives qui lui incombent avant une certaine date d'échéance ; par exemple, la garantie de soumission du concessionnaire peut être confisquée pour indemniser le gouvernement au titre des coûts du processus d'appel d'offres inabouti. Parfois, il peut y avoir une pénalité dans l'autre sens – le gouvernement peut être obligé de verser un dédommagement au concessionnaire pour certaines de ses dépenses de soumission inutiles, mais cette mesure n'est pas universelle.

### (c) **Durée**

La durée type d'un contrat de PPP est de 25 à 30 ans, car il s'agit généralement d'une période optimale pour amortir le coût en capital du projet et réaliser des efficacités de cycle de vie entre la phase de construction et la phase d'exploitation, en présupposant que les taux de prêt sont suffisamment bas et que ce financement à long terme est possible. Dans un contexte de marché émergent, ces circonstances peuvent ne pas exister et certains projets sont structurés sur une période plus courte. Inversement, certains projets peuvent être structurés sur des périodes plus longues (comme des concessions d'une durée de 50 ans), mais ce scénario est moins fréquent. Dans certaines juridictions africaines, les lois et règlements qui régissent les projets de PPP définissent la durée requise/maximale d'un contrat de PPP. Les gouvernements devraient faire preuve de prudence avant d'immobiliser leurs actifs sur une trop longue période, car cela pourrait nuire à leur capacité d'apporter des changements légitimes à leur base d'infrastructure en fonction de l'évolution des politiques ou de la démographie. Par exemple, à Lagos au Nigéria, le gouvernement fédéral avait octroyé une concession pour un terminal d'aéroport national, avec une exclusivité sur le trafic aérien intérieur depuis plus de 30 ans. Cette exclusivité existante rendrait difficile l'élaboration d'une analyse de rentabilisation pour un deuxième aéroport international dans la ville.

Quand commence la durée du projet ? La plupart des projets fonctionnent sur la base du principe que la durée du projet inclut la période des travaux de construction. Si le projet accuse du retard, ce retard rognera sur la période d'exploitation présumée, ce qui constitue un puissant incitatif pour garantir l'achèvement du projet dans les délais. Dans certains cas, cependant, la date d'expiration n'est mesurée qu'à partir de l'achèvement des travaux de construction (parfois appelée date d'entrée en exploitation commerciale – DEC). Dans ce cas, un retard dans la construction n'entraîne pas de réduction de la période d'exploitation, mais le concessionnaire devra quand même payer les intérêts supplémentaires sur sa dette jusqu'au début de l'exploitation.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Portée et durée d'un contrat de concession en PPP

- La portée d'un projet en termes de situation géographique, de travaux à réaliser et de services à fournir est généralement très claire. Des extensions de la portée peuvent survenir pendant toute la durée du projet, par exemple si l'entrepreneur doit exécuter des travaux hors site au bénéfice du projet ou si une demande accrue justifie une extension.
- Le contrat de concession ne prendra effet que lorsque les conditions suspensives seront satisfaites. Lesdites conditions peuvent être subdivisées en responsabilités : celles du concessionnaire, celles du gouvernement et celles relevant de la responsabilité conjointe. Des pénalités peuvent être appliquées si la partie responsable concernée ne satisfait pas aux conditions suspensives dans le délai imparti.
- Un projet de PPP type a généralement une durée très longue pour permettre d'amortir les coûts en capital du projet. Les projets peuvent être structurés sur une période plus ou moins longue selon la juridiction du projet et les conditions du marché. La « durée du projet » comprend souvent la période de construction. Les retards dans la construction ont en conséquence un impact sur la période d'exploitation, ce qui incite généralement à l'achèvement du projet dans les délais.

## 4.2. Obligations pendant la période de construction

### a) Risques liés à la construction et à la conception

Le principe général des projets de PPP tient au fait que le concessionnaire conçoit et réalise l'actif à ses propres frais (en recourant à un financement externe) pour respecter un cahier de charges convenu. Une fois l'infrastructure achevée, la période d'exploitation démarrera et les recettes du projet commenceront à provenir des paiements des usagers ou du paiement d'une commission de mise à disposition par le gouvernement.

À l'évidence, la qualité du produit final revêt un intérêt pour le gouvernement. On peut donc s'attendre à ce qu'un contrat de concession contienne des dispositions similaires à celles d'un contrat de construction standard, mais celles-ci sont souvent moins étendues dans un contrat de PPP, pour les raisons exposées ci-dessous.

### b) Régime de paiement pendant la construction

Premièrement, un contrat de PPP n'a généralement pas le même type de régime de paiement pendant la période de construction qu'un contrat de construction. Dans la mesure où l'on attend du concessionnaire qu'il mobilise des fonds

privés, l'évaluation et la certification des paiements pour les travaux achevés doivent faire l'objet d'un accord entre le concessionnaire, l'entrepreneur EPC et les prêteurs.

Certains projets nécessitent une contribution en capital de la part du gouvernement (par exemple, pour combler un manque de viabilité qui ne peut être assuré par un financement privé). Mais, dans ce cas, les paiements du gouvernement sont souvent différés à la fin de la période de construction. Dans la mesure où le gouvernement est tenu de faire des apports directs en capital pendant la phase de construction, cela accroît le risque d'exposition du gouvernement en cas de résiliation si le paiement est effectué avant que les actifs ne soient entièrement développés et si la valeur totale ne se matérialise pas. Cela dit, les prêteurs et leurs conseillers techniques peuvent considérer qu'ils prennent un plus grand risque à cet égard et examineront donc les travaux avec plus d'attention. Si c'est le cas, le gouvernement peut se fier à l'examen minutieux de ce processus de certification plutôt que d'ajouter un deuxième niveau d'examen et de certification à ses propres frais.

### **c) Vices**

De même, un contrat de construction type contiendra des garanties de conception et de construction étendues que peut appliquer l'employeur. Dans le cadre d'un PPP, la garantie de qualité de la construction donnée par le gouvernement est généralement couverte par les mécanismes du régime de paiement pendant l'exploitation (à savoir que des déductions peuvent être faites dans la mesure où la qualité du projet se situe à tout moment en-deçà des normes spécifiées). En conséquence, des dispositions détaillées en matière de responsabilité en cas de défaut ne peuvent être nécessaires que lorsqu'une partie des travaux de construction est confiée à des parties extérieures à la concession (par exemple, des travaux d'amélioration du trafic sur des terrains voisins).

### **(d) Dommages-intérêts pour retard/dommages-intérêts liés à la performance**

Le même raisonnement peut s'appliquer aux dommages-intérêts pour retard et aux domaines-intérêts liés à la performance. Si le projet accuse du retard ou ne donne pas les résultats escomptés, le flux de recettes du concessionnaire sera fortement retardé et, dans le cas d'un projet fondé sur la disponibilité, le gouvernement ne sera pas tenu d'effectuer des paiements de disponibilité. Cela peut être perçu comme étant l'offre d'une motivation appropriée pour inciter le concessionnaire à livrer le projet dans les délais.

Cela dit, dans le cas de certains projets, il peut être justifié d'avoir des dommages-intérêts pour retard en faveur du gouvernement. Cela peut s'avérer nécessaire, par exemple, dans le cas d'un projet aéroportuaire où les opérations sont déjà

transférées le premier jour et où le gouvernement doit avoir une incitation appropriée pour permettre l'achèvement du projet en temps voulu, ou dans le cas d'un projet générateur de recettes où le gouvernement avait prévu au budget un pourcentage des péages ou des tarifs à lui reverser en guise de redevances.

#### **(e) Processus d'examen de la conception**

Comme les contrats de PPP fonctionnent généralement sur la base d'une spécification des résultats à réaliser plutôt que sur la base d'une spécification des intrants fournis par le gouvernement, la conception définitive peut ne pas être disponible à la signature du contrat et devra être élaborée en détail pendant la période de construction, au fil de l'évolution des travaux. Le gouvernement aura donc tout intérêt à voir comment la conception finale du concessionnaire est élaborée pour s'assurer qu'elle répond à ses attentes quant à ce que la spécification des résultats vise à réaliser. C'est particulièrement le cas pour les projets où la fonctionnalité du bien est essentielle pour les usagers gouvernementaux. Les professionnels de la santé, par exemple, auront grand intérêt à voir comment leurs salles d'opération sont aménagées. Dans un projet techniquement complexe, la partie gouvernementale peut vouloir examiner attentivement les aspects techniques du projet avant que le concessionnaire n'aille trop loin dans le processus de conception.

#### **(f) Processus de certification**

Compte tenu des risques encourus par le concessionnaire et ses prêteurs, ainsi que de l'importance de la date d'achèvement pour que commence à se matérialiser le flux de recettes, il serait très inhabituel de voir un projet de PPP qui ne prévoit pas la certification par un tiers neutre. «L'ingénieur indépendant» ou le «certificateur indépendant» serait normalement nommé conjointement par le gouvernement et le concessionnaire, et aurait un devoir de diligence à l'égard de toutes les parties. La raison en est qu'en l'absence d'un tiers certificateur, un différend pourrait surgir entre le gouvernement et le concessionnaire sur la question de l'effectivité de l'achèvement, le concessionnaire serait probablement insolvable avant que le tribunal ne rende une décision, et même une décision favorable serait trop tard à ce stade.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Obligations pendant la période de construction

- Il incombe au concessionnaire de concevoir et de réaliser l'actif à ses propres frais. Il doit donc veiller à respecter le cahier de charges des résultats, prévu dans le contrat de concession. Si le concessionnaire a besoin de lever des fonds privés pendant cette période de construction, l'évaluation et la certification des paiements pour les travaux achevés doivent être convenues entre le concessionnaire, l'entrepreneur EPC et les prêteurs. Les contributions en capital du gouvernement sont généralement versées à la fin de la période de construction, afin de réduire le risque que le projet prenne fin avant que l'actif n'atteigne sa pleine valeur et son exploitation et que le gouvernement subisse une perte.
- En termes de défaut, la garantie de qualité de la construction donnée par le gouvernement est généralement couverte par les mécanismes du régime de paiement pendant la phase d'exploitation du projet – des déductions seront opérées si la qualité du projet se situe en-deçà d'une norme spécifiée.
- De même, si un projet est retardé ou ne donne pas les résultats escomptés, cela aura une incidence sur les recettes du concessionnaire, qui seront retardées ou réduites s'il s'agit d'un projet basé sur la disponibilité.
- La conception finale d'un projet n'est généralement pas disponible au moment de la signature des contrats, de sorte que le gouvernement examinera en permanence l'évolution de la conception par le concessionnaire pour s'assurer qu'elle respectera la spécification des résultats à atteindre convenue dans le contrat de concession.
- Après la réalisation du projet et l'échéance pour le début de matérialisation du flux de recettes, une tierce partie indépendante entreprend généralement un processus de certification qui est neutre et a une obligation de diligence à l'égard des deux parties pour déterminer si le projet a été achevé.

### 4.3. Obligations pendant la période d'exploitation

La période d'exploitation ne commence généralement qu'après la certification et la confirmation que le projet répond aux exigences de construction énoncées au contrat. Comme indiqué précédemment, la portée opérationnelle des services peut être différente de la portée des travaux.

### **a) Nature du service**

Dans de nombreux contrats de PPP, les services sont mesurés par rapport à la spécification des résultats (extrants) plutôt que par rapport à une spécification des intrants. La spécification des extrants décrit les résultats (objectifs finaux) que le gouvernement souhaite réaliser (par exemple, une installation disposant d'un certain nombre de pièces disponibles répondant à des caractéristiques environnementales convenues et dotée d'équipements appropriés pour remplir certaines fonctions opérationnelles), tandis qu'une spécification des intrants préciserait, elle, en détail les services que le concessionnaire devrait fournir (par exemple, un service quotidien de nettoyage ou de sécurité pendant un certain nombre d'heures). La spécification des résultats donne plus de souplesse au secteur privé pour lui permettre de proposer différentes solutions, afin d'atteindre les objectifs finaux visés par le gouvernement.

Les conséquences de l'inexécution sont examinées à la section 4.4 ci-après intitulée « Régimes de paiement ».

### **b) Interface avec les usagers**

Si les agents de l'État sont les principaux utilisateurs de l'établissement (par exemple, le personnel médical d'un hôpital, les employés du gouvernement dans le cadre d'un contrat de logement public, etc.), alors le cahier de charges des services devra intégrer des dispositions traitant de la réactivité aux demandes de services. De nombreux projets de ce type utilisent un système de «service d'assistance» qui enregistre les appels et exige que le concessionnaire y réponde dans un certain délai afin d'éviter des pénalités de performance.

Lorsque les usagers comprennent des membres du public échappant au contrôle direct du gouvernement, tels que des patients dans un hôpital, des élèves dans une école ou des passagers dans un réseau de métro, la position peut être équilibrée plus finement. En cas de dommages, par exemple, il peut être raisonnable pour le concessionnaire d'avoir recours à l'assurance pour gérer cette situation. Si des dommages persistants constituent un risque (par exemple, le vandalisme ou les graffitis lorsque les installations sont, de par leur nature, ouvertes aux contrevenants), alors il peut s'agir d'un risque partagé s'il est impossible à prévoir et à gérer financièrement par le biais de solutions de conception novatrices (comme les trains à l'épreuve du vandalisme).

### **c) Transfert d'employés**

Certains projets nécessiteront le transfert d'employés existants. Dans certains pays, il existe des lois obligatoires sur la protection de l'emploi lorsqu'une «entreprise» est transférée d'une entité à une autre. Même si de telles règles n'existent pas, le gouvernement pourrait aussi vouloir s'assurer – aux fins de la responsabilité publique – que les employés mutés sont traités convenablement lorsqu'ils sont mutés au secteur privé et ne voient pas leurs prestations offertes par le secteur public réduites (les prestations de retraite du secteur public constituant

un exemple courant). Inversement, le gouvernement voudra peut-être veiller à ce qu'il n'y ait pas de création d'une main-d'œuvre «à deux catégories», de sorte que tous les avantages convenus avec le reste du personnel du secteur public pour le même service soient également honorés par le concessionnaire après la mutation du personnel à un emploi dans le secteur privé.

Il peut se révéler inévitable qu'à la fin ou à l'expiration du projet, le même groupe de personnel soit transféré de nouveau au secteur public. Si tel est le cas, le gouvernement s'emploiera à faire en sorte que des indemnités appropriées soient mises en place pour les réclamations en souffrance ou les déficits de pension qui pourraient être transférés avec les employés.

Dans un contexte de privatisation, il se peut que la réduction des effectifs (licenciements) soit une nécessité malheureuse pour que l'entreprise soit économiquement viable. Dans un tel cas de figure, ce risque devra être traité explicitement dans le contrat afin d'éviter les litiges et les problèmes de réputation. Sur le projet de chemin de fer de la vallée du Rift au Kenya et en Ouganda, une partie du coût de la réduction des effectifs de personnel excédentaire a été couverte par la Banque mondiale. Vraisemblablement, sans cette assistance financière de l'organisation internationale, le projet n'aurait pas été abordable pour le secteur privé.

#### **d) Analyse comparative et sondage du marché**

Si les coûts de main-d'œuvre représentent une proportion élevée des coûts d'exploitation du projet, et que celui-ci est structuré sur la base des commissions de mise à disposition (de sorte que l'on ne puisse recouvrer les coûts par une augmentation des prix d'utilisation), il ne serait pas rentable de demander au concessionnaire de tarifier le risque de hausse des coûts de main-d'œuvre sur la durée totale du contrat, car ces coûts peuvent souvent être plus volatiles que l'inflation générale.

Le concept d'analyse comparative est un mécanisme par lequel les prix de la main-d'œuvre font l'objet d'une comparaison périodique (par exemple, tous les cinq ans) aux prix sur le marché, afin que le gouvernement puisse être assuré que le prix payé pour ce service est conforme au marché. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le prix de référence pour la période suivante, les pouvoirs publics peuvent demander que certains services fassent l'objet d'une consultation des acteurs du marché, c'est-à-dire d'un appel d'offres (mais toujours lancé par le concessionnaire ou son sous-entrepreneur opérationnel). Le mécanisme sert de couverture pratique pour les risques des secteurs privé et public, car les risques sont redéfinis tous les cinq ans.

#### **e) Exigences en matière de rétrocession**

Au terme de la période d'exploitation, le principal actif du concessionnaire – le contrat de concession – cessera d'exister et le concessionnaire n'aura plus de revenus et les actionnaires voudront sans doute le liquider dans les meilleurs

délais possibles, dans la mesure où ils pourront recouvrer tout fonds résiduel restant sur ses comptes. En conséquence, si le gouvernement désire spécifier des exigences relatives à l'état des actifs au moment de leur restitution au terme de la concession, telles qu'une valeur résiduelle minimale ou une durée de vie pour certains actifs, il ne peut se fonder sur l'engagement du concessionnaire après la date d'expiration de satisfaire à ces exigences.

Par conséquent, le gouvernement doit inspecter les biens à un moment donné avant leur expiration (une période de 24 mois est courante, mais l'on observe également des périodes pouvant aller jusqu'à 60 mois), afin de déterminer si des travaux de rectification sont nécessaires avant la date de rétrocession. Si tel est le cas, le gouvernement a alors la possibilité de réserver les fonds autrement dus par le concessionnaire et/ou d'exiger que celui-ci constitue une garantie de bonne exécution par rapport à ces engagements. Une fois les travaux de rectification achevés, les fonds sont ou la garantie est restitué(e)s au concessionnaire.

### RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

#### Obligations pendant la période d'exploitation

- La nature et la qualité du service fourni sont mesurées par rapport à une spécification des résultats qui décrit l'objectif final que le gouvernement souhaite atteindre. Il existe en général une distinction entre les usagers de l'infrastructure : s'il s'agit d'agents de l'État, le cahier de charges des services doit comprendre des dispositions qui mesurent la réceptivité du concessionnaire aux demandes de services ; si le public est un utilisateur du projet, les dommages ou les problèmes causés par les services fournis échappent parfois au contrôle du gouvernement, ce qui en fait un risque partagé.
- Si des employés en poste sont mutés aux fins du projet, le gouvernement voudra s'assurer que : la législation de l'Union européenne relative à un tel transfert est respectée ; le personnel qui passe du secteur public au secteur privé est traité convenablement et conserve ses avantages sociaux fournis par le secteur public ; et il n'est pas créé de main-d'œuvre « à deux catégories ».
- L'on a souvent recours à l'analyse comparative pour comparer périodiquement (généralement tous les cinq ans) les prix de la main-d'œuvre à ceux du marché, afin de rassurer le gouvernement que le prix payé pour les services est conforme au marché. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le prix de référence pour la période suivante, le gouvernement peut demander que le service fasse l'objet d'une consultation des acteurs du marché.
- Lorsque le contrat de concession prendra fin, l'actif sera re-transféré au gouvernement. Il peut souhaiter préciser les exigences de « rétrocession » relatives à l'état des actifs (par exemple, qu'il y ait une valeur résiduelle minimale de l'actif ou qu'il ait une durée de vie restante). Le gouvernement inspectera également les actifs avant l'expiration du contrat de concession pour déterminer si des travaux de rectification sont nécessaires avant la date de rétrocession, le financement de ces travaux de rectification pouvant alors être discuté entre les parties.

## 4.4. Régimes de paiement

### a) Projets liés à la demande/à risque de recettes (Concession / PPP de demande)

Dans les projets générateurs de recettes où le concessionnaire assume des risques liés à la demande, tels que les routes à péage, les ports ou les aéroports, le concessionnaire profite de la licence qui lui est accordée pour percevoir directement des recettes auprès des usagers du projet. De tels projets peuvent être catégorisés comme des PPP de demande ou des PPP à paiement par les usagers.

Dans certains cas, les prix sont susceptibles d'être régis par de simples forces du marché, comme l'achat d'électricité dans le cadre d'un projet de transformation de déchets en énergie ou les redevances de stationnement dans un aéroport.

Dans de nombreux cas, cependant, le gouvernement peut vouloir maintenir un certain niveau de contrôle tarifaire. Il arrive souvent que les projets gérés par l'État soient subventionnés au lieu d'être soumis à des tirages réalistes et, lorsqu'on introduit le secteur privé dans le projet, à moins que la subvention ne soit maintenue, il devra augmenter les prix au coût réel de la fourniture et de l'entretien des actifs. Par conséquent, le gouvernement pourrait vouloir introduire une augmentation lente des prix. Même si l'on ne s'attend pas à une forte hausse immédiate, les gouvernements voudraient quand même maintenir le contrôle sur les tarifs au fil du temps pour éviter de profiter d'un monopole ou d'une position forte sur le marché.

Des contraintes peuvent donc être introduites par le biais de la réglementation (et, idéalement, l'organisme de régulation fixant le prix sera indépendant du gouvernement adjudicateur) ou par le biais du contrat de PPP lui-même. Le concessionnaire, pour sa part, peut craindre que l'organisme de régulation n'ait le pouvoir d'imposer des plafonnements de prix qui l'empêchent de recouvrer tous ses coûts d'exploitation et de financement ou de récupérer son rendement prévu. Si tel est le cas, le contrat devrait prévoir un filet de sécurité pour le concessionnaire au moyen d'un ajustement financier en sa faveur. Dans les projets de ports ouest-africains par exemple, nous avons observé que les arrangements en vertu desquels le contrat de PPP énonce une attente d'un niveau minimum d'augmentation auquel le concessionnaire a le droit de facturer se fait en fonction de ce qui, selon ce dernier, devra être proportionnel à ses dépenses au fil du temps du projet.

Lorsque le projet est générateur de recettes nettes (après la prise en compte de tous les coûts du projet et des coûts de financement), le gouvernement peut s'attendre à recevoir une part des bénéfices. Certains projets sont structurés selon le principe de la participation aux recettes brutes, de sorte que le gouvernement continue de recevoir un paiement même si le projet n'est pas rentable. La

structure du projet sera fonction de l'économie du projet et de la situation du marché à ce moment-là. Des projets de ports et d'aéroports peuvent faire partie de cette catégorie de projets également.

Il est également possible que les projets rencontrent un problème de demande excessive. Par exemple, un projet de PPP portant sur la fourniture de soins de santé se structure sur la base du risque de la demande (c'est-à-dire paiement par les patients qui sont les usagers de l'infrastructure) ; or les paiements n'ont pas été fait directement par les patients, mais par le gouvernement. Les nouvelles installations de santé s'avèrent beaucoup plus populaires que les installations existantes et dépassées et le gouvernement se retrouve donc contraint de payer des coûts de traitement beaucoup plus élevés au concessionnaire que prévu, ce qui crée un problème budgétaire. De tels problèmes ont eu lieu dans l'hypothèse où des gouvernements ont accepté de fournir une subvention et que dans le même temps la demande a chuté d'un certain niveau. Ces hypothèses ont révélé que l'appréhension de la demande réelle peut-être inexacte, augmenter ou diminuer et avoir un impact budgétaire majeur.

### **b) Projets fondés sur la disponibilité (PPP de disponibilité)**

Selon un schéma basé sur la disponibilité (logement public, hôpital public, écoles publiques, autoroutes publiques sans péage, etc.), le concessionnaire recevra une redevance (désignée ici par commission de mise à disposition, bien que de nombreux termes différents soient utilisés) pour la réalisation et la gestion réussies des logements viabilisés. En d'autres termes, le logement répond-il aux exigences de disponibilité et les services fournis répondent-ils également aux exigences de service ? Le concessionnaire sera souvent pénalisé pour la mauvaise performance des services sur la base «aucune rémunération ne peut être perçue si aucun service n'est rendu», le principe étant que l'absence totale de service ne devrait pas donner lieu à des frais.

Étant donné qu'un service de piètre qualité peut affecter la capacité du concessionnaire à assurer le service de sa dette, les prêteurs seront fortement motivés – généralement par le biais d'une due diligence portant sur le processus de construction et également sur les méthodes de prestation de services – pour s'assurer que 100 % des services peuvent être fournis. C'est l'essence même du risque de financement de projet dans un projet de PPP basé sur la disponibilité. Certains projets sont structurés de manière plus protectrice de sorte que seul un montant maximum de la commission de mise à disposition est mis en péril, et cela inclut notamment certains projets de routes qui ont été structurés de cette façon. Bien que cela puisse contribuer à l'optimisation des ressources de la composante risque de l'opération, le gouvernement et ses conseillers devraient examiner de près certains scénarios de catastrophe pour s'assurer que les prêteurs et les promoteurs demeurent suffisamment motivés pour obtenir des résultats.

Le concessionnaire et les prêteurs veilleront généralement à ce que le mécanisme «aucune rémunération ne peut être perçue si aucun service n'est rendu» fonctionne comme un mécanisme de recours unique, de sorte que le gouvernement ne puisse pas utiliser la même rupture de contrat pour faire des déductions financières et intenter également un procès pour obtenir des dommages-intérêts généraux pour rupture de contrat. Ce scénario est souvent accepté dans le cadre de ce type de projets, mais le gouvernement devrait s'assurer que, ce faisant, il ne crée pas un mécanisme en vertu duquel il serait moins coûteux pour le secteur privé d'accepter les déductions indiquées plutôt que de fournir réellement le service. La manière la plus simple de traiter ce type de «violation délibérée» est d'appliquer un «mécanisme à cliquet» qui augmente les déductions financières pour les violations répétées ou persistantes selon une formule soigneusement calculée. Par ailleurs, le projet pourrait prévoir que les manquements sans pénalités financières puissent conduire à la résiliation s'ils sont souvent répétés ou persistants.

Dans certains projets, en particulier ceux impliquant des solutions technologiques complexes, il peut être approprié d'accorder au concessionnaire une certaine latitude au cours des premiers mois de la prestation de services, car les services sont «intégrés». Pour ce faire, il est possible d'inclure dans le mécanisme de paiement une clause «d'augmentation», avec des niveaux de déduction moins élevés s'appliquant dans les tout premiers mois d'exploitation.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Régimes de paiement

#### Pour les projets liés à la demande/à risque de recettes

- Le concessionnaire assume le risque lié à la demande et génère ses recettes directement auprès des usagers du projet. Il peut déterminer les prix à facturer aux usagers du service, mais le gouvernement voudra souvent garder un certain contrôle sur le tarif, parce qu'il est probable que le projet géré par le gouvernement soit auparavant subventionné et que les prix augmenteront donc lorsque le projet sera transféré au secteur privé pour tenir compte du coût réel de la prestation de services et de l'entretien de l'actif.
- Les contraintes en matière de prix sont souvent introduites par le biais de la réglementation par un organisme indépendant ou par le biais du contrat de PPP lui-même.
- Si le projet génère des recettes nettes (après déduction des coûts du projet et du financement), selon la structure du projet, l'État peut recevoir une part des bénéfices.

#### Pour les projets basés sur la disponibilité

- Le concessionnaire reçoit un paiement en fonction de la disponibilité de l'ouvrage et de la bonne prestation des services. Il peut être assujéti à des pénalités et à des déductions en cas de faible performance des services, ce qui limite sa capacité à rembourser sa dette. Par conséquent, les prêteurs veulent souvent s'assurer que 100 % des services peuvent être fournis, bien qu'il y ait parfois une limite fixée pour le montant de la commission de mise à disposition qui peut être mis en péril.
- Les prêteurs veilleront à ce que le mécanisme selon lequel « aucune rémunération ne peut être perçue si aucun service n'est rendu » fonctionne comme un mécanisme de recours exclusif (c'est-à-dire, pour empêcher le gouvernement d'utiliser la même rupture de contrat pour effectuer des déductions financières et également pour intenter des poursuites en dommages-intérêts généraux pour rupture de contrat).
- Si les projets sont très techniques et axés sur la technologie, il y a parfois une période « d'adaptation » qui donne au concessionnaire une certaine souplesse au début du projet, période où des déductions ne seront pas effectuées sur la commission de mise à disposition.

### 4.5. Droits des parties contractantes

Dans la plupart des projets de PPP, le principe réside dans l'annonce des principaux droits, obligations et responsabilités des parties contractantes dans le cadre du contrat de concession, contrat cœur du projet. Il convient de noter que dans certaines juridictions - en particulier les juridictions de droit civil - l'autorité publique et le concessionnaire peuvent jouir de certains droits qui ne relèvent pas du contrat en lui-même, ce qui doit être pris en compte lors de la structuration du contrat de PPP.

Par exemple, en droit, l'autorité publique peut bénéficier des droits suivants :

- droit de résilier le contrat ;
- droit de modifier le contrat pour adapter le service de la meilleure façon possible les intérêts du public ;
- droit d'imposer d'autres méthodes d'exécution en cas de violation des obligations du concessionnaire (par exemple : droit à l'utilisation automatique des biens et des ressources humaines de la partie privée en cas de défaillance substantielle et de performance de la fonction publique).

En revanche, en contrepartie, le concessionnaire peut également bénéficier des droits suivants :

- droit à une compensation équitable lorsque l'autorité publique exerce des droits souverains pour l'intérêt général ;
- droit à une indemnisation adéquate en cas d'événement imprévu (cas de force majeure politique, environnementale, etc.) ;
- droit de rétablir l'équilibre économique du contrat en cas d'événement fortuit lorsque par exemple après la signature du contrat, les circonstances économiques changent considérablement et ont un impact préjudiciable sur l'équilibre économique et financier du partenariat entre le secteur public et le secteur privé ; et
- droit à indemnisation lorsqu'un acte du gouvernement accroît les obligations du concessionnaire au-delà d'un certain seuil et qu'une telle action n'est pas raisonnablement prévisible (si l'entité du secteur privé n'est pas dans un cas de défaut par exemple, elle ne pouvait anticiper cette action). Lorsque de tels droits existent et diminuent (ou augmentent) les droits et obligations contractuelles des parties au contrat de concession, il sera important que celles-ci soient bien maîtrisées compris par les deux parties afin que l'allocation des risques soit atteinte pour le projet.

#### 4.6. Événements postérieurs

Certains événements sont indépendants de la volonté de l'entrepreneur. Les contrats de PPP les scindent souvent dans les catégories ci-après :

- les événements donnant lieu à dédommagement/force majeure politique ;
- les événements donnant lieu à réparation/force majeure non politique ;
- les causes exonératoires ;
- les changements ; et
- les réformes législatives/clauses de stabilisation.

La présente section traite de chaque catégorie à tour de rôle.

##### a) Événements donnant lieu à dédommagement/force majeure politique

Ces événements donnent à l'entrepreneur une réparation totale (en temps et en argent) qui le mettra dans une position «ni meilleure, ni pire». Il s'agit généralement de violations de la part du gouvernement (ou d'autres événements qui relèvent uniquement de la volonté du gouvernement) et de tout autre événement pour lequel le secteur privé ne peut «fixer un prix» ou n'est pas disposé à le faire lorsqu'il soumissionne pour le projet.

Ces événements pourraient comprendre l'existence de vices cachés dans les actifs existants que le concessionnaire est obligé de reprendre, ou la fourniture de garanties publiques concernant les risques au sol (tels que la contamination

et la découverte de vestiges archéologiques) qui peuvent être très difficiles à identifier ou à vérifier à partir d'études avant la signature du contrat. Il peut également s'agir de risques que le gouvernement est mieux placé pour gérer, comme l'obtention de certaines approbations (par exemple, la planification) ou d'événements «politiques» dont le gouvernement est entièrement responsable, comme l'expropriation d'actifs ou l'imposition de contrôles des capitaux.

Dans l'ensemble, de tels événements peuvent parfois être qualifiés de «force majeure politique» ou de «mesure matérielle défavorable de l'État», mais en fin de compte, c'est le recours contractuel déclaré qui définit la réparation, plutôt que le titre.

Même si le gouvernement est peut-être motivé à transférer autant que possible les risques au secteur privé (ceci étant les entreprises privées doivent gérer un large éventail de risques dans leur activité quotidienne), il peut ne pas être dans l'intérêt supérieur du gouvernement de surcharger le concessionnaire de risques qu'il ne peut pas gérer : cette approche pourrait par exemple le rendre insolvable et ce n'est pas le principe dans les contrats de PPP. L'allocation des risques doit se ventiler à partir des capacités de chacune des parties et doit être équilibrée. La partie privée est généralement celle qui supporte le plus de risques car elle est en mesure de les supporter. Par exemple, certains chemins de fer projets (au Kenya ou encore en Afrique du Sud) ont été durement touchés par les dommages causés à la violence politique (Kenya) ou des vols (Afrique du Sud). Puisque le gouvernement a finalement la responsabilité de l'ordre public, il reste le mieux placé pour faire respecter cette obligation (par le biais de services de sécurité) ou réaffecter des fonds lorsque cela est nécessaire pour que des services de sécurité supplémentaires puissent être embauchés. Une approche similaire a été adoptée pour un projet routier dans un pays africain limitrophe lorsque ce pays était sujet à des menaces terroristes persistantes.

## **b) Événements donnant lieu à réparation/force majeure non politique**

Cette notion fait référence aux événements qui assurent à l'entrepreneur une réparation par rapport à une violation ou à une résiliation, qui ne lui permettent généralement pas de bénéficier d'un dédommagement financier et, dans le cas des projets fondés sur la disponibilité, l'entrepreneur ne recevra généralement aucune réparation des déductions qui peuvent être imposées en raison de la non-prestation du service. Une liste des cas de réparation ou de force majeure peut être ouverte et non exclusive ou peut être une liste prescrite d'événements hors faute. Il s'agit généralement d'événements tels que les catastrophes naturelles, les incendies, les dommages accidentels et les grèves.

En cas de dommages matériels, ces événements sont susceptibles d'être assurés par le concessionnaire et, par conséquent, une assurance contre l'arrêt d'exploitation devrait être disponible pour couvrir les pertes de recettes

ultérieures. C'est pour cette raison que ces événements ne donnent généralement pas lieu à des dédommagements de la part du gouvernement. Sinon, le risque peut être transféré aux fournisseurs, bien qu'il soit inclus dans le prix du contrat et cela peut ne pas participer de l'optimisation des ressources.

Toutefois, même si l'assurance est disponible, elle est généralement limitée dans le temps. Lorsqu'il n'existe pas d'assurance (par exemple, pour des événements ne donnant pas lieu à des dommages-intérêts comme les grèves de travailleurs), le gouvernement peut s'attendre à ce que le concessionnaire supporte ce risque dans une certaine mesure et les prêteurs peuvent donc demander au concessionnaire de mettre en place un compte de réserve pour le service de la dette pour gérer ce risque. Six mois de couverture du service de la dette serait une pratique courante. Si le cas de force majeure se prolonge au-delà de ce délai et que le projet demeure non rentable, les prêteurs ne peuvent plus gérer le risque et, pour cette raison, la plupart des contrats de PPP prévoient une résiliation hors faute à ce stade.

### **c) Causes exonératoires**

Dans un projet de PPP fondé sur la disponibilité, le concessionnaire peut ne pas exiger de dédommagement, mais il peut simplement souhaiter que sa commission de mise à disposition soit protégée contre la survenance de certains événements. Ces événements peuvent être très semblables à ceux dont il a été question plus haut, mais dans ce contexte, on les appelle souvent des «causes exonératoires». La liste peut inclure des événements supplémentaires qui se situent en-deçà du seuil de sinistre, mais qui ne doivent pas être considérés comme pénalisant pour l'entrepreneur, par exemple des conditions météorologiques extrêmes.

Une autre façon de créer une longue liste de protections consiste à s'assurer que le mécanisme de performance reconnaît qu'un certain élément de perturbation au sein du projet est inévitable. Par exemple, un projet de métro léger peut rechercher un seuil de fiabilité de 98 % plutôt qu'un seuil irréaliste de 100 %, ce qui permettrait une réserve de 2 % pour les problèmes quotidiens qui sont peu susceptibles d'être endémiques ou de longue durée, comme les situations d'urgence en rapport avec les passagers, les pannes électriques ou les conditions météorologiques défavorables.

### **d) Changements**

Étant donné la longue durée d'un contrat type de PPP, il est inévitable que le gouvernement puisse devoir modifier ses exigences et le contrat de PPP devrait faciliter cela, tant que le concessionnaire est maintenu dans une position «ni meilleure, ni pire».

Cela dit, il est juste d'imposer certaines limites à la nature de ces changements

et les prêteurs insisteront souvent sur ce point comme étant un problème de bancabilité. Par exemple, ils peuvent souhaiter opposer leur veto à tout changement qui obligerait le concessionnaire à modifier sensiblement son profil de risque, ce qui peut inclure une modification visant à accroître la taille du projet d'un montant considérable. De même, le concessionnaire ne devrait pas être tenu d'effectuer un changement qui pourrait être impossible à mettre en œuvre ou qui l'amènerait à enfreindre la législation.

L'issue de la procédure de modification est que le concessionnaire devrait être indemnisé si des modifications sont opérées, soit par un paiement direct, soit en ajustant le mécanisme de partage des recettes prévu au contrat. Il peut également être juste d'exiger du concessionnaire qu'il fasse des efforts raisonnables pour trouver des financements extérieurs supplémentaires, pour autant que le flux de recettes du projet puisse supporter ce scénario.

Le concessionnaire peut avoir le droit de proposer lui-même des modifications, mais le gouvernement n'est généralement pas tenu d'y consentir, à moins que la modification ne soit nécessaire pour se conformer à une modification de la loi et qu'il n'y ait aucune augmentation de coût pour le gouvernement. Le gouvernement peut envisager d'exiger une part des économies réalisées comme condition pour donner son consentement.

#### **e) Modifications de la loi/dispositions de stabilisation**

Les contrats de PPP opèrent souvent des distinctions entre les catégories suivantes de «modifications de la loi» :

- modifications discriminatoires de la loi (discriminatoires à l'égard du concessionnaire ou de concessionnaires similaires) ;
- modifications spécifiques de la loi (spécifiques au secteur du projet respectif par opposition à d'autres secteurs) ; et
- modifications générales de la loi (toutes les autres modifications de la loi).

Les modifications discriminatoires et spécifiques de la loi sont invariablement traitées comme des «ordonnances de modification», de manière à laisser le concessionnaire dans une position «ni meilleure, ni pire». Cela est d'autant plus juste, qu'il est difficile de voir comment le concessionnaire pourrait prédire et fixer le prix de manière significative par rapport à de telles modifications.

Pour les modifications générales de la loi, la pratique diffère. Si la modification de la loi affecte le marché dans son ensemble, les hausses inflationnistes des tarifs ou des commissions de mise à disposition peuvent couvrir le risque, ou encore le concessionnaire peut avoir une certaine souplesse dans la structure tarifaire pour procéder à des ajustements non inflationnistes. Dans ces cas, le concessionnaire

peut être en mesure de gérer son risque. Dans certaines juridictions, les gouvernements offrent des protections contre les modifications générales de la loi qui nécessitent de nouvelles dépenses d'investissement au motif que de telles modifications sont difficiles à prévoir et pourraient entraîner des coûts importants.

La prévisibilité des modifications de la loi peut également influencer sur la répartition des risques. Dans un pays où le processus législatif est transparent, il peut être juste d'exiger du concessionnaire qu'il assume le risque de modification de la législation pendant la phase de construction, étant donné qu'il est bien placé pour voir quelles modifications de la loi sont susceptibles d'entrer en vigueur pendant cette période. Toutefois, dans un contexte de marché émergent, il ne s'agit probablement pas d'une répartition réaliste des risques et le concessionnaire peut s'attendre à être protégé contre les modifications de la loi qui interviennent après la date de l'offre.

Si la loi est modifiée de telle sorte que la réalisation du projet est devenue impossible, il serait raisonnable d'exiger du gouvernement qu'il émette une «ordonnance de modification» pour ajuster la portée et la rendre à nouveau possible. Dans le cas contraire, il serait raisonnable que le concessionnaire ait le droit de mettre fin au projet et de demander un dédommagement.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Événements postérieurs

Certains événements sont indépendants de la volonté de l'entrepreneur et les contrats de PPP les scindent dans les catégories ci-après :

- Événements donnant lieu à dédommagement/force politique majeure – l'entrepreneur obtient une réparation totale (en temps et en argent) et il sera mis dans une position « ni meilleure, ni pire ». De tels événements ont tendance à consister en des violations de la part du gouvernement, des événements qui relèvent de la responsabilité du gouvernement (par exemple, l'imposition de contrôles des capitaux) et pourraient également comprendre des situations où il existe des vices cachés dans les actifs existants ou des garanties quant aux risques au sol qui ne peuvent être vérifiés au moyen de levés.
- Événement donnant lieu à réparation/force majeure non politique – l'entrepreneur obtient réparation par rapport à la résiliation, mais ne peut recevoir de dédommagement financier. Une liste de force majeure peut être ouverte ou constituer une liste prescrite d'événements hors faute (y compris les catastrophes naturelles, les incendies, les grèves, etc.). Si des dommages matériels sont causés, ces événements sont susceptibles d'être assurés par le concessionnaire et une assurance contre les pertes d'exploitation est généralement disponible pour couvrir la perte de recettes. Si l'assurance n'est pas disponible, le concessionnaire pourrait devoir assumer le risque et les prêteurs pourraient exiger qu'un compte de réserve pour le service de la dette soit créé pour gérer ce risque (une couverture de six mois du service de la dette est une pratique courante).

- Causes exonératoires – il peut s'agir d'événements semblables à ceux examinés plus haut, mais on leur donne un nom différent. Le concessionnaire peut ne pas souhaiter être indemnisé, mais il peut souhaiter que sa commission de mise à disposition soit protégée contre de tels événements.
- Changements – en raison de la longue durée d'un contrat de PPP, il est inévitable que les exigences du gouvernement puissent changer au fil du temps, le contrat de PPP devrait le permettre à condition que le concessionnaire soit maintenu dans une position « ni meilleure, ni pire ». Certaines limites peuvent être imposées aux modifications autorisées, par exemple si elles ont une incidence sur la *bancabilité* du projet. Le concessionnaire devrait être dédommagé pour la modification, généralement (par le biais d'un paiement direct ou d'un ajustement du mécanisme de partage des recettes prévu au contrat). Le concessionnaire peut avoir le droit de proposer lui-même des modifications, mais le gouvernement n'est pas tenu d'y consentir, à moins que cela ne soit nécessaire pour se conformer à une modification de la loi et qu'il n'encourt pas d'augmentation des coûts.
- Réformes législatives/clauses de stabilisation – si les modifications de la loi sont discriminatoires à l'égard du concessionnaire, alors ce dernier doit être maintenu dans une position « ni meilleure, ni pire ». Si les modifications apportées à la législation sont à caractère général, alors la pratique diffère ; si elles touchent l'ensemble du marché, le concessionnaire peut avoir la souplesse voulue dans le cadre du tarif ou de la structure des commissions de mise à disposition pour gérer son risque. Si la loi est modifiée de telle sorte que l'exécution du projet est devenue impossible, le gouvernement pourrait être tenu d'émettre une « ordonnance de modification » pour ajuster la portée et la rendre à nouveau possible. Dans le cas contraire, le concessionnaire peut mettre fin au projet et demander un dédommagement.

## 4.7. Résiliation et dédommagement

### a) Modalité de résiliation

Dans un projet de PPP, l'actif fondamental du concessionnaire est le contrat de concession lui-même, car sans ce contrat, le concessionnaire n'a aucun droit intrinsèque à percevoir un flux de recettes du projet. En règle générale, les actifs sous-jacents sont la propriété de l'État et même lorsqu'un bail est accordé, il est courant que ce bail coïncide avec le contrat de concession. Par conséquent, à la résiliation du contrat de concession, pour quelque motif que ce soit, les investissements du concessionnaire et des prêteurs seront compromis, sauf si le contrat de concession prévoit un dédommagement. Même lorsqu'un dédommagement est payable, il est peu probable que l'exécution et le recouvrement de ces sommes (qui peuvent être substantielles) soient un processus simple. Il est donc important que les modalités de résiliation soient claires, équitables et gérables. Par conséquent, les contrats de PPP prévoient généralement que la résiliation ne puisse intervenir que pour des motifs exprès, tels que des cas de défaut spécifiques de chaque partie, ou des événements hors faute prorogés, indépendants de la volonté de l'une ou l'autre partie, tels que des cas de force majeure.

On rencontrera en général davantage d'événements de défaut du concessionnaire que d'événements de défaut du gouvernement, dans la mesure où le concessionnaire détient la majorité des obligations en vertu du contrat. Les événements par défaut types incluraient :

- le manquement à terminer les travaux de construction dans le délai convenu, plus une date d'échéance appropriée (de 6 à 12 mois, ce qui est courant) ;
- l'abandon des travaux ou des services pour une période déterminée ;
- le non-respect d'obligations essentielles, telles que la fourniture d'une assurance de projet ou d'une garantie de bonne exécution ;
- des performances opérationnelles constamment en-deçà des normes au-delà de certains seuils ; et
- la commission d'actes de paiement de pot-de-vins ou d'actes de corruption (et, s'ils sont commis dans le cadre d'un contrat de sous-traitance, le non-retrait du sous-traitant corrompu de l'opération).

Certains projets ont un nombre bien plus accru de cas de défaut et parfois ceux-ci sont exprimés de manière plus lâche, comme la «violation substantielle» par le concessionnaire. Plus le nombre d'événements est élevé et plus ils sont énoncés de façon souple, plus il est difficile pour le concessionnaire d'évaluer et de gérer son profil de risque. Cela pourrait affecter l'évaluation de la bancabilité du projet à l'étape de l'appel d'offres et retarder le bouclage financier, voire agir sur la qualité des soumissions reçues.

Les cas de défaut du gouvernement peuvent être en nombre très limité :

- non-paiement d'un montant déterminé au-delà du délai imparti ;
- ingérence qui rend le projet impossible (comme l'expropriation de biens) ; et
- réorganisation ou transfert de responsabilités qui a une incidence sur la capacité de l'État adjudicateur de s'acquitter de ses obligations.

Comme indiqué précédemment, les cas de force majeure peuvent donner lieu à un droit de résiliation si l'événement empêche substantiellement l'exécution du projet pendant une période considérable, à telle enseigne que le projet devient non rentable et que les parties ne peuvent convenir d'une autre solution pour surmonter cette situation.

Au nombre des autres modalités de résiliation du projet, peuvent figurer l'adoption d'une modification défavorable de la loi qui rend la réalisation du projet impossible (généralement considéré comme un défaut du gouvernement) ou lorsque le gouvernement conserve le risque de mettre fin au projet pour des raisons d'utilité publique (qui est également considéré comme un défaut du

gouvernement aux fins du dédommagement). L'absence d'assurance disponible (communément appelée « non-assurabilité ») peut parfois conduire à considérer le projet comme impossible à réaliser et peut donner lieu à une résiliation hors faute/pour cas de force majeure.

## **b) Dédommagement en cas de résiliation**

À la résiliation d'un projet de PPP, le flux des recettes du concessionnaire s'arrête et le concessionnaire, ses actionnaires, ses prêteurs, ses sous-traitants et ses fournisseurs subissent diverses pertes, à moins qu'un dédommagement ne leur soit autrement versé :

- les prêteurs perdront leur dette non amortie et pourraient également encourir des frais de résiliation à mesure que les instruments financiers tels que les taux d'intérêt et les swaps de devises seront dénoués ;
- les investisseurs en fonds propres perdront leurs fonds propres non amortis, ainsi que le rendement futur qu'ils s'attendaient à obtenir si le projet avait été mené à terme ;
- le concessionnaire et ses sous-traitants peuvent avoir des coûts de résiliation pour le personnel qui ne peut plus être employé sur le projet ; et
- les sous-traitants peuvent avoir des coûts de démobilisation et de résiliation anticipée des contrats d'approvisionnement, ainsi que le manque à gagner sur les bénéfices qu'ils s'attendaient à réaliser sur leurs contrats.

Les types de pertes dédommagées seront fonction de la faute respective des parties.

En cas de résiliation pour cause de défaut de l'État (ou d'une circonstance assimilée à un défaut de l'État, telle qu'une résiliation pour des raisons d'utilité publique), le concessionnaire s'attendrait idéalement à un dédommagement total au titre de l'ensemble de ces pertes. Il est très courant que les catégories de perte soient énoncées de la manière décrite ci-dessus. Une autre approche consiste à dédommager le concessionnaire pour la « juste valeur » du projet, c'est-à-dire ce qu'un acheteur idéal paierait pour reprendre la position du concessionnaire dans un appel d'offres ouvert, sur la base de l'état du projet avant son achèvement. Cette approche peut être plus appropriée lorsque le concessionnaire a accepté le risque de marché, parce qu'elle reflète les attentes du marché quant à la rentabilité réelle du projet à l'avenir plutôt que la rentabilité prévue à la date de la signature du contrat.

En cas de résiliation pour cas de force majeure (ou de toute autre résiliation hors faute), les actionnaires et les prêteurs s'attendent généralement à récupérer leur investissement de base, c'est-à-dire l'encours de la dette et des fonds propres. S'il s'agit de fonds propres, le crédit sera généralement accordé pour les distributions de capitaux propres déjà effectuées. Dans certaines juridictions, des coûts

inévitables de résiliation et de rupture de contrat de sous-traitance peuvent également être dus, mais le principe général est qu'aucune perte de bénéfice futur n'est payable. Outre l'évaluation de la « juste valeur » décrite plus haut, on observe parfois une autre approche qui consiste à fonder le dédommagement sur la « valeur comptable » des actifs, c'est-à-dire leur coût amorti dans le temps dans les livres du concessionnaire. Cette approche peut aboutir à un résultat similaire, mais nécessitera des conseils prudents en matière de comptabilité dans le cadre de chaque projet.

En cas de résiliation pour cas de défaut du concessionnaire, la situation est plus complexe. Dans un contrat commercial type, il est normalement prévu que la partie défaillante verse un dédommagement. Toutefois, dans un contrat de PPP, cette approche laisserait au gouvernement un gain inattendu, puisqu'il récupérerait gratuitement l'actif sous-jacent sans qu'aucune dette n'y soit rattachée. Par conséquent, un dédommagement est généralement versé au concessionnaire sortant pour refléter la valeur transférée, mais avec un ajustement approprié pour décourager le transfert.

Dans certains marchés développés disposant d'une réserve de projets importante (tels que le Royaume-Uni et le Canada), où l'on présume qu'il existe un marché liquide pour les soumissionnaires désireux de reprendre des projets inaboutis, le gouvernement peut adopter une approche consistant à relancer l'appel d'offres. Le reste du contrat de concession fait l'objet d'un appel d'offres (faisant fi du cas de défaut qui a entraîné la résiliation) et le prix payé par le plus offrant est ensuite payé par le gouvernement au concessionnaire sortant. Dans la théorie, le prix payé devrait refléter la valeur actualisée nette des flux de recettes futurs disponibles dans le cadre du projet jusqu'à son expiration, moins une indemnité pour risque de rectification et d'incertitude.

Sur d'autres marchés, cette approche n'a pas été suivie et ne serait probablement pas « bancable ». Une approche très courante consiste à obliger le gouvernement à ne rembourser que la dette de premier rang dite dette senior (ou un pourcentage de cette dette) ou à assumer directement les titres de créance. Les fonds propres non amortis seraient perdus et le concessionnaire serait responsable de tout autre coût de rupture subi par les employés ou la chaîne d'approvisionnement. Les prêteurs auront généralement une garantie de premier rang sur tout remboursement de dette de premier rang.

Il est peut-être surprenant de constater que les projets d'infrastructure dans les marchés émergents sont souvent structurés autour d'un paiement de 100 % de la dette de premier rang en cas de défaut du concessionnaire. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si les prêteurs assument véritablement un quelconque risque lié au projet. En réalité, les prêteurs ne perçoivent pas la sûreté à 100 % du gouvernement comme une panacée. Ils savent qu'il peut être difficile et chronophage de recouvrer de telles dettes auprès du gouvernement et qu'il est hautement préférable que le projet ne parvienne pas à un tel point.

Cela dit, les projets d'infrastructure ont tendance à être structurés avec une souscription plus faible de la dette de premier rang, et de nombreux projets se sont terminés avec une valeur plancher de 80 à 95 % de la dette de premier rang, et parfois moins.

En Afrique, nous n'avons pas observé beaucoup de projets de ce type, mais le Kenya a tenté de rechercher une telle position dans les projets récents, ce qui pourrait donc constituer le début d'une tendance. Dans ces situations, les prêteurs seront davantage exposés au risque et on peut s'attendre à ce qu'ils imposent des conditions plus strictes au concessionnaire, aux actionnaires et aux sous-traitants pour garantir le succès du projet.

### **c) Accord direct des prêteurs**

Étant donné qu'une résiliation par défaut du concessionnaire présente un risque pour les prêteurs, ceux-ci voudront réduire au minimum le risque qu'une telle situation se produise. Les prêteurs insisteront généralement pour obtenir un accord direct avec le gouvernement à cet effet.

Les principaux droits des prêteurs dans un accord direct se déclinent comme ci-après :

- une reconnaissance du nantissement des prêteurs sur les contrats du concessionnaire (en s'assurant qu'aucune autre partie n'a de droits concurrents) ;
- le droit d'être avisé de tout cas de défaut potentiel et d'avoir une marge de manœuvre avant que le gouvernement ne puisse exercer un droit de résiliation (ce qui permet aux prêteurs de disposer d'un certain temps pour cerner le problème et éventuellement prendre des mesures avant que la résiliation ne survienne) ;
- le droit de désigner un représentant chargé d'intervenir et de gérer les affaires du concessionnaire (pour mettre la résiliation en suspens pendant que les prêteurs examinent leurs options à long terme) ; et
- le droit de remplacer le concessionnaire par une nouvelle Société de Projet (si les prêteurs sont en mesure de trouver un entrepreneur de remplacement approprié, disposé à reprendre la dette au détriment du fonds propre initial).

## **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

### **Modalités de résiliation**

- L'actif sous-jacent d'un projet de PPP est la propriété de l'État, de sorte que l'investissement du concessionnaire et des prêteurs sera menacé si le contrat de concession est résilié.
- Les contrats de PPP limitent généralement la résiliation à des cas de défaut spécifiques de l'une ou l'autre partie (par exemple, le fait que les concessionnaires manquent d'achever les travaux de construction dans le délai convenu, la persistance de performances opérationnelles en-deçà de la norme, la commission d'actes de paiement de pot-de-vin ou de corruption, le manquement par l'État à verser des montants spécifiés au-delà d'un délai précis, des ingérences qui rendent le projet impossible à réaliser, etc).
- Au nombre des autres modalités de résiliation, l'on peut citer : l'adoption d'une modification défavorable de la loi qui rend le projet non viable, la résiliation du projet par le gouvernement pour des raisons d'utilité publique, l'absence d'assurance disponible, etc.

### **Dédommagement en cas de résiliation**

- À la résiliation d'un projet de PPP, le flux de recettes du projet s'arrête, ce qui signifie que le concessionnaire, ses actionnaires, ses prêteurs, ses sous-traitants et ses fournisseurs subissent diverses pertes. Le niveau de dédommagement de ces pertes et la façon dont le montant total dû sera calculé dépendront de la faute respective des parties.

### **Accord direct des prêteurs**

- Il s'agit d'un accord contractuel entre les prêteurs et le gouvernement pour réduire au minimum le risque d'une résiliation au titre d'un cas de défaut du concessionnaire.
- L'accord direct reconnaît les droits de nantissement des prêteurs sur les contrats du concessionnaire ; confère aux prêteurs le droit d'être informé de tout cas de défaut potentiel ou de disposer d'une « marge de manœuvre » avant que le gouvernement n'exerce son droit de résiliation ; confère le droit de désigner un représentant pour intervenir au nom du concessionnaire et le droit de remplacer le concessionnaire.

## 4.8. Responsabilités et assurances

### a) Responsabilités et indemnisations

Le concessionnaire est censé assumer la responsabilité générale de la majorité des risques contractuels liés à ses activités de projet. Pour ce faire, des indemnisations substantielles sont généralement accordées pour protéger le gouvernement contre les dommages causés par le décès, les blessures corporelles, les dommages matériels et les réclamations de tierces parties découlant de la réalisation du projet. Celles-ci ne sont normalement pas subordonnées à la production de preuves d'une violation ou d'une négligence, mais il doit être simplement démontré que les événements cités ont été causés par les activités du projet. Cela peut sembler dur, mais reflète l'intention du concessionnaire d'assumer tous les risques similaires à ceux de la propriété privée lorsqu'il sera au contrôle total de l'infrastructure.

Ces indemnisations sont souvent structurées sur une base non plafonnée et, dans la pratique, la majorité de ces risques seront couverts par des polices d'assurance standard. Mais, il peut y avoir une forte pression pour que les risques non assurés soient assujettis à un plafond financier pour éviter de faire courir un risque d'insolvabilité au concessionnaire.

«Dommage préjudiciable» est le terme utilisé pour décrire les terrains dont la valeur est dépréciée du fait des activités de construction, et il est parfois utilisé de façon plus générale pour décrire le risque que des tiers présentent des réclamations pour ingérence dans les affaires du fait de l'exécution du projet. Si la réalisation du projet est susceptible d'avoir un impact inévitable pour lequel l'on peut revendiquer un dédommagement, il peut ne pas être équitable d'imputer le risque de demande de réparation par des tiers au concessionnaire, auquel cas il peut être nécessaire de limiter à cet égard toute disposition générale d'indemnisation.

### b) Assurances

Le concessionnaire du PPP est généralement tenu d'assurer l'entretien :

- l'assurance «tous risques construction» ou «dommages matériels» pour la valeur totale de remise en état des actifs du projet pendant les phases de construction et d'exploitation ; et
- l'assurance responsabilité civile pour un niveau de couverture déterminé.

Le concessionnaire est généralement également tenu (et souhaiterait) maintenir une couverture pour «perte anticipée de bénéfices» ou «perte d'exploitation» pour se prémunir contre la perte de recettes due à tout événement assuré découlant de l'assurance dommages matériels.

Le contrat est susceptible d'émettre des hypothèses quant à l'existence d'une telle assurance. Si le concessionnaire dispose d'une couverture pour interruption d'activité, alors il n'a pas besoin d'une protection contractuelle des recettes de la part de l'État. Les prêteurs seront probablement indifférents à la question de savoir qui supporte le risque (qui pourrait également être couvert par un compte de réserve tenu par le concessionnaire dans un compte faisant l'objet d'un contrôle), mais les prêteurs s'attendent à ce que la question soit dûment examinée afin que le projet soit bancable.

En tant que propriétaire sous-jacent ou ayant un droit de retour des actifs du projet, le gouvernement a intérêt à s'assurer que les assurances sont utilisées correctement pour conserver les actifs. Il peut aussi raisonnablement demander que tout le produit des dommages matériels soit versé sur un compte faisant l'objet d'un contrôle conjoint. Le produit ne sera prélevé sur le compte que pour financer un programme de réintégration convenu avec le gouvernement. Cette disposition empêche les prêteurs de prendre l'argent et de «se fondre dans la nature» (c'est-à-dire de rembourser leur dette et de laisser le concessionnaire en défaut).

Le concessionnaire assume le risque principal lié au coût des primes d'assurance pendant toute la durée du contrat, mais dans de nombreux pays développés, les contrats de PPP comportent un mécanisme de partage des risques qui protège le concessionnaire contre les fluctuations excessives du marché. Il s'agit là d'un compromis de base. Si le gouvernement impose un nombre plus accru de risques au secteur privé, alors il n'aura simplement qu'à tarifier le risque et le coût de ce dernier sera pris en compte dans le calcul du coût du projet.

Si les conditions d'assurance deviennent indisponibles (soit généralement sur le marché, soit parce qu'elles sont généralement considérées comme hors de portée par le marché), cela pose un problème pour le concessionnaire. En effet, en l'absence d'un terme d'assurance clé, un conseil d'administration prudent peut conclure que le projet ne peut plus être exploité légalement ou en toute sécurité, ce qui serait problématique pour le concessionnaire car il serait placé en situation de violation du contrat de concession. Dans certaines juridictions, ce problème est résolu par le transfert du risque «d'inassurabilité» au gouvernement qui a le choix d'assumer le risque lui-même (auto-assurance) ou d'y mettre fin (comme s'il s'était produit un cas de force majeure prolongé).

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Responsabilités et assurances

- Le concessionnaire assume une large responsabilité en ce qui concerne les risques liés à ses activités de projet. Par conséquent, il accorde d'importantes indemnisations pour tenir le gouvernement à couvert contre les demandes en réparation relatives aux décès, aux dommages corporels, aux dommages matériels, aux réclamations de tiers, etc. Ces indemnisations sont souvent non plafonnées, mais elles sont généralement couvertes par des polices d'assurance standard.
- Le concessionnaire est généralement tenu de souscrire deux types d'assurance : une assurance « dommages matériels » pour la valeur de remise en état totale des actifs du projet pendant les phases de construction et d'exploitation, ainsi qu'une assurance responsabilité civile. Il est également courant de souscrire une assurance contre « perte d'exploitation » qui couvrira toute perte de recettes subie en cas de survenance d'un événement assuré.
- En tant que propriétaire ayant un droit de retour des actifs du projet, le gouvernement voudra que les assurances soient utilisées correctement pour maintenir les actifs. Il pourrait également exiger que tous les produits des dommages matériels soient versés sur un compte faisant l'objet d'un contrôle conjoint, à partir duquel des paiements peuvent être effectués pour rétablir les actifs comme convenu par le gouvernement.
- La couverture du coût des primes d'assurance échoit au concessionnaire tout au long de la durée du contrat, mais un mécanisme de partage des risques est parfois inclus dans le contrat de PPP pour prémunir le concessionnaire contre les fluctuations du marché. En cas d'indisponibilité des conditions d'assurance, l'on peut décider que le projet ne peut fonctionner légalement ou en toute sécurité et que le concessionnaire serait donc en violation du contrat de concession.

### 4.9. Résolution des litiges

La caractéristique principale d'un contrat de PPP par rapport à la plupart des autres contrats tient à la longue durée du projet. Pour que le projet soit couronné de succès, les parties doivent disposer d'un moyen de régler les différends qui ne portera pas atteinte à la relation de travail entre les parties. Malheureusement, les procédures de résolution des litiges, comme l'arbitrage et le contentieux, tendent à créer des relations très formelles et défavorables entre les parties, et elles sont également longues et coûteuses à mettre en œuvre. Cela peut aussi prendre beaucoup de temps de gestion de part et d'autre.

Pour cette raison, les contrats de PPP tendent à adopter une approche de résolution des litiges à plusieurs niveaux, afin de maximiser les possibilités de résolution rapide et économique des litiges.

### **a) Saisine de la Direction**

De nombreux contrats de PPP prévoient que les litiges doivent d'abord être soumis à un niveau de direction plus élevé pour discussion pendant une période minimale avant de faire l'objet d'une remontée au niveau du contrat. L'implication dans la discussion de nouvelles personnalités, qui peuvent être en mesure d'avoir une vue d'ensemble du projet au sens large, peut souvent être un moyen de débloquer la situation.

### **b) Médiation**

La médiation est un processus consensuel par lequel les parties conviennent de nommer une tierce partie neutre pour assurer la médiation et servir «d'intermédiaire» afin d'aider les parties à trouver une solution. Chaque partie présente sa position et le médiateur s'adresse à chacune d'elles en toute confidentialité. Ce faisant, le médiateur peut être en mesure de débloquer les points de friction et d'aider les parties à trouver une solution consensuelle, ce qui peut impliquer des compromis commerciaux qu'un tribunal de résolution formelle des litiges ne serait pas autorisé à faire. Contrairement à l'arbitrage ou au contentieux, les coûts d'une audience de médiation sont relativement faibles.

### **c) Arbitrage / Décision d'experts**

Ce sont des termes différents qui se rapportent à des concepts similaires. L'idée est que certains litiges (en particulier les litiges techniques ou les litiges portant sur une seule question) peuvent être bien adaptés à une forme abrégée de résolution des litiges devant un expert indépendant compétent. Une procédure « accélérée » type peut permettre de régler les litiges en l'espace de quelques semaines. Les procédures prévoient normalement que de telles décisions puissent être entièrement rouvertes en cas de litige ou d'arbitrage, si nécessaire. Mais, il est établi que, dans de nombreux cas, les parties se contentent d'accepter les décisions rendues après être «passées devant le tribunal».

### **d) Contentieux / Arbitrage**

Il s'agit d'un cadre de résolution des litiges par défaut. Il est à espérer que si les parties ont suivi les options de résolution des litiges susmentionnées, elles puissent ne pas avoir besoin de faire remonter le litige jusqu'à ce niveau. Dans les contrats de PPP sur les marchés émergents, les procédures d'arbitrage international dans un siège judiciaire neutre tendent à être la norme parce que les investisseurs et les prêteurs se sentiront plus à l'aise lorsque le processus est géré par une institution établie (ou par des arbitres nommés par un organisme établi) et lorsque les règles régissant le processus d'arbitrage sont bien comprises et peuvent être respectées par des tribunaux nationaux jouissant d'une bonne réputation.

### e) Questions relatives à l'application de la loi

Le prononcé d'un verdict ne garantit pas un paiement immédiat. En cas de recherche de dédommagement, chaque partie doit déterminer où se trouvent les actifs de l'autre partie et comment elle pourrait rechercher l'application de la sentence.

Dans le cas d'une sentence arbitrale contre une entité gouvernementale, l'application peut devenir fondamentalement une question politique parce que les tribunaux n'autorisent généralement pas l'application de sentences contre les actifs de l'État. Dans ce cas, les investisseurs et les prêteurs devront peut-être tenir compte des autres protections qui leur sont offertes, dont il sera question plus loin.

Le terminal domestique MM2 de l'aéroport de Lagos au Nigeria est un bon exemple ici. La convention de concession contenait une garantie selon laquelle, le gouvernement fédéral veillerait à ce que tout le trafic intérieur dans Lagos traverserait le terminal domestique nouvellement construit et n'amènerait pas à la construction d'autres terminaux concurrents. Le gouvernement fédéral a toutefois autorisé la mise à niveau d'un terminal national concurrent à l'aéroport, entraînant des pertes pour le concessionnaire. Le concessionnaire a engagé une procédure judiciaire pour résilier la concession, résiliation qui a été soutenue par les juridictions. Les juridictions ont considéré que le gouvernement devait non seulement supporter le paiement de la perte de revenu du concessionnaire, mais également le transfert du terminal concurrent. En dépit d'un tel jugement, le concessionnaire n'a pas été en mesure de le faire exécuter du fait (entre autres raisons) le défendeur au différend était le gouvernement fédéral et qu'il n'est pas possible d'exécuter le jugement contre les biens appartenant aux autorités fédérales. Cette situation aurait pu être différente si le projet avait également un investisseur international avec une assurance contre les risques politiques, ou un prêteur multilatéral avec un certain poids politique sur le gouvernement fédéral.

#### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

##### **Résolution des litiges**

- Les projets de PPP ont souvent une durée très longue et le contrat de PPP doit donc prévoir des mécanismes efficaces de résolution des litiges pour préserver les relations de travail entre les parties.
- Les litiges sont d'abord portés à l'attention du *management* pour examen parce qu'ils peuvent avoir une vision plus large des problèmes qui se posent avant que l'on ne déclenche les mécanismes contractuels de résolution des litiges.
- On peut demander à un médiateur de servir de tiers neutre pour aider les parties à résoudre les litiges et à parvenir à une solution consensuelle, préservant ainsi la relation de travail entre elles. Les coûts d'une audience de médiation sont relativement faibles.

- Les litiges de nature technique ou portant sur une seule question pourraient être réglés par un expert indépendant au moyen d'une décision ou d'une expertise. La décision finale peut faire l'objet d'un appel par voie de contentieux ou d'arbitrage, mais la plupart des parties acceptent la décision au motif qu'elles sont « passées devant le tribunal ».
- Le contentieux ou l'arbitrage devrait être le dernier recours, mais le processus se déroule généralement dans un siège judiciaire neutre et mené par une institution établie (ou un arbitre nommé par un organisme professionnel) conformément aux procédures d'arbitrage international admises.
- Même si une sentence de dédommagement est prononcée, il peut être difficile de l'exécuter, car elle dépend du lieu où se trouvent les actifs de l'autre partie. Si la sentence est rendue contre une entité gouvernementale, elle peut se prêter davantage à controverse, vu que les tribunaux n'autorisent généralement pas l'application de sentences à l'encontre des actifs de l'État.

#### 4.10. Contrôles exercés par l'État

##### a) Contrôle des participations

Le gouvernement s'est assuré, au stade de l'appel d'offres, de la qualité des entités qui se proposent de fournir des services, mais il est probable que le contrat de PPP proprement dit soit conclu avec une entité ad hoc. Les entités qui composent le consortium soumissionnaire (société de construction, société d'exploitation, investisseurs en fonds propres, etc.) sont le ciment commercial qui maintient l'ensemble et le gouvernement souhaiterait les maintenir impliqués dans le projet pendant une période raisonnable.

Il serait courant de voir les investisseurs en fonds propres initiaux immobiliser dans le capital du projet pendant au moins 18 mois (en moyenne) et, dans certains cas, une période beaucoup plus longue. Pour leur part, les investisseurs en fonds propres voudront généralement conserver le droit de vendre librement leur participation après cette période. Une fois que le projet est autosuffisant, le gouvernement ne devrait pas être trop préoccupé, pourvu qu'il maintienne des contrôles raisonnables sur la nature de tout investisseur en fonds propres de remplacement. Le gouvernement voudra toujours avoir le droit d'empêcher les investisseurs « indésirables » de prendre une participation au projet (par exemple, pour des raisons de sécurité nationale).

Même pendant la période de blocage, il peut être justifié pour les investisseurs en fonds propres de pouvoir transférer leur participation au sein de leur propre groupe de sociétés ou des fonds qu'ils gèrent eux-mêmes. Ce principe devrait convenir au gouvernement.

## **b) Contrôle des documents de financement**

Comme on l'a vu plus haut, le gouvernement est susceptible d'avoir un passif éventuel au titre de la dette de premier rang du projet, qui peut être réalisé en cas de résiliation anticipée.

Pour cette raison, le gouvernement a intérêt à veiller à ce que les documents financiers ne soient pas modifiés de manière à accroître injustement le risque contingent qu'il encourt. On pourrait y parvenir en exigeant que toute modification apportée aux documents financiers soit approuvée par le gouvernement avant d'être mise en œuvre. Toutefois, dans la pratique, il peut falloir beaucoup de temps pour obtenir les consentements des pouvoirs publics et il est donc probable que cette approche soit trop restrictive pour le concessionnaire et les prêteurs. Un compromis habituel consiste à prévoir que des modifications puissent être apportées librement aux documents de financement, mais que ces modifications n'aient aucune incidence sur le passif éventuel du gouvernement à l'égard de la dette, à moins d'obtenir une approbation expresse à cet effet.

Certaines modifications aux documents de financement peuvent être bénéfiques pour les actionnaires. Si les conditions du marché ont changé ou que le projet est perçu comme étant devenu moins risqué, il est possible de réaliser une marge plus faible sur la dette. Si le gouvernement devait supporter le coût initial du financement au moment du démarrage du projet (par exemple, par le calcul de la commission de mise à disposition), il pourrait être juste que le gouvernement bénéficie de toute réduction ultérieure des coûts financiers. Dans de nombreuses juridictions, l'avantage d'un tel refinancement (appelé gain de refinancement) devrait être partagé à parts égales entre les parties et constitue un point de départ.

## **c) Contrôle des documents du projet**

Le gouvernement s'attendra à voir et à approuver les copies finales des contrats conclus avec les principaux partenaires de la chaîne d'approvisionnement (entrepreneurs EPC et entrepreneurs E&E) et tout remplacement ultérieur. Non seulement cette approche donne-t-elle l'assurance que le concessionnaire a mis en place des dispositions adéquates pour gérer ses obligations, mais également que le gouvernement a intérêt à intervenir potentiellement dans ces contrats en cas de résiliation anticipée du contrat de concession.

Ce droit d'approbation devrait toutefois être soumis à un test pour en vérifier le caractère raisonnable. Le concessionnaire souhaitera conserver la possibilité de résilier et de remplacer les sous-traitants lorsque cela se justifie dans l'intérêt supérieur du projet pour permettre au concessionnaire de gérer ses obligations actuelles au titre du contrat de concession.

#### **d) Droits de subrogation**

Les actifs du projet sont susceptibles de comprendre un élément essentiel de l'infrastructure publique et, à ce titre, le gouvernement devrait toujours s'attendre à avoir le droit d'intervenir et de prendre le contrôle de l'actif à tout moment lorsque cela est raisonnablement nécessaire (par exemple, en cas d'urgence ou de nécessité de satisfaire aux obligations statutaires).

Le concessionnaire l'acceptera généralement, pourvu que le gouvernement maintienne le concessionnaire dans une position «ni meilleure, ni pire» pendant la période d'intervention. Si l'intervention a été provoquée par un cas de défaut du concessionnaire, alors ce dernier peut s'attendre à supporter les coûts supplémentaires encourus par le gouvernement pour engager l'action d'intervention.

Toutefois, la pénalité devrait être modérée : une fois que le projet échappe au contrôle du concessionnaire, celui-ci n'est plus en mesure de remédier lui-même à la violation initiale et il ne serait donc pas justifié de continuer à pénaliser indéfiniment le concessionnaire pour cela. De même, s'il s'agit d'un projet générateur de recettes, on s'attendrait à ce que le gouvernement ait l'obligation permanente de continuer à exploiter le projet avec prudence et de maximiser les recettes, qui devraient être remises pour permettre de continuer d'assurer le service de la dette.

### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

#### **Contrôles exercés par l'État**

- Le gouvernement exigera généralement que les investisseurs en fonds propres initiaux (et les actionnaires du concessionnaire en tant qu'entité ad hoc) soient immobilisés pendant un certain temps en raison de leur importance pour la réalisation du projet. Les investisseurs en fonds propres ont généralement le droit de céder librement leur participation après cette période, mais le gouvernement entend aussi souvent être à même d'empêcher les investisseurs « indésirables » de prendre une participation au projet (généralement pour des raisons de sécurité nationale).
- Le gouvernement a un passif éventuel pour la dette de premier rang du projet et il voudra donc restreindre les modifications aux documents financiers. La position habituelle est que l'approbation préalable du gouvernement sera requise si une modification a une incidence sur son passif éventuel.

- Les contrats d'EPC et d'E&E permettent au gouvernement de s'assurer que le concessionnaire dispose de mesures adéquates pour gérer ses obligations en vertu du contrat de concession ; ces contrats (et les contrats conclus avec tout entrepreneur de remplacement ultérieur) seront donc examinés et approuvés par le gouvernement. Ce droit d'approbation est soumis à un test pour en vérifier le caractère raisonnable. Le concessionnaire devrait pouvoir résilier et remplacer librement les entrepreneurs lorsque cela est dans l'intérêt supérieur du projet.
- Le gouvernement voudra toujours avoir le droit d'intervenir et de prendre le contrôle d'un actif d'infrastructure public lorsqu'il est raisonnablement nécessaire de procéder ainsi. Le concessionnaire l'acceptera à condition qu'il soit maintenu dans une position « ni meilleure, ni pire » pendant la période d'intervention, en particulier en termes de pénalités financières et de perte potentielle de recettes.

#### 4.11. Obligations de soutien du gouvernement

Pour que le projet soit bancable, il doit être économiquement viable. Ce ne sont pas tous les projets générateurs de revenus qui généreront des recettes suffisantes pour pouvoir s'autofinancer. Si la partie gouvernementale souhaite toujours participer au projet de PPP, elle devra examiner comment combler le déficit de viabilité.

- a) Certains gouvernements ont mis en place à cette fin des programmes de financement du déficit de viabilité, examinés plus haut.
- b) De nombreux projets utilisent les apports en capital comme moyen de réduire le coût de financement du projet. Il s'agit essentiellement d'une subvention gouvernementale au projet. Cette question a déjà été abordée dans le cadre des modalités de paiement dans la période de construction.
- c) Une subvention serait une forme similaire de soutien pendant la période d'exploitation, par exemple le paiement d'une commission de mise à disposition en plus du droit de recouvrer les péages.
- d) Le gouvernement peut également envisager de considérer sa contribution au projet comme une mise de fonds propres. Cela lui permettrait de profiter de tous les avantages du projet.
- e) L'apport du gouvernement pourrait également être structuré sous la forme d'un prêt, peut-être à des conditions concessionnelles. Certains pays ont mis en place des banques nationales d'infrastructures pour jouer un tel rôle, bien que le gouvernement doive s'assurer que ce faisant, il n'évince pas indûment les bailleurs de fonds commerciaux du marché.

En lieu et place des apports directs, le soutien du gouvernement pourrait être conditionnel, ce qui pourrait être suffisant pour que les banques commerciales puissent compter sur le financement supplémentaire nécessaire.

Par exemple :

- Un projet présentant un risque de demande incertain (comme une nouvelle route à péage) pourrait être soutenu par une garantie de trafic. Si le trafic tombe en-deçà d'un certain niveau, la partie gouvernementale serait obligée d'accorder une subvention pour faire en sorte que le concessionnaire puisse honorer ses obligations financières. La subvention pourrait être conditionnelle. Autrement dit, le concessionnaire pourrait être tenu de la rembourser lorsque des bénéfices se dégageront à l'avenir ou bien il pourrait avoir l'obligation réciproque de partager les superprofits avec l'État, le cas échéant. Cet arrangement réciproque est désigné par «plafond et plancher».
- Si le gouvernement adjudicateur n'a pas d'engagement financier clair, l'on peut demander une garantie du gouvernement central. Dans certains projets, le gouvernement peut fournir une lettre de confort à teneur plus faible, ce qui signifie qu'il promet de s'assurer que le gouvernement adjudicateur dispose des fonds nécessaires pour honorer ses obligations. Toutefois, l'applicabilité de ces lettres n'est pas toujours exempte de remise en cause.
- Les traités bilatéraux d'investissement peuvent fournir un niveau de protection en dehors du contrat lorsque le gouvernement s'imisce dans l'investissement. Ils ne sont cependant pas faciles à mettre en œuvre dans la pratique.
- Le gouvernement peut avoir à fournir des travaux et des services supplémentaires qui dépassent la portée du projet, mais qui concourent néanmoins à l'atteinte de ses buts et objectifs. Il peut s'agir de la construction de routes ou de voies ferrées de raccordement ou encore de la modernisation de réseaux électriques ou d'autres services publics. Dans certains cas, il y a des services réservés dans le cadre du projet qui ne peuvent être fournis que par le gouvernement, tels que les services de contrôle de la circulation aérienne dans un projet aéroportuaire.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Obligations de soutien du gouvernement

- Les projets nécessiteront souvent le soutien du gouvernement pour qu'ils soient « bancables » donc économiquement viables, car ils ne peuvent pas générer suffisamment de recettes pour s'autofinancer au départ.
- Ce soutien peut prendre la forme d'un prêt, d'un financement du déficit de viabilité (dont il a été question plus haut), d'apports en capitaux sous forme de don pour réduire le coût de financement du projet, d'une subvention pendant la période opérationnelle du projet ou d'une contribution équitable pour permettre au gouvernement de bénéficier des avantages du projet.

## 4.12. Modalités et conditions supplémentaires

### a) Transferts et cessions

Le concessionnaire voudra avoir la possibilité de céder librement le contrat à ses prêteurs à titre de nantissement, car ce sera une condition du montage de la garantie de financement.

Le gouvernement peut également vouloir avoir la possibilité de transférer le contrat de PPP à un organisme successeur (la réorganisation du gouvernement n'est pas un scénario irréaliste ou impensable), mais il ne devrait pas y être si le nouvel organisme n'a pas la même capacité financière pour gérer les obligations prévues dans le contrat.

### b) Exigences relatives au contenu local

La législation locale peut prévoir des pourcentages minimaux d'embauche ou de sous-traitance à des entreprises locales, mais si tel n'est pas le cas, cela peut être précisé dans le contrat de concession lui-même. Cela dit, ces obligations sont souvent relativement faibles et peuvent comporter des exceptions et des dérogations raisonnables qui sont difficiles à contrôler. Par exemple, une exception courante serait que le taux minimum d'embauche demandé ne s'applique pas lorsque la main-d'œuvre locale ne possède pas les compétences requises.

### c) Renonciation à l'immunité souveraine

Les investisseurs et les prêteurs souhaiteront que tout droit à l'immunité souveraine soit levé dans toute la mesure du possible. Si le gouvernement a des actifs dans d'autres pays, des conseils locaux peuvent être nécessaires pour savoir si la dérogation offerte sera suffisante pour permettre l'exécution de ces actifs en vertu de la législation locale.

#### **d) Propriété intellectuelle**

Le contrat devrait faire en sorte que le gouvernement reçoive un transfert adéquat de toute la propriété intellectuelle du projet, afin qu'il puisse utiliser et modifier la propriété intellectuelle lors de l'exploitation de l'infrastructure après sa résiliation. Le gouvernement devrait être protégé par un dédommagement en cas de réclamation pour violation du droit d'auteur à son encontre à tout moment après la résiliation du contrat de concession.

#### **e) Confidentialité/Liberté d'information**

Les dispositions relatives à la confidentialité sont assez courantes, mais il faudrait tenir compte de toute loi sur l'accès à l'information actuellement en vigueur ou d'autres initiatives de transparence. Dans certains cas, nous avons vu des déclarations très claires selon lesquelles le contrat de concession doit être traité comme un document public et pouvoir donc être consulté et examiné par le public. Par exemple, la confidentialité figure parmi les dispositions obligatoires dans le modèle de contrat PPP élaboré par la Commission des Contrats d'Achats du Libéria.

### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

#### **Modalités et conditions supplémentaires**

- Diverses autres modalités et conditions seront incluses dans les documents du projet qui portent sur la capacité du concessionnaire à céder le contrat à ses prêteurs à titre de nantissement et sur la capacité de l'État de transférer le contrat de PPP à un organisme successeur en cas de restructuration du gouvernement. Cela s'ajoute aux conditions régissant l'emploi des sous-traitants, le transfert adéquat des droits de propriété intellectuelle et les dispositions habituelles en matière de confidentialité et d'accès à l'information. Il importe toutefois de noter que les contrats de concession sont parfois traités comme des documents publics et pourront donc être examinés par le public.

### **Conclusion :**

En résumé, la documentation d'un projet de PPP se fait généralement au moyen d'une convention de concession unique entre le Gouvernement et le concessionnaire.

L'accord est souvent difficile en raison de la complexité d'un projet de PPP typique et les questions fondamentales (et souvent controversées) à prendre en compte dans l'accord. La négociation des différentes dispositions relatives à la construction et les obligations de période d'exploitation, les régimes de paiement, le niveau de responsabilité et le risque

chaque partie, la question de la résiliation de l'accord et de la compensation, ainsi que les exigences en matière de récupération à la fin du contrat de PPP, etc. sont souvent dictées par les facteurs commerciaux et le jeu de pouvoir entre l'autorité et l'entité issue du secteur privé.





CHAPITRE 5

## **DOCUMENTATION FINANCIÈRE DE LA TRANSACTION**

- 1. DOCUMENTS FINANCIERS ESSENTIELS  
D'UN FINANCEMENT DE PROJET**
- 2. DISPOSITIONS CONCERNANT LES FONDS  
PROPRES**
- 3. IMPACT DES DOCUMENTS FINANCIERS SUR LE  
CONTRAT DE CONCESSION**
- 4. LES ACCORDS DIRECTS**
- 5. LA PRISE ET L'EXÉCUTION DES NANTISSEMENTS**
- 6. PARTICIPATION DES BANQUES MULTILATÉRALES  
DE DÉVELOPPEMENT, DES INSTITUTIONS DE  
FINANCEMENT DU DÉVELOPPEMENT ET DES  
AGENCES DE CRÉDIT À L'EXPORTATION**
- 7. DISPOSITIONS RELATIVES AUX ACTIONNAIRES  
PUBLICS**

Les transactions de financement de projet comprennent un grand nombre de « documents financiers », généralement définis comme l'ensemble des documents auxquels l'un des prêteurs (ou son agent) est partie.

Dans la présente section, nous nous concentrerons sur les documents intervenant dans une opération de prêt (plutôt que sur l'émission sur les marchés financiers).

Nous examinerons :

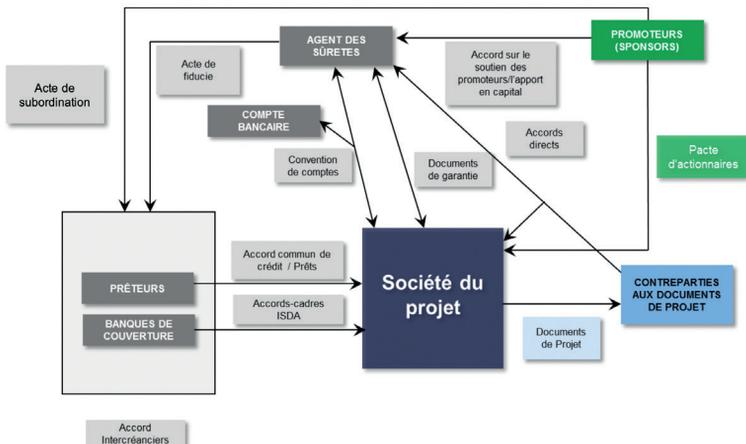
- a) Les documents financiers de base ;
- b) Les dispositions concernant les fonds propres ;
- c) L'incidence des documents financiers sur le contrat de concession ;
- d) Les ententes directes ;
- e) La prise et l'exécution de nantissement ; et
- f) La participation des banques multilatérales de développement, des institutions de financement du développement et des organismes de crédit à l'exportation.

Les objectifs d'apprentissage clefs de ce module sont les suivants :

- a) Identifier les documents financiers fondamentaux dans une opération classique de financement de projet et comprendre leur utilité ;
- b) Comprendre l'interaction entre le financement par emprunt et par actions ainsi que les arrangements contractuels passés entre les différentes parties relativement à un financement de projet ;

## 5.1. Documents financiers essentiels d'un financement de projet

Le schéma ci-dessous illustre la manière dont les principaux documents financiers interagissent avec la structure type d'une transaction de PPP.



Chaque document financier de base est examiné plus en détail dans la présente section.

**a) Contrat de prêt et l'Accord sur les termes communs (Common Terms Agreement)**

L'accord de prêt énonce les conditions auxquelles les prêteurs avanceront les fonds à la Société de Projet, notamment les modalités de décaissement des fonds, les taux d'intérêt, les modalités de remboursement, les déclarations et garanties, les conditions préalables à remplir avant que les fonds ne soient avancés, les cas de défaut et les conséquences de ces cas de défaut (accélération du remboursement etc.).

L'accord de prêt prévoit le remboursement du prêt une fois la phase de construction achevée.

Dans la pratique, la date à laquelle le remboursement doit être effectué ne correspondra pas à la date de réception des recettes du projet. Ainsi, afin d'éviter que la Société de Projet ne dépense des fonds avant une date de remboursement, les paiements du gouvernement (ou les paiements de recettes telles que les péages) seront effectués sur un compte que contrôlent les prêteurs (le «compte de recettes»). Les sommes portées au crédit du compte de recettes à la date de remboursement seront ensuite utilisées pour les remboursements. S'il n'y a pas suffisamment de fonds sur le compte de recettes pour acquitter le montant total dû à la même date, l'accord de prêt prévoira un ordre de règlement, connu sous le nom de cascade de paiements ou chute des flux de trésorerie. En règle générale, les paiements seront effectués dans l'ordre ci-après : les coûts d'exploitation, les frais et dépenses, les intérêts, puis le principal. Les distributions aux actionnaires se classeront au bas de la cascade de paiements et ne seront autorisées qu'à la satisfaction de certaines conditions de distribution.

Dans une opération complexe où il existe un certain nombre de catégories différentes de prêteurs (par exemple, les banques commerciales qui octroient des prêts de premier rang (senior), les banques multilatérales de développement, les prêteurs relais en fonds propres), chaque catégorie de prêteurs peut avoir son propre accord de prêt. Si tel est le cas, les parties concluront généralement un «accord sur les termes communs» (en anglais le Common Terms Agreement ou «CTA») qui comprend les conditions communes applicables à la Société de Projet et à tous les prêteurs, par exemple, les déclarations, engagements et cas de défaut.

## b) Instruments de couverture

Si, par exemple, la Société de Projet reçoit des recettes du gouvernement (ou par le biais de paiements de recettes telles que les péages) dans la monnaie nationale, mais qu'elle est obligée d'effectuer des paiements au titre de l'accord de prêt dans une autre monnaie, par exemple le dollar des États-Unis, elle sera exposée aux fluctuations du taux de change entre ces deux monnaies. L'effet de ces fluctuations de change peut être compensé par des opérations de couverture. Cela signifie que la Société de Projet conclut un accord avec une contrepartie (souvent l'une des banques prêteuses qui sera dans ce cas appelée une banque de couverture) pour fixer à l'avance le taux de change entre la monnaie nationale et la monnaie de remboursement du prêt pour une période déterminée en échange d'une commission pour la contrepartie. Les banques de couverture (en anglais appelées «Hedging Banks») font généralement partie du pool bancaire et fourniront contre rémunération des instruments financiers dérivés pour protéger la Société de Projet contre certains risques (risque de taux de change, risque de taux d'intérêt etc.). Les prêteurs souhaitent que la Société de Projet réduise son exposition au risque de change en concluant des opérations de couverture, car si la Société de Projet subit une perte due aux fluctuations des taux de change, les prêteurs pourraient supporter une partie de cette perte.

La Société de Projet est également susceptible d'être tenue de payer un taux d'intérêt variable aux prêteurs en vertu de l'accord de prêt. Afin de garantir la certitude des flux futurs de paiement, la Société de Projet sera tenue de fixer le taux d'intérêt dans le cadre d'arrangements de couverture.

## c) Accords intercréanciers

Un accord type intercréanciers :

(i) Subordonnera les créanciers qui doivent être subordonnés. La question de savoir qui sera subordonné dépendra de la transaction en question. Généralement, on s'attendrait à voir la dette des actionnaires subordonnée à la dette bancaire. De même, toute dette mezzanine sera soumise à restrictions. Elle comprendra une cascade d'application antérieure et postérieure pour l'exécution des paiements (si cela n'est pas couvert ailleurs dans les documents, par exemple les dispositions relatives aux comptes, à l'accord de prêt ou l'accord sur les termes communs) ;

(ii) Classera la sûreté et traitera toute sûreté spécifique (sûreté fournie au profit principalement d'un créancier ou d'un groupe de créanciers) ;

(iii) Inclura des dispositions relatives à la nomination du fiduciaire ou

de l'agent des sûretés. Il est à noter que ceux-ci pourraient être inclus dans un acte de fiducie de sûreté distinct si le fiduciaire des valeurs mobilières est un tiers fiduciaire indépendant, comme une débenture légale ;

(iv) Réglementera la prise de décisions par les prêteurs. Toute décision importante devra être prise de façon coordonnée. L'accord inter créanciers énoncera les décisions qui exigent la participation de tous les prêteurs et les droits de vote ou la participation de chaque prêteur à ce processus décisionnel ; et

(v) Traitera de la position des banques de couverture.

En règle générale, la Société de Projet est partie à l'accord intercréanciers conjointement avec l'ensemble des créanciers de la Société de Projet (y compris les prêteurs de premier rang, l'agent, l'administrateur/l'agent des sûretés, tout fournisseur de crédit mezzanine et tout actionnaire de la Société de Projet). La Société de Projet aura intérêt à s'assurer que le processus décisionnel des prêteurs n'entraîne pas de retards inutiles dans la capacité de la Société de Projet à apporter des modifications au contrat de concession et aux autres documents du projet et n'ait autrement d'impact négatif sur sa gestion quotidienne du projet.

#### **d) Documents de garantie / Sûretés**

La Société de Projet accordera une garantie sur les actifs du projet et son/ ses actionnaire(s) immédiat(s) accordera/accorderont une garantie sur les actions de la Société de Projet et le droit de recevoir le remboursement de toute dette des actionnaires. La garantie est octroyée en faveur du fiduciaire ou de l'agent des sûretés.

#### **e) Accord sur les comptes**

Les prêteurs voudront exercer un contrôle sur les flux de trésorerie du projet. Notamment en imposant des restrictions assez strictes sur ce que la Société de Projet peut et ne peut pas faire avec le flux d'argent entrant et sortant du projet. Toutes les sommes d'argent devront transiter par l'un des comptes du projet. L'accord sur les comptes énonce les modalités relatives aux comptes du projet. La banque gestionnaire de compte (généralement l'un des prêteurs) tient les comptes du projet et sera partie à l'accord sur les comptes, conjointement avec la Société de Projet, l'agent et le fiduciaire/agent des sûretés.

Dans les projets africains, l'emprunteur est susceptible d'avoir des comptes à la fois « onshore » dans la juridiction locale et « offshore », par exemple, en Angleterre ou aux États-Unis. Un accord de comptes « offshore » et un accord de comptes « onshore » seront requis dans ce cas de figure.

Les comptes clés que vous verrez dans une transaction de financement de projet sont les suivants :

**Compte de recettes** – toutes les recettes perçues par la Société de Projet sont versées sur ce compte (y compris les paiements de nature à remplacer les recettes, tels que les dommages-intérêts liquidés ou le report du produit de l'assurance contre les pertes d'exploitation ou de retard de démarrage). Comme mentionné plus haut, une « cascade de paiements » ou « chute des flux de trésorerie » fonctionne sur ce compte – il s'agit d'un ordre de priorisation des paiements qui vise à donner la priorité au paiement des coûts du projet avant le service de la dette, puis le retour sur investissement pour les actionnaires.

**Compte de réserve pour le service de la dette** – une caractéristique du financement de projet est que la Société de Projet est souvent tenue de mettre de l'argent de côté sur un compte de réserve pour le service de la dette, afin de s'assurer que le projet dispose des fonds nécessaires pour rembourser les prêts et payer les intérêts pendant les six à douze mois suivants. Si la Société de Projet n'est pas en mesure de s'acquitter de ses obligations de paiement dans les délais requis, des fonds peuvent être prélevés sur ce compte de réserve à cette fin. Il est généralement nécessaire de renflouer le compte au niveau requis à la prochaine occasion disponible ;

**Compte de réserve pour l'entretien** – il s'agit d'un autre type de compte de réserve. Au cours de sa vérification préalable au début du projet, le conseiller technique du prêteur peut identifier les années particulières où des travaux d'entretien lourd sont nécessaires et qui entraîneront des dépenses de capital importantes. Pour éviter que cela n'ait un impact négatif sur la trésorerie du projet et n'augmente la probabilité d'un défaut de paiement de la part de la Société de Projet, les prêteurs exigeront que la Société de Projet mette de l'argent de côté à l'avance sur le compte de réserve pour l'entretien en vue de régler les frais d'entretien programmés ;

**Compte des produits de dédommagement** – ce compte contiendra le produit des dommages-intérêts fixés à l'avance, des dédommagements pour expropriation ou des paiements pour résiliation de contrat, jusqu'à ce qu'il soit prêt à être utilisé pour le remboursement de la dette ;

**Compte des produits d'assurance** – ce compte hébergera le produit de l'assurance dommages matériels dans la mesure où il n'est pas nécessaire de le placer dans un compte commun des produits d'assurance tenu par la Société de Projet au profit des prêteurs et du gouvernement. Les fonds

sur ce compte seront finalement utilisés pour le rétablissement du projet ou le remboursement anticipé de la dette impayée.

Très souvent, la Société de Projet tient des fonds qu'elle n'a pas besoin de dépenser dans un proche avenir, par exemple, sur les comptes de réserve. Dans l'intervalle, il est logique de permettre à la Société de Projet d'investir cet argent jusqu'à ce qu'il soit nécessaire. L'accord sur les comptes énoncera les règles relatives aux types d'investissements autorisés et les conditions auxquelles la Société de Projet est autorisée à effectuer ces investissements.

#### f) Accords directs

Les accords directs créent une relation contractuelle directe entre les prêteurs et les principales contreparties contractuelles au projet, par exemple l'entrepreneur en construction, l'exploitant et le gouvernement.

#### g) Accord d'appui de fonds propres/accord d'appui aux actionnaires

Il s'agit de l'accord entre les investisseurs dans le projet (pacte d'actionnaires), toute société holding de la Société de Projet, la Société de Projet et les prêteurs (ou leur agent) qui régit la relation entre eux et prévoit les dispositions en matière de fonds propres pour le financement du projet.

L'accord comportera également des restrictions quant à la capacité des investisseurs dans le projet de céder leurs participations à des tiers, au moins jusqu'à une période convenue après l'achèvement du projet. L'objectif visé est de s'assurer que les investisseurs dans le projet, qui ont été sélectionnés pour leur expérience dans des projets similaires, restent en place jusqu'à ce que le projet donne de bons résultats.

### RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

#### Documents financiers de base

- L'accord de prêt énonce les conditions auxquelles les prêteurs avanceront les fonds à la Société de Projet et couvre les modalités des décaissements futurs, les taux d'intérêt, le calendrier de remboursement une fois la construction achevée, les conditions préalables à remplir avant que les fonds ne soient avancés, les cas de défauts et les conséquences de ces cas de défaut.
- Si le projet de PPP est complexe et qu'il existe différentes catégories de prêteurs, chaque catégorie pourrait avoir son propre accord de prêt et toutes les parties concluent donc un « accord sur les termes communs » qui inclut les termes communs applicables à la Société de Projet et à tous les prêteurs, par exemple les déclarations, les engagements et les cas de défauts.
- Des accords de couverture seront conclus entre la Société de Projet et une contrepartie pour protéger la Société de Projet des fluctuations des taux de change ou des taux d'intérêt.
- L'accord intercréanciers gère l'ordre des paiements et le classement des sûretés des divers créanciers ; il comprend des dispositions pour la nomination du fiduciaire/de l'agent des sûretés ; il réglemente la prise de décisions par les prêteurs et traite de la position des banques de couverture. La Société de Projet est partie à l'accord car elle souhaite s'assurer que les décisions prises par les prêteurs n'interfèrent pas indûment avec la gestion quotidienne du projet ou avec la modification des documents clés du projet.

- L'accord sur les comptes énonce les conditions relatives aux comptes du projet et le niveau de contrôle (et les mécanismes de restriction) que les prêteurs exercent sur les flux de trésorerie du projet. Les comptes clés d'une opération de financement de projet sont : le compte de recettes, le compte de réserve pour le service de la dette, le compte de réserve pour l'entretien, le compte des produits de dédommagement et le compte des produits d'assurance.
- Les ententes directes créent une relation contractuelle directe entre les prêteurs et les principales parties contractuelles au projet.
- L'accord d'apport de fonds propres/l'accord de soutien des actionnaires régit les relations entre les investisseurs dans le projet, toute société holding de la Société de Projet et les prêteurs. Il traite de la façon dont les fonds propres sont apportés au projet et restreint la capacité des investisseurs dans le projet de transférer leurs participations pendant une période donnée.

## 5.2. Dispositions concernant les fonds propres

### a) Quel montant de fonds propres les investisseurs dans le projet doivent-ils apporter au projet ?

Tous les projets exigent qu'une partie de leur coût total soit supportée par les investisseurs. Les investisseurs dans le projet apportent une contribution sous forme de fonds propres véritables (c'est-à-dire du capital social) et de dettes subordonnées à des fonds propres (octroi de prêts ou souscription d'emprunts obligataires). Le «ratio de levier financier» (ou ratio dette/fonds propres, comme on l'appelle également) teste la proportion de la dette dans le projet par rapport au montant des fonds propres apportés par les investisseurs dans le projet. La proportion requise de fonds propres varie selon la juridiction et le projet. Plus le projet est risqué, plus l'exigence de fonds propres est élevée. Pour les PPP au Royaume-Uni, par exemple, ce ratio est souvent de 90:10 et pour un projet d'infrastructure en Afrique, il est plus susceptible d'être de 70:30.

### b) Formes des fonds propres

Les fonds propres peuvent être apportés à une Société de Projet sous l'une des deux formes suivantes : soit des fonds propres véritables (capital-actions libéré), soit une dette subordonnée à des fonds propres.

Le capital-actions libéré est votre «fonds propre véritable» type. Sous cette forme, les investisseurs dans le projet recevront leur retour sur investissement sous forme de dividendes. Toutefois, c'est un problème très courant pour les investisseurs dans le projet que les dividendes ne puissent être générés qu'à partir des bénéfices réalisés, ce qui signifie que leurs liquidités sont «bloquées» dans la Société de Projet et ne peuvent être restituées aux investisseurs ou affectées à d'autres investissements qu'à une date ultérieure.

Les investisseurs préfèrent souvent les prêts subordonnés aux fonds propres comme moyen de contourner ce problème, car les investisseurs dans le projet recevront leur retour sur investissement sous forme d'intérêts sur ces prêts.

Les prêts subordonnés seront assujettis au remboursement de la dette de premier rang (c'est-à-dire de la dette de financement de projet des prêteurs). Certaines juridictions peuvent avoir des règles sur la sous-capitalisation qui empêchent une société d'être fortement endettée (d'avoir plus de dettes que de fonds propres véritables). La raison d'être de ces règles tient au fait que lorsqu'une société est financée par ses actionnaires au moyen d'une combinaison d'emprunt et de fonds propres et que les actionnaires n'ont introduit qu'un montant nominal de capital-actions libéré, la société dispose alors de réserves financières moins importantes pour faire face à ses obligations.

De même, certains prêteurs, comme les organismes de crédit à l'exportation, peuvent exiger qu'au moins 50 % des fonds propres soient des «fonds propres véritables».

Les prêteurs voudront garantir les droits de la Société de Projet et ceux des investisseurs dans le projet en ce qui concerne les prêts subordonnés aux fonds propres. En effet, dans un scénario d'exécution, les prêteurs voudront faire respecter les obligations des investisseurs dans le projet d'effectuer les paiements à la Société de Projet qui ne l'ont pas encore été, et ils voudront également s'assurer que les montants à rembourser aux investisseurs dans le projet ne seront pas distribués avant le remboursement de la dette de premier rang.

### **c) À quel moment apporte-t-on les fonds propres au projet ?**

C'est une question de répartition des risques qui dépendra du projet, notamment des facteurs tels la technologie, le marché, la juridiction et les investisseurs dans le projet.

Les investisseurs dans le projet ne veulent généralement pas investir leurs fonds propres à l'avance, car cela affecte leur retour sur investissement sur la base de la valeur temporelle de l'argent. D'autre part, les prêteurs voudront s'assurer de l'engagement des investisseurs à l'égard du projet en s'assurant que leurs fonds propres sont investis avant que les prêteurs ne procèdent à des prêts.

Dans de nombreuses transactions, la position négociée est que les fonds propres sont répartis au prorata, ce qui signifie que les fonds propres et la dette seront investis en même temps, conformément au ratio dette/fonds propres convenu. Ainsi, par exemple, si un projet va coûter 100 dollars EU, les prêteurs et les investisseurs dans le projet peuvent convenir d'un ratio dette/fonds propres de 80:20. Cela signifie que pour chaque tranche de 8 dollars EU de dette contractée, les investisseurs doivent s'assurer que 2 dollars EU de fonds propres sont également injectés en permanence.

Les fonds propres financés par étape sont des fonds qui sont affectés après la dette, c'est-à-dire à la fin de la période de construction. Ce scénario est très inhabituel.

On peut avoir recours à un prêt-relais sous forme de fonds propres lorsque les investisseurs dans le projet veulent retarder leur contribution, mais que les prêteurs veulent que cette contribution soit faite au prorata ou à l'avance. La structure d'un prêt-relais sous forme de fonds propres permet aux investisseurs dans le projet de retarder l'injection de leurs liquidités dans la Société de Projet, mais les prêteurs considéreront que les fonds propres ont déjà été apportés.

#### **d) Quelles sont les facilités de prêt-relais sous forme de fonds propres ?**

Les facilités de prêts-relais sous forme de fonds propres constituent un moyen courant pour les investisseurs dans le projet d'injecter des fonds propres dans une Société de Projet, mais de différer dans le même temps le décaissement réel en espèces requis.

La structure fonctionne comme suit :

##### *Calendrier des apports de fonds propres*

Les investisseurs dans le projet conviennent avec les prêteurs du moment où ils doivent injecter leurs fonds propres, soit en totalité avant le premier tirage des prêts de financement du projet, soit au prorata des prêts de financement du projet.

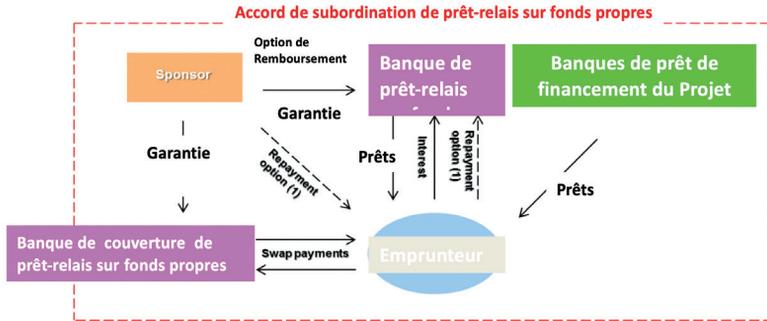
##### *Facilités de prêts-relais sous forme de fonds propres*

Par ailleurs, les investisseurs dans le projet font en sorte que ces fonds propres soient fournis par des banques commerciales dans le cadre de facilités de prêts-relais sous forme de fonds propres. Il peut s'agir de banques tierces ou de banques qui octroient également des prêts de premier rang. L'emprunteur est la Société de Projet, mais le prêteur-relais sous forme de fonds propres bénéficiera de garanties d'entreprise émises par les investisseurs dans le projet (ou de lettres de crédit qu'ils auront obtenues auprès d'une banque ayant une notation appropriée).

Les intérêts au titre des facilités de prêt-relais sous forme de fonds propres sont payés périodiquement pendant la phase de construction ou capitalisés (c'est-à-dire capitalisés pour faire partie du montant principal), mais le principal est remboursé en une seule tranche vers la fin de la phase de construction en ayant recours à la contribution des investisseurs dans le projet. Il peut y avoir des arrangements distincts de couverture du prêt-relais sous fonds propres (voir ci-dessous).

Les fonds apportés par les prêteurs-relais en fonds propres sont traités comme des fonds propres aux fins du ratio dette/fonds propres convenu avec les prêteurs pour le financement du projet.

## Structure type des facilités de prêt-relais



### Remboursement et couverture

Si les intérêts ne sont pas capitalisés, les fonds nécessaires au paiement des intérêts au titre des prêts-relais sous forme de fonds propres sont généralement fournis par les prêteurs du financement du projet (puisque'il s'agit des intérêts payés pendant la phase de construction) et, par conséquent, ces montants sont inclus dans les exigences de financement globales du projet. Les prêteurs du financement du projet peuvent exiger que ces montants soient plafonnés, auquel cas, l'exposition au risque de taux d'intérêt variable dans le cadre des facilités de prêts-relais sous forme de fonds propres est couverte. Toute couverture de prêt-relais sous forme de fonds propres est généralement fournie par le prêteur-relais en fonds propres lui-même et la contrepartie serait la Société de Projet, mais la banque de couverture de prêt-relais sous forme de fonds propres bénéficierait également de garanties d'entreprise de la part des investisseurs dans le projet (ou lettres de crédit).

Lorsqu'il y a plusieurs investisseurs dans un projet, il peut y avoir plus d'une facilité et de couverture de prêts-relais sous forme de fonds propre. Par exemple, s'il y a deux investisseurs dans le projet, il peut y avoir deux contrats de prêts-relais sous forme de fonds propres, deux contrats de couverture de prêts-relais sous forme de fonds propres et quatre garanties de prêt-relais sous forme de fonds propres/lettres de crédit. Les garanties/lettres de crédit sont généralement accordées sur une base individuelle (et non sur une base conjointe et solidaire). Sinon, un prêt-relais sous forme de fonds propres sera mis en place avec plusieurs responsabilités des investisseurs dans le projet, proportionnelles à leur pourcentage d'actionariat.

### Subordination totale

Les prêteurs-relais en fonds propres et les banques de couverture de prêts-relais sous forme de fonds propres seront entièrement subordonnés aux prêteurs de financement du projet. Dans la pratique, cela signifie qu'après un cas de défaut dans le cadre du financement du projet, leurs créances à l'égard de la Société de

Projet peuvent généralement être éteintes automatiquement et leur seul recours est contre les investisseurs dans le projet en vertu des garanties (ou lettres de crédit). Avant un cas de défaut, la Société de Projet aurait généralement le droit de payer les intérêts des prêteurs-relais sous forme de fonds propres (comme indiqué ci-dessus, si elle n'était pas capitalisée, elle serait financée à partir de tirages dans le cadre des prêts de financement du projet). La Société de Projet devrait également être habilitée à rembourser le principal, bien que le flux exact des fonds nécessaires à l'exécution des prêts-relais sous forme de fonds propres soit généralement négociable – les fonds seraient versés directement par les investisseurs dans le projet aux prêteurs-relais sous forme de fonds propres (option de remboursement 2 dans le schéma ci-dessus) ou par ces derniers à la Société de Projet, qui à son tour paie les prêteurs-relais en fonds propres (option de remboursement 1 dans le schéma ci-dessus) (la première étant la meilleure option si les règles comptables locales le permettent).

Une fois que les investisseurs dans le projet ont apuré les prêts-relais en fonds propres, un montant équivalent est ensuite converti en capital-actions et/ou en prêts subordonnés.

**e) Les facilités de prêts-relais sous forme de fonds propres sont-elles courantes ?**

Oui, elles sont standard sur certains marchés.

Les structures sont populaires auprès des soumissionnaires puisqu'elles leur permettent effectivement de différer les obligations d'apport de fonds propres. Le premier jour, les fonds propres sont apportés par une banque tierce et le soumissionnaire n'est donc pas tenu d'effectuer un décaissement en espèces.

**f) Quand sont versés les dividendes ?**

Les investisseurs dans le projet seront fort désireux de recevoir leur retour sur investissement. Toutefois, les prêteurs auront besoin que le projet remplisse certaines conditions avant d'autoriser la distribution de ces dividendes. Dans le cadre du financement du projet, les «distributions» comprendront à la fois les dividendes versés sur les fonds propres réels et les intérêts ainsi que les remboursements du principal sur les prêts subordonnés aux fonds propres. Il y a généralement deux niveaux de restrictions :

Les recettes du projet doivent être versées sur le compte de recettes (un compte tenu au nom de la Société de Projet auprès de la banque gestionnaire du compte), puis passer par la cascade de paiements. La cascade de paiements est un mécanisme selon lequel les recettes doivent d'abord être affectées aux coûts du projet, aux coûts de financement, au remboursement du principal, aux exigences de réserve pour le service de la dette et aux autres frais et dépenses, selon un ordre de priorité convenu. S'il reste des liquidités une

fois que tous ces coûts ont été payés, les investisseurs dans le projet voudront alors que ce reliquat de liquidités leur soit transféré (soit directement, soit par versement dans un «compte de distributions») ; et

La Société de Projet ne sera pas autorisée à effectuer des distributions à partir des fonds sur le compte de recettes ou le compte de distributions tant que certaines conditions ne seront pas remplies. Ces conditions se déclinent généralement comme suit : les travaux de construction ont été achevés ; il n'y a pas de manquement continu en vertu des documents financiers ; tous les montants payables en vertu des documents financiers ont été réglés et le projet fonctionne comme prévu par référence aux engagements financiers pris par la Société de Projet.

### g) Comment se hiérarchisent les dettes ?



## **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

### **Dispositions concernant les fonds propres**

- Les investisseurs dans le projet contribuent au financement des coûts du projet sous forme de fonds propres ou de dette subordonnée des actionnaires. C'est le « ratio de levier financier » (le montant de la dette du projet par rapport au montant des fonds propres apportés). Certaines juridictions empêchent les entreprises d'être fortement endettées (c'est-à-dire d'avoir plus de dettes que de fonds propres).
- Les fonds propres peuvent être apportés sous forme de « fonds propres véritables » (capital-actions libéré), où les investisseurs dans le projet perçoivent un retour sur leur investissement sous forme de dividendes ou de dettes subordonnées (octroi de prêts), où les investisseurs dans le projet perçoivent leur retour sur investissement sous forme d'intérêts sur les prêts. La dette subordonnée est assujettie au remboursement de la dette de premier rang du prêteur. Les documents financiers comprendront des restrictions sur le paiement de dividendes/les distributions aux investisseurs dans le projet.
- Selon le projet, les fonds propres peuvent être apportés avant, au prorata ou après la dette de premier rang, mais la formule avant ou au prorata est la plus courante. L'on peut avoir recours à un prêt-relais en fonds propres lorsque les investisseurs dans le projet désirent retarder leurs apports en fonds propres. Les décaissements du prêt-relais en fonds propres seront traités comme des apports de fonds propres aux fins du ratio de levier financier.

### **5.3. Impact des documents financiers sur le contrat de concession**

Comme nous l'avons vu plus haut, une opération de financement de projet implique toute une matrice de contrats qui doivent tous travailler ensemble pour s'assurer que le projet est réalisé et fonctionne comme prévu afin d'obtenir les flux de trésorerie nécessaires pour rembourser la dette de premier rang et permettre aux investisseurs dans le projet d'obtenir un retour sur investissement.

Du côté de l'État, il voudra s'assurer qu'aucune disposition des documents financiers n'a d'impact sur la capacité de la Société de Projet à honorer ses obligations découlant du contrat de concession, ou que des responsabilités plus importantes qu'il n'a convenu de supporter au moment de la signature du contrat de concession ne lui seront imposées du fait d'une telle disposition.

Il y a un certain nombre de domaines qu'un gouvernement, les parties financières et la Société de Projet devraient prendre en considération au moment de la négociation des documents financiers :

a) Les parties voudront s'assurer que les paiements réguliers au titre du contrat de concession soient d'un montant suffisant pour couvrir la dette de premier rang – ce qui sera le cas lors du bouclage financier, mais les déductions pour des problèmes de performance auront une incidence sur le montant que le gouvernement verse à la Société de Projet sous forme de paiements de mise à disposition, ou des volumes inférieurs au volume du trafic modélisé auront une incidence sur les recettes du projet. Tous ces facteurs devront être traités dans le modèle financier préalable au bouclage financier (en testant les résultats d'une contre-performance) et dans les documents financiers (les prêteurs interdiront généralement les distributions aux investisseurs dans le projet lorsque le projet ne fonctionne pas pour les encourager à prendre des mesures actives, afin de remédier aux problèmes de performance) ;

b) La façon dont la date d'achèvement est définie dans le contrat de concession – les prêteurs voudront que la définition de la date d'achèvement dans les documents financiers concorde avec la définition du contrat de concession, afin de s'assurer que les obligations après achèvement dans les deux documents s'appliquent en temps opportun ;

c) Quand le gouvernement peut-il résilier le contrat de concession pour cause de retard par rapport à la date d'achèvement ? Les prêteurs voudront s'assurer que cette date est postérieure à la date à laquelle ils sont autorisés à exercer les droits de subrogation en vertu de l'accord direct avec le gouvernement. Les prêteurs voudront avoir la possibilité de remédier à tout problème avant la résiliation du contrat de concession ;

d) Le gouvernement devrait-il être tenu responsable des obligations grandissantes de la Société de Projet à l'égard des prêteurs en raison des modifications apportées aux documents financiers après le bouclage financier ? Le gouvernement voudra limiter sa responsabilité aux seules obligations qu'il a acceptées par contrat d'assumer au bouclage financier. Il est courant que les contrats de concession comportent des formulations limitant les obligations du gouvernement (par exemple, le versement d'un dédommagement à la résiliation) aux seules obligations figurant dans les documents financiers initialement conclus ;

e) Y a-t-il une non concordance entre la monnaie des recettes du projet (c'est-à-dire les paiements au titre du contrat de concession ou des péages) et la monnaie de la dette de premier rang ? Si les obligations ne concordent pas, la Société de Projet peut être amenée à effectuer des opérations de couverture de change, afin de payer les prêteurs ;

f) Un soutien gouvernemental est-il nécessaire ? Par exemple, les pouvoirs publics sont-ils tenus d'accorder une garantie (par exemple, s'il y a un acheteur public), des avantages fiscaux sont-ils requis, une subvention est-elle nécessaire pour les usagers du projet dont le nombre est inférieur aux prévisions ?

g) Existe-t-il des restrictions à l'exécution du nantissement par les prêteurs de

premier rang, par exemple s'ils souhaitent transférer des actions de la Société de Projet à un tiers, mais la loi exige une certaine propriété locale du projet ?

**h)** Comment le produit de l'assurance relatif au projet devrait-il être mis en œuvre par exemple, à la reconstitution ou au remboursement anticipé de la dette de premier rang ? Le gouvernement voudra que le projet soit reconstitué et le contrat de concession prévoira la reconstitution dans la plupart des cas, mais les prêteurs voudront peut-être que le produit soit affecté au remboursement anticipé de la dette, en particulier dans un scénario de perte totale. Il peut être nécessaire d'avoir un compte d'assurance conjoint aussi bien pour les prêteurs que pour le gouvernement dans lequel le produit de l'assurance est versé en attendant une entente sur la reconstitution ou le remboursement anticipé ;

**i)** Combien le gouvernement devrait-il payer à la résiliation et ce paiement couvrira-t-il tous les montants dus aux prêteurs de premier rang ? Les prêteurs exigeront le dédommagement sur les paiements de résiliation pour couvrir la dette de premier rang ;

**j)** Les prêteurs s'attendent généralement à ce que la Société de Projet constitue un nantissement sur les droits découlant du contrat de concession. Cela n'est généralement pas matière à controverse pour le gouvernement et les documents devront prévoir le consentement à ce nantissement ;

**k)** L'interaction entre les cas de défaut en vertu du contrat de concession et l'accord de prêt – les prêteurs voudront s'assurer que le contrat de concession prévoit la résiliation en cas de défaut continu en vertu de l'accord de prêt, afin d'obtenir du gouvernement un dédommagement en cas de résiliation. Cette disposition est généralement incluse en tant que défaut de l'entrepreneur dans le contrat de concession ;

**l)** Les prêteurs voudront avoir une relation contractuelle directe avec le gouvernement par rapport à certaines questions – il est courant pour le gouvernement de conclure un «accord direct avec les bailleurs de fonds» avec les prêteurs.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Impact sur le contrat de concession

- Lors de la négociation des documents financiers, le gouvernement, les parties financières et la Société de Projet devront examiner comment certaines questions interagissent avec le contrat de concession et ont un impact sur celui-ci.
- Par exemple : si les paiements réguliers au titre du contrat de concession seront d'un montant suffisant pour couvrir les remboursements de la dette de premier rang de la Société de Projet au titre des documents financiers ; l'importance de la définition de la «date d'achèvement» dans les deux séries de documents, les prêteurs voudront s'assurer qu'ils peuvent exercer leurs droits de subrogation au titre de l'accord direct avec le gouvernement avant que celui-ci ne puisse résilier le contrat de concession pour cause de retard dans la date d'achèvement ; la manière dont les cas de défaut au titre du contrat de concession interagissent avec ceux prévus dans les documents financiers.

### 5.4. Les accords directs

a) Si la Société de Projet ne s'est pas conformée aux obligations qui lui incombent en vertu de l'un des documents du projet, la contrepartie à ce document du projet sera habilitée à le résilier. Il est probable que cela se produise en même temps que les prêteurs ont le droit d'appliquer leur nantissement. Comme nous le verrons plus loin lorsque nous examinerons les nantissements, la capacité des prêteurs à exécuter leurs nantissements à l'égard du projet est très importante, mais en termes réels, elle est fragmentaire et peut ne pas donner le montant souhaité pour rembourser le prêt. Les prêteurs peuvent estimer qu'eux-mêmes, ou un tiers désigné par eux, pourraient mieux gérer le projet que la Société de Projet et que, plutôt que d'exécuter le nantissement, ils préféreraient prendre en main le projet comme une entreprise fonctionnelle en vue de remédier aux défauts qui ont donné à la contrepartie le droit de résilier le contrat. Le problème est que les prêteurs n'ont aucune relation contractuelle avec les contreparties du projet dans le cadre du document du projet pertinent. Comment peuvent-ils alors empêcher la contrepartie d'y mettre un terme ?

b) Ceci est réalisé par des «accords directs» qui créent des relations juridiques directes entre les prêteurs et chaque partie aux documents du projet. Un accord direct stipule que la partie intéressée par le document du projet n'exercera pas ses droits de résiliation ou de liquidation de la Société de Projet avant que les prêteurs aient eu la possibilité de gérer eux-mêmes le projet. Cette option est connue sous le nom de droit de subrogation.

c) En termes simples, un accord direct :

Est un accord tripartite entre les prêteurs et les parties aux documents clés du projet ;

Prévoit des droits de subrogation en faveur des prêteurs et un engagement de la part de la contrepartie aux documents du projet de ne pas mettre un terme au projet ni de prendre d'autres mesures défavorables sans en aviser au préalable les prêteurs et sans leur donner le temps de décider s'ils veulent y donner suite. Pendant cette période (le «délai de moratoire») et toute période de subrogation, la contrepartie aux documents du projet acceptera également de s'acquitter de ses obligations au titre desdits documents ; et

Permet généralement à la Société de Projet d'accorder aux prêteurs un nantissement sur les droits que lui confère le document du projet pertinent.

d) Les accords directs peuvent avoir des avantages pour la contrepartie. Par exemple, la plupart des ententes directes contiendront une promesse des prêteurs selon laquelle, s'ils prennent le relais, les montants dus par la Société de Projet à la contrepartie seront remboursés par les prêteurs.

e) L'accord direct comportera souvent également des restrictions quant à la personne que les prêteurs décident de désigner comme représentant, en cas de subrogation, ou quant à l'identité du cessionnaire s'ils décident d'exécuter le nantissement et de vendre les actions de la Société de Projet à une tierce partie. Ceci peut revêtir la forme de droits de préemption sur la vente des actions de la Société de Projet ou de l'exigence que le représentant ou le cessionnaire ne soit pas un concurrent et qu'il ait les capacités financières et techniques suffisantes pour assumer les obligations pertinentes.

Accord direct des bailleurs de fonds

f) On s'attend à ce qu'un gouvernement conclue un accord direct avec les prêteurs – généralement appelé **accord direct des bailleurs de fonds**.

g) Le gouvernement accordera une attention particulière aux points ci-après :

L'identité de tout cessionnaire afin de s'assurer que le développement de l'infrastructure pour lequel il a initialement passé un contrat (généralement en raison d'un besoin public urgent) est effectivement réalisé par un entrepreneur de bonne réputation et compétent disposant de l'expertise technique et du soutien financier appropriés ;

La durée de toute période de subrogation – le gouvernement voudra s'assurer que les prêteurs prennent des mesures diligentes pour remédier au cas de défaut en vertu du contrat de concession dans un délai aussi bref que possible avant d'avoir le droit de mettre un terme au contrat de concession et de reprendre le projet en propriété publique ; et

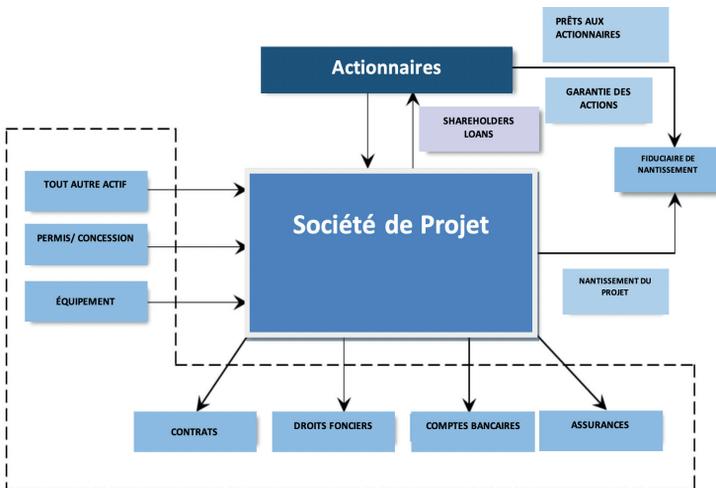
Convenir de ce qui se passe après le paiement du dédommagement de résiliation si les prêteurs n'ont pas recouvré la totalité du montant de la dette de premier rang. Dans ce scénario, les prêteurs voudront être en mesure d'exécuter leur nantissement par rapport au solde de la dette de premier rang, mais le gouvernement se tournera également vers les actifs du projet pour recouvrer son investissement ou pour reprendre le projet en propriété publique, afin de poursuivre la construction ou de remédier aux vices pour restaurer le plein rendement du projet. L'accord direct peut régir les droits des prêteurs et du gouvernement concernant la priorité sur les actifs du projet dans cette situation.

### RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

#### Ententes directes

- Ces ententes créent une relation contractuelle entre les prêteurs et les contreparties aux documents du projet. Si la Société de Projet ne respecte pas le document du projet, la contrepartie au contrat peut souhaiter exercer son droit de résilier le contrat. Toutefois, l'accord direct interdira à la contrepartie d'exercer ses droits de résiliation avant que la possibilité n'ait été donnée aux prêteurs de remédier eux-mêmes au problème. Ces droits sont dénommés droits de « subrogation ».
- Il n'est pas rare de voir des restrictions quant à la personne que les prêteurs désignent comme représentant (dans le cas d'une subrogation) ou à qui les prêteurs transfèrent la propriété de la Société de Projet s'ils décident d'exécuter un nantissement et de vendre leurs actions dans la Société de Projet.

## 5.5. La prise et l'exécution des nantissements



## a) Pourquoi les prêteurs prennent-ils un nantissement ?

### Caractère «agressif» du nantissement

En cas de défaut d'un emprunteur, les prêteurs peuvent prendre possession des actifs ayant fait l'objet de nantissement et les vendre pour rembourser la dette. C'est la vision classique du nantissement et la principale raison de prendre des nantissements dans de nombreux types d'opérations. Toutefois, dans un contexte de financement de projet, ce n'est pas là la raison principale de prendre un nantissement. Prenons l'exemple d'un projet routier – les actifs du projet comprendront la route (une fois construite), mais il n'y a pas beaucoup de valeur dans une route à moitié construite, ou un marché prêt à l'acheter (surtout en tenant compte des restrictions potentielles sur l'identité de la Société de Projet, par exemple l'exigence qu'elle soit une entité locale). La Société de Projet peut avoir d'autres actifs, par exemple du matériel de déblayage, mais ce matériel peut être loué ou ne pas valoir grand-chose par rapport au montant de l'encours de la dette de premier rang.

### Caractère «défensif» du nantissement

Si les prêteurs prennent un nantissement sur un actif, cela réduit le risque que d'autres créanciers obtiennent un intérêt dans les actifs du projet ou prennent des mesures perturbatrices, telles que des procédures d'insolvabilité, car ils viendraient après le prêteur garanti dans une telle action. Il s'agit là d'un motif principal de nantissement dans une opération de financement de projet car, souvent, et surtout pendant la phase de construction, la valeur des actifs sera inférieure à l'encours de la dette.

### Gestion et contrôle

Le nantissement peut (selon la juridiction) habiliter les prêteurs à :

- (A) Prendre la propriété de la Société de Projet et gérer le projet ;
- (B) Donner aux prêteurs la possibilité de négocier avec les contreparties contractuelles en cas de défaut, afin de restructurer le projet ou de solliciter le soutien du gouvernement, par exemple ; et/ou
- (C) Nommer un administrateur judiciaire au sein de la Société de Projet, ce qui donne aux prêteurs un plus grand contrôle sur la procédure d'insolvabilité.

## b) Types de nantissements

L'ensemble des nantissements relatifs à une opération de financement de projet dépendra d'un certain nombre de facteurs : la nature des actifs du projet (par exemple, s'ils sont corporels ou incorporels, meubles ou immeubles) et leur

situation géographique – l'actif est-il situé «sur le territoire» (c'est-à-dire situé dans une juridiction donnée ou régi par la loi de ladite juridiction) ou «à l'étranger» (tout autre actif) ?

Le nantissement accordé par la Société de Projet couvrira généralement ce qui suit :

<b>Actifs sur le territoire</b>	<b>Actifs à l'étranger</b>
Intérêts fonciers liés au projet	Droits découlant des contrats de construction et d'approvisionnement
Équipement	Droits découlant des garanties de l'entrepreneur et des garanties de bonne exécution
Comptes bancaires	Comptes bancaires
Droits en vertu du contrat de concession	Appui à l'exécution
Droits en vertu de l'accord d'achat	Contrats de construction et d'approvisionnement
Assurance (si l'actif se trouve sur place)	Assurances/réassurance
	Prêts des actionnaires

En outre, les prêteurs s'attendent à recevoir un nantissement pour ce qui suit : Les actions dans la Société de Projet afin d'assurer l'objet de gestion du nantissement mentionné ci-dessus ; et

Tout prêt d'actionnaire – afin d'apurer la dette de l'actionnaire lors de l'exécution pour faciliter la vente de la Société de Projet lors de l'exécution.

Ce nantissement sera accordé soit par une société holding, soit par les investisseurs dans le projet en fonction de la structure du projet. Comme indiqué plus haut, il n'est pas rare d'inclure une société holding entre la Société de Projet et les investisseurs dans le projet à des fins de structuration fiscale ou parce que les investisseurs dans le projet sont limités par les conditions de leurs propres emprunts d'entreprise qui les empêchent d'accorder un nantissement.

### **c) Soutien des investisseurs des projets**

Dans un nombre de cas limités, les investisseurs dans le projet pourraient apporter un soutien sous une forme ou une autre en plus de l'apport en fonds propres requis (voir la section 5.3(a) et (b) ci-dessus). Il peut s'agir d'une forme de garantie d'achèvement ou de dépassement des coûts et cela dépendra de la nature du projet, de la juridiction et du degré de risque que l'achèvement du projet accuse du retard. L'on y a recours généralement dans le cas de projets qui utilisent une technologie non éprouvée.

Le soutien peut être garanti par une lettre de crédit bancaire, une garantie des investisseurs dans le projet ou une augmentation de la contribution en fonds propres si des lignes de crédit confirmées ou des facilités de dépassement de coûts sont nécessaires.

#### **d) Exécution et insolvabilité**

Comme nous l'avons vu plus haut, l'objectif classique de la prise de nantissement dans une opération de financement est problématique dans le cas d'un financement de projet. Il peut être difficile d'exécuter l'ensemble des nantissements fournis par les prêteurs pour un certain nombre de raisons :

- a) Il est probable que les consentements du gouvernement soient requis pour un changement de propriété de la Société de Projet ou la vente des actifs du projet – une concession de projet ne peut simplement être transférée à une autre partie ;
- b) Les tribunaux locaux appliqueront-ils les accords régis par le droit étranger (par exemple, l'accord de prêt) ou les jugements de tribunaux étrangers ou les sentences arbitrales ?
- c) Dans certains pays, il pourrait y avoir un moratoire sur l'insolvabilité, empêchant dans la pratique les prêteurs d'exécuter leur nantissement ;
- d) Dans de nombreuses juridictions, les recours en exécution ne peuvent être exercés que par l'intermédiaire des tribunaux ;
- e) La vente judiciaire peut être la principale (ou la seule) mesure d'exécution et le concept de séquestre (ou un concept similaire) peut ne pas exister ;
- f) La priorité en termes de rang peut être accordée aux créanciers privilégiés importants sur tous les types de nantissement.

Au début de la transaction, les prêteurs devront comprendre la situation en matière d'application de la loi dans la juridiction concernée, afin d'être prêts si les choses tournent mal pendant la durée du projet.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Nantissement, exécution et insolvabilité

- Les prêteurs voudront toujours prendre un ensemble complet de nantissements pour s'assurer qu'ils ont le plus de chances possibles de recouvrer les sommes avancées à la Société de Projet. La principale raison de prendre un nantissement sur un actif dans les opérations de financement de projet vise à réduire le risque de concurrence (d'autres créanciers prenant une participation dans les actifs du projet) ou le risque de perturbation de l'avancement du projet (par exemple, un créancier qui engage une procédure d'insolvabilité). Le nantissement donne aux prêteurs l'assurance qu'ils peuvent contrôler tous les aspects du projet, qu'il s'agisse de la prise en charge et de la gestion du projet, des relations avec les contreparties contractuelles et de la nomination d'un praticien de l'insolvabilité si une procédure d'insolvabilité est engagée.
- Le type de nantissement pris sera fonction de l'opération de financement du projet et de la nature des actifs concernés, par exemple s'il existe des actifs sur le territoire (terrains, équipements, comptes bancaires, etc.) ou à l'étranger (droits découlant des contrats de construction et d'approvisionnement ou des garanties fournis par l'entrepreneur, les assurances, les prêts des actionnaires, etc.).
- Les prêteurs voudront également prendre des nantissements sur les actions dans la Société de Projet (pour qu'elle puisse exercer un contrôle total) et sur les prêts des actionnaires (pour qu'elle puisse s'acquitter plus facilement de la dette des actionnaires en cas d'exécution, ce qui facilitera une vente rapide de la Société de Projet si nécessaire).
- Il n'est pas rare que les prêteurs se heurtent à d'importantes difficultés lorsqu'ils tentent de faire exécuter leur ensemble de nantissements pour diverses raisons : souvent, les changements de propriété de la Société de Projet ou de ses actifs nécessitent l'accord du gouvernement ; la nature étrangère des documents de nantissement, les concepts étrangers du séquestre ou du fiduciaire et la situation à l'étranger des actifs peuvent également poser problème.

## 5.6. Participation des banques multilatérales de développement, des institutions de financement du développement et des agences de crédit à l'exportation

### a) Introduction

Les banques multilatérales de développement sont des institutions telles que la Banque Mondiale, la Banque Africaine de Développement et la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement ou d'autres organismes internationaux créés pour aider au développement des économies. Elles apporteront un appui aux gouvernements pour élaborer des projets par le biais de produits d'atténuation des risques tels que la couverture des risques politiques ou par d'autres moyens (par exemple, les prêts directs, la fourniture de fonds pour le soutien gouvernemental). Les institutions financières internationales

sont des institutions bilatérales, régionales ou multilatérales soutenues par les pays développés qui ont pour mandat de fournir un financement aux participants du secteur privé en vue de promouvoir la croissance économique et de soutenir le développement social. Il s'agit d'institutions telles que la Société Financière Internationale et la Banque Européenne d'Investissement.

Les agences de crédit à l'exportation sont des institutions (souvent publiques ou parapubliques) qui fournissent un appui soutenu par le gouvernement (prêts, garanties et assurances) pour encourager l'exportation de marchandises à partir de leur pays d'origine. Par exemple, la JBIC (l'agence de crédit à l'exportation japonaise) peut octroyer des prêts à un projet de PPP pour la fourniture de trains construits par le Japon.

Ces institutions jouent un rôle essentiel dans l'obtention du financement nécessaire aux projets d'infrastructure sur les marchés émergents. Elles jouent un rôle de catalyseur en attirant de nouveaux investissements privés fournis par les banques commerciales.

La participation de ces types d'entités est avantageuse dans les opérations de financement de projets pour un certain nombre de raisons :

Leurs taux d'intérêt sont généralement inférieurs à ceux des banques commerciales et l'échéance du prêt peut être plus longue ;

Elles peuvent être en mesure d'octroyer aux projets aux prêts que les banques commerciales ne peuvent pas ;

La présence de l'une de ces institutions peut permettre de mobiliser d'autres financements privés auprès des banques commerciales eu égard à :

(A) La nature du soutien, par exemple les garanties données aux banques commerciales couvrant tout ou partie de leur prêt ; et/ou

(B) Indirectement, parce que leur participation suscite la confiance d'autres prêteurs potentiels en raison de l'expertise de ces institutions sur le marché du financement de projets, des pressions politiques qui peuvent s'exercer sur le gouvernement en cas de problèmes ou, dans certains cas, du statut préférentiel qui peut être accordé à certains prêteurs du fait de la participation de ces institutions (par exemple, atténuation du risque de transfert et de convertibilité en cas de crise de change).

Un examen complet de ces institutions et de l'appui qu'elles fournissent dépasse le cadre du présent guide, mais nous examinerons brièvement ci-dessous les produits d'atténuation des risques politiques que l'on trouve dans les projets de PPP d'infrastructure en Afrique.

## b) Risque politique

Le risque commercial est l'incapacité d'un emprunteur à honorer ses obligations de paiement eu égard à des problèmes de performances liés au projet ou en cas d'insolvabilité d'un acheteur.

Le risque politique est le manquement d'un emprunteur à s'acquitter de ses obligations de paiement en raison des actions du gouvernement ou du fait d'une guerre ou de troubles civils dans la juridiction du projet. Les risques politiques comprennent généralement :

Les dommages causés à des actifs ou leur destruction, les pertes d'exploitation ou l'abandon forcé d'un projet résultant d'événements tels que la guerre, la révolution, l'insurrection, les troubles civils, le terrorisme et le sabotage ;

La confiscation, l'expropriation et la nationalisation (CEN) et autres actes gouvernementaux qui privent la Société de Projet de ses droits fondamentaux sur la concession, l'équipement ou les autres biens. «L'expropriation larvée» désigne une série d'actes qui ont en fin de compte un effet d'expropriation. La discrimination sélective, la cession forcée et les pertes découlant d'une rupture de contrat par le gouvernement ou du non-respect d'une obligation de paiement du gouvernement en vertu d'un accord d'achat ou d'une autre entente commerciale ;

L'inconvertibilité et non-transférabilité de la monnaie font référence à l'incapacité de convertir les produits locaux en devises fortes et de rapatrier la monnaie.

Il existe un élément de risque politique dans tout financement de projet, même au Royaume-Uni, mais ce risque est susceptible d'être plus important dans les juridictions des marchés émergents. Le risque politique pose problème dans les transactions de financement de projet parce que :

- (i). Le projet peut être le premier du genre dans le pays dans un secteur qui était auparavant contrôlé par le gouvernement ;
- (ii). Le projet est susceptible de nécessiter une certaine forme de concession gouvernementale, que ce soit pour transférer des devises à l'extérieur du pays hôte ou simplement pour assurer l'exploitation et, si celle-ci est révoquée, le projet échouera ; et
- (iii). Le projet sera très important pour l'infrastructure d'un pays (routes, hôpitaux) ou pour des raisons de sécurité (aéroport, port).

## c) Mesures d'atténuation

Les prêteurs du projet chercheront à atténuer le risque politique inhérent à tout projet. Ils peuvent s'y atteler de plusieurs façons :

En incluant des clauses de «stabilisation» dans le contrat de concession (promesse de ne pas modifier négativement la législation ou d'indemniser la Société de Projet en cas d'application d'une législation défavorable) ;

Un engagement de la banque centrale d'assurer la disponibilité des devises ; L'assurance risque-politique fournie par les assureurs commerciaux ou par les agences de crédit à l'exportation ou les banques multilatérales de développement (voir plus loin), bien qu'elle puisse s'avérer très coûteuse ou indisponible pour couvrir le risque concerné ;

S'appuyer sur la participation des banques multilatérales de développement, des institutions financières internationales et des agences de crédit à l'exportation en tant que membres du groupe de prêteurs pour exercer des pressions politiques si des risques politiques se présentent ; et

Inclure le gouvernement en tant qu'actionnaire dans la Société de Projet.

#### **d) Assurance risques politiques**

Les polices d'assurance risques politiques sont des contrats d'assurance qui offrent une couverture contre les «risques politiques» exclus dans les contrats d'assurance commerciaux types. Ces polices d'assurance offrent une couverture aux investisseurs qui investissent directement dans des projets et à ceux qui octroient des prêts aux emprunteurs sur les marchés émergents.

À l'instar des autres contrats d'assurance, le déclenchement de la couverture dépend d'un sinistre lié à un risque d'assurance spécifique. En particulier en ce qui concerne la violence politique et la couverture contre la confiscation, l'expropriation et la nationalisation, il peut être difficile de déterminer le déclencheur d'un sinistre. Comment l'assuré peut-il prouver qu'un sinistre a été causé directement par la violence politique ?

Les polices d'assurance risques politiques sont personnalisées et la définition de chaque risque sera différente pour chaque assureur. De même, les exclusions, déductions, etc. dépendront de la nature du projet, du pays et d'autres facteurs à prendre en compte au moment de la prise d'effet de la police d'assurance.

## **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

### **Participation des banques multilatérales de développement, des institutions de financement du développement et des agences de crédit à l'exportation**

Les banques multilatérales de développement, les institutions financières internationales et les agences de crédit à l'exportation jouent un rôle essentiel dans l'obtention du financement pour les projets d'infrastructure sur les marchés émergents. Les banques multilatérales de développement et les institutions financières internationales ont pour objectif commun de promouvoir la croissance et le développement économiques. Ces entités fournissent un soutien sous forme de financement direct, de prise de participation, de produits spécifiques ou d'appui gouvernemental.

La participation de ces entités est bénéfique pour la Société de Projet, car les taux d'intérêt sur le prêt peuvent être faibles ou les échéances plus longues. Elle attire aussi souvent d'autres investissements de la part des banques commerciales en raison de la nature de l'appui de ces institutions et de leur influence politique perçue.

### **Risque politique**

- Il s'agit du non-respect par la Société de Projet de ses obligations de remboursement du fait des mesures prises par le gouvernement (telles que la confiscation, l'expropriation, la nationalisation), de l'incapacité de convertir les recettes locales en devises fortes et de rapatrier la monnaie, ou en raison d'une guerre, de troubles civils, d'actes de terrorisme, d'une insurrection dans la juridiction du projet qui porte atteinte aux actifs ou cause l'interruption du projet.
- Ces risques sont plus importants dans les pays émergents que dans les pays développés, mais ils peuvent être atténués par le recours à des clauses de stabilisation, ainsi qu'à la participation des banques multilatérales de développement, des institutions financières internationales et des agences de crédit à l'exportation qui peuvent exercer des pressions politiques, si nécessaire, et à des polices d'assurance risques politiques qui peuvent couvrir ces événements.

## **5.7. Dispositions relatives aux actionnaires publics**

e) Dans certains projets, le gouvernement peut prendre une participation dans la Société de Projet. Cela peut s'expliquer par différentes raisons, par exemple, une exigence du gouvernement de maintenir un certain contrôle de gestion sur la Société de Projet ; comme moyen d'injecter des fonds dans le projet (peut-être pour le rendre plus bancable) ; la perception du public (pour montrer que le projet est toujours, tout au moins en partie, la propriété publique) ou pour en extraire une valeur future. Les droits de propriété du gouvernement sont courants dans de nombreuses opérations minières, et les droits du gouvernement à l'égard de ces droits de propriété sont généralement consacrés par la loi.

f) Le pourcentage de participation dépendra de la question de savoir si le gouvernement désire avoir des droits de gestion sur la Société de Projet ou s'il veut que la participation soit «hors bilan». Même lorsque le gouvernement n'a pas de contrôle de gestion, la convention entre actionnaires peut lui permettre de disposer d'un droit de veto sur certaines questions. La convention entre actionnaires sera le document clé qui régira les droits et obligations d'un actionnaire public, conjointement avec les documents constitutifs de la Société de Projet ou de toute société holding. Au nombre des questions qui devront être traitées, figurent les questions ci-après :

De quels droits de vote dispose l'actionnaire public ? Seront-ils les mêmes que ceux des investisseurs privés ?

Le gouvernement devrait-il acquitter une participation en espèces ou s'agira-t-il d'un «intérêt passif sans frais» (c'est-à-dire gratuit) ? Plutôt que de payer les intérêts en espèces, il est plus probable que le paiement soit « en nature », par exemple, à travers d'autres formes de soutien ou de contribution ou par l'émission de la concession elle-même.

L'actionnaire public sera-t-il tenu de participer à tout appel de fonds propres, par exemple pour des frais de développement additionnels ? Sinon, son intérêt sera-t-il dilué par une nouvelle émission ou restera-t-il dans la même proportion ? Le terme «intérêt passif sans frais» désigne les autres actionnaires qui «portent» l'actionnariat de l'État pendant la période au cours de laquelle les appels peuvent être effectués, éventuellement pendant la durée de la concession.

L'actionnaire public aurait-il le droit de faire nommer un représentant au conseil d'administration ? Cela peut donner lieu à des questions de conflit d'intérêts – le représentant agit-il dans l'intérêt de tous les actionnaires de la Société de Projet ou en tant que représentant de l'État ?

L'actionnaire public aurait-il droit à un retour sur investissement fixe ?

Quelles sont les dispositions relatives aux transferts ? Par exemple, des droits de préemption seront-ils inclus ?

### **RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS**

#### **Dispositions relatives aux actionnaires publics**

- Le gouvernement peut parfois prendre une participation équitable dans la Société de Projet, de sorte à conserver un certain contrôle sur la gestion du projet. Cette option résout ainsi tout problème perçu de « privatisation » du projet ou de l'actif ou apporte une réponse au scepticisme du public. Cette approche permet au projet de recevoir un financement supplémentaire et au gouvernement de tirer parti des avantages du projet.
- La convention des actionnaires documente les droits et obligations du gouvernement en tant qu'actionnaire de la Société de Projet. Elle définit l'étendue de son implication dans le projet, l'interaction de sa position d'actionnaire avec les autres investisseurs dans le projet et les niveaux de retour sur investissement auxquels il peut s'attendre.

## Conclusion

L'ensemble des documents financiers auxquels les prêteurs sont parties dans le financement d'un projet comprend diverses dispositions relatives à la mécanique du financement et au contrôle par la société de projet de ses flux de trésorerie – son cash-flow. Les documents financiers de base comprennent généralement un contrat de prêt, des documents financiers de couverture avec des produits financiers dérivés et un accord inter créanciers si plusieurs prêteurs sont impliqués. La société de projet et ses actionnaires fourniront des sûretés sur les actifs du projet et les actions de la société de projet. Il n'est pas toujours facile d'exécuter une sûreté dans le cadre d'une transaction comme celle que l'on aborde et les sûretés portant sur les actions de la société de projets car l'assentiment du gouvernement peut être requis pour sa mise en application.

Les prêteurs devront également s'attendre à ce que des contreparties contractuelles clés passent des accords directs avec elles, ce qui, entre autres empêchera la contrepartie de mettre fin au projet dans l'hypothèse où la société du projet est en cas de défaut. Les investisseurs du projet devront injecter de l'argent dans le projet au moyen de dettes ou d'investissement en capital-actions. Les prêteurs limiteront la capacité de la société de projet à effectuer des paiements aux investisseurs du projet sous forme de retour sur leur investissement en actions.

Les parties devront prendre en compte l'interaction entre les documents financiers et les le contrat de concession. Les banques multilatérales de développement, les institutions financières de développement et les agences de crédit à l'exportation sont souvent impliquées dans des opérations de financement de projets africains, en fournissant des financements ou des garanties/mécanismes d'atténuation des risques tels que l'assurance des risques politiques. Leur implication joue un rôle essentiel pour attirer des fonds du secteur privé pour des projets d'infrastructures en Afrique. Dans certaines transactions, il peut être approprié que le gouvernement hôte devienne un actionnaire du projet, pour qu'il puisse exercer un contrôle de gestion ou de prendre avantage de tout bénéfice dans le cadre du projet de PPP.





CHAPITRE 6

## **DOCUMENTATION DE LA TRANSACTION : AUTRES DOCUMENTS DU PROJET**

- 1. CONTRAT DE CONSTRUCTION, CONTRAT D'E&E  
ET PROBLÈMES D'INTERFACE**
- 2. TRANSMISSION DU RISQUE DE SOUS-TRAITANCE**

Outre les documents financiers dont il a été question dans le module précédent, qui sont fondamentaux pour documenter une transaction de PPP, il est également nécessaire d'examiner d'autres documents clés du projet qui doivent également être mis en place pour que le projet devienne réalité.

Dans le présent module, nous allons examiner les éléments ci-après :

- a) Le contrat de construction, le contrat d'E&E et les problèmes d'interface ; et
- b) Les contrats de sous-traitance et l'approche adoptée pour la rédaction de ces documents.

Les principaux objectifs d'apprentissage de ce module sont les suivants :

- (a) comprendre comment un projet de PPP est structuré avec les sous contrats EPC (conception-construction) et O&M (exploitation – maintenance) ;
- (b) apprécier l'interaction entre ces documents de projet et les contrats de concession et de financement ; et
- (c) comprendre la manière dont les risques, les obligations et les droits de recours sont transférés dans les sous-contrats EPC et O&M.

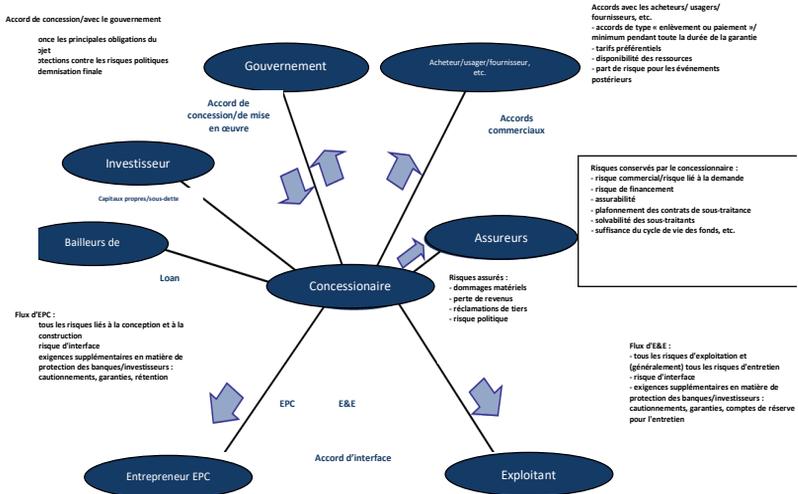
## 6.1. Contrat de construction, contrat d'E&E et problèmes d'interface

Le présent guide s'est précédemment axé sur les relations entre le concessionnaire et le gouvernement, et entre le concessionnaire et les prêteurs. Nous nous penchons à présent sur la question de savoir comment le concessionnaire s'acquitte effectivement de ses obligations et fournit les services qui ont été convenus.

Le concessionnaire lui-même ne possède généralement qu'un nombre minimal d'employés. Il n'a pas de personnel de construction pour construire l'infrastructure et il n'a généralement pas de personnel de gestion d'infrastructure pour l'exploiter et l'entretenir. Par conséquent, le concessionnaire sert «d'intermédiaire», d'interface entre le secteur public (en tant que bénéficiaire des installations et/ou des services) et d'entrepreneur EPC ainsi que d'entrepreneur E&E (en tant que fournisseurs des installations et/ou des services). On peut le voir dans le diagramme ci-dessous.

La distinction entre l'entrepreneur EPC et l'entrepreneur E&E résulte du fait que les travaux de construction et les activités d'entretien sont traditionnellement le domaine de différents types d'entreprises. Toutefois, en raison de la diversification ou de la consolidation du marché, l'entrepreneur EPC et l'entrepreneur E&E peuvent parfois faire partie du même groupe de sociétés ou même être la même entité morale.

Compte tenu de ses ressources financières limitées, le concessionnaire doit veiller à ce que ses intrants et ses extrants, d'une part en amont vers l'État dans le cadre du contrat de concession et, d'autre part en aval vers les sous-traitants dans le cadre des contrats de sous-traitance, soient aussi étroitement liés que possible – idéalement, le concessionnaire doit être dans une position neutre.



## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Contrat de construction, contrat d'E&E, problèmes d'interface

- L'entreprise/le concessionnaire de PPP a souvent un personnel minimal. Elle/Il est « l'intermédiaire » entre le secteur public (en tant que bénéficiaire des installations/services) et l'entrepreneur EPC ou l'entrepreneur E&E (en tant que fournisseurs des installations/services). Cette distinction entre les deux entrepreneurs est due au fait que les travaux de construction et les services d'entretien sont deux types différents d'activités. Toutefois, il arrive parfois que les deux entrepreneurs fassent partie du même groupe de sociétés ou qu'ils soient la même entité du fait de la diversification ou de la consolidation au sein du marché.
- En termes de ressources financières, le concessionnaire doit s'assurer que ses intrants et extrants financiers en amont vers le gouvernement et en aval vers les sous-traitants soient étroitement liés, afin de maintenir une position neutre.

## 6.2. Transmission du risque de sous-traitance

### a) Objectifs

L'objectif général du concessionnaire lorsqu'il conclut des accords de sous-traitance avec des tiers est de transférer proprement tous les droits et

obligations à ses principaux sous-traitants, ce qui n'est évidemment possible que lorsque les droits et obligations relèvent du domaine de compétence respectif du sous-traitant. Lorsqu'il est mis en œuvre efficacement, les risques résiduels qui demeurent à la charge du concessionnaire devraient être limités, clairs et bien compris par toutes les parties.

Toutefois, il y a deux principaux risques à prendre en compte :

### **Retard de construction**

Les versements des recettes ne se feront pas au profit du concessionnaire tant que l'installation n'aura pas été construite conformément au cahier des charges du contrat. Par conséquent, si le transfert du sous-traitant au concessionnaire accuse du retard, le flux de recettes dues pendant toute la durée du projet sera réduit. Cela menacera la capacité du concessionnaire à faire face à ses obligations de remboursement de la dette et/ou le niveau de retour sur investissement que les actionnaires du concessionnaire réaliseront sur le capital investi. Si l'entrepreneur EPC n'achève jamais l'infrastructure, cela peut entraîner la résiliation du contrat de concession et les conséquences pour les prêteurs peuvent être encore plus graves.

### **Exploitation et entretien de piètre qualité**

La performance des services à fournir pendant la phase opérationnelle du projet sera mesurée par rapport à certains indicateurs de performance. Le non-respect de ces normes par l'entrepreneur E&E peut permettre au gouvernement de réduire la commission de mise à disposition par le biais de déductions prédéterminées ou entraîner une perte de recettes d'utilisation si les usagers potentiels choisissent d'autres options eu égard à des préoccupations liées à la qualité.

Si le niveau des déductions/pertes de recettes est trop élevé, cela mettra en péril également la capacité du concessionnaire à honorer ses obligations de remboursement de la dette et/ou aura un impact sur le niveau de retour sur investissement que les actionnaires du concessionnaire réaliseront sur le capital investi.

La sensibilité du prêteur à cet égard se reflète dans l'obligation qu'il a de passer des contrats de transmission ou des contrats de sous-traitance couplés. Comme leur nom l'indique, ces contrats de sous-traitance fonctionnent par «transmission» ou par «transfert» de l'ensemble des obligations et des droits du concessionnaire au titre du contrat de concession aux sous-traitants concernés, de sorte que les dispositions des accords de part et d'autre du concessionnaire soient «couplées» les unes aux autres.

Il existe deux façons principales de préparer de tels contrats :

### (i). Formulaires standard modifiés

Un contrat à clause relais pourrait être rédigé en commençant par un contrat type (par exemple, le formulaire Jaune de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) pour les travaux EPC et en le modifiant de manière à inclure toutes les obligations et autres dispositions nécessaires découlant du contrat de concession.

### Formulaires personnalisés

Par ailleurs, le contrat à clause relais pourrait être rédigé en commençant par le formulaire du contrat de concession, puis en supprimant les sections qui ne concernent pas les travaux ou services (selon le cas), en modifiant les noms des parties et le reste de la formulation, selon qu'il convient.

Le formulaire de contrat personnalisé est le formulaire que l'on voit le plus couramment dans la pratique, car il permet de faire en sorte que les clauses pertinentes du contrat de concession et du contrat de sous-traitance correspondent mot pour mot le plus possible.

Toutefois, cette approche rédactionnelle ne peut à elle seule garantir que le concessionnaire aura une position neutre entre l'État et le sous-traitant, en raison de l'effet de la doctrine de la connexité contractuelle.

Par exemple :

*Le gouvernement restreint l'accès de l'entrepreneur en construction au site pendant un mois. Le contrat de concession et le contrat EPC prévoient tous deux la possibilité d'accorder une «prolongation raisonnable de délai» en cas de refus d'accès. L'entrepreneur EPC saisit l'arbitre X dans le cadre de la procédure de résolution des litiges de l'EPC, lequel accorde une prolongation de délai de 45 jours et un dédommagement. Le concessionnaire saisit ensuite l'arbitre Y dans le cadre de la procédure de résolution des litiges du contrat de concession.*

*L'arbitre Y n'est pas lié par la décision de l'arbitre X, dont la décision a été rendue par rapport à un contrat différent, et n'accorde que 30 jours de prolongation de délai et de dédommagement. Si le projet est ensuite livré avec un retard de 60 jours, le concessionnaire subira une perte financière du fait du retard entre le 30<sup>e</sup> et le 45<sup>e</sup> jour de retard. Cette perte sera une somme considérable car un retard dans la remise de l'installation se traduira par une perte irrévocable du paiement des recettes pour cette période, et l'obligation du concessionnaire de commencer à rembourser la dette commencera généralement à courir à partir d'une date fixe. Un tel résultat serait manifestement insatisfaisant pour le prêteur.*

## **b) Réparation équivalant au projet**

Pour résoudre les problèmes susmentionnés, il est courant que les contrats de sous-traitance de type PPP contiennent ce que l'on appelle communément des clauses de «réparation équivalant au projet» ou «REP». La substance d'une clause de REP pour dire simplement les choses est la suivante :

Vous, le sous-traitant, n'aurez droit à réparation (sous forme de paiement, de prolongation de délai ou autrement) en vertu du présent contrat de sous-traitance que dans la mesure où nous, le concessionnaire, avons droit à réparation en vertu des dispositions équivalentes du contrat de concession.

En contrepartie de l'acceptation d'une telle limitation de son droit à réparation, le sous-traitant aura généralement le droit de contraindre le concessionnaire à présenter des demandes en réparation équivalente contre le gouvernement et d'exercer un contrôle sur la manière dont ces demandes en réparation sont gérées. Toutefois, le sous-traitant, étant le bénéficiaire de tout produit, sera souvent responsable des coûts du processus.

En théorie, une clause de cette nature éliminera le risque que le concessionnaire soit confronté à des décisions incohérentes au niveau de l'accord de projet et/ou du contrat de sous-traitance, que ce soit en ce qui concerne le résultat des décisions ou leur calendrier.

## **c) Principales questions commerciales**

Même lorsque la rédaction du contrat est alignée et que des clauses de réparation équivalant au projet sont introduites, cela ne signifie pas que le concessionnaire sera en mesure de se prémunir totalement contre le risque du projet. Il existe certains domaines clés de négociation entre les concessionnaires et les sous-traitants qui sont examinés dans la présente section ; ils définissent généralement l'étendue du risque conservé qui demeure à la charge du concessionnaire (et que les prêteurs doivent donc prendre en compte dans le cadre de leur décision de prêt).

### **(i) Plafonnement des responsabilités et des exceptions**

Les contrats de concession ne comportent généralement pas de limitations expresses de responsabilité, car on pourrait considérer que l'exposition du concessionnaire se limite à ses fonds propres investis et à sa dette. Si le passif excède cette valeur, il peut choisir de devenir insolvable plutôt que d'obtenir plus d'argent de tiers ; le concessionnaire lui-même n'a pas d'autres activités qu'il doit protéger.

Toutefois, les entrepreneurs sont des entités commerciales à part entière ayant de multiples contrats. Une exposition non plafonnée sur un contrat pourrait porter atteinte à d'autres contrats qu'elle a déjà en place, voire à l'ensemble de l'entreprise. Par conséquent, du point de vue des risques de l'entreprise, les entrepreneurs ne concluront pas de contrats sans responsabilité plafonnée ; en abandonnant les conditions du contrat de concession, une nouvelle clause de limitation de responsabilité doit être ajoutée.

Quel que soit le niveau auquel est fixé le plafond, cela signifie que le concessionnaire assume désormais le risque que l'exposition de l'entrepreneur dépasse le plafond et que la responsabilité lui échoit ainsi. Les plafonds type des contrats EPC se situent entre 30 et 50 % de la valeur du contrat ; parfois, les plafonds sont encore plus élevés dans les projets d'infrastructure. Un plafond de cette taille semblerait laisser le concessionnaire et les prêteurs très exposés, mais les prêteurs se fieront aux conseils techniques pour confirmer que le montant plafonné sera suffisant pour couvrir tous les scénarios défavorables raisonnables. Si le projet est linéaire ou se compose de plusieurs unités distinctes, le risque que l'ensemble du projet échoue doit être relativement faible.

Les plafonds types des contrats d'E&E sont fonction des frais d'exploitation : ils comprennent souvent 100 % des frais d'exploitation sous forme de plafond annuel et 200 % des frais d'exploitation sous forme de plafond de résiliation. Là encore, les conseils techniques convaincront les prêteurs de ce que les risques résiduels du concessionnaire peuvent être gérés dans tous les scénarios défavorables raisonnables.

Néanmoins, certaines responsabilités seront exclues des plafonds. Il s'agit généralement de la responsabilité découlant d'une fraude ou d'une violation délibérée, de la responsabilité assurée et de certaines responsabilités en matière d'indemnisation comme les préjudices corporels ou les réclamations en matière de propriété intellectuelle. D'autres exclusions peuvent être négociées au cas par cas, mais c'est généralement une question litigieuse.

## **(ii) Garantie de bonne exécution**

Même si le gouvernement n'exige pas de garantie de bonne exécution de la part du concessionnaire (et il n'en a peut-être pas besoin parce que le concessionnaire a déjà investi des fonds propres et des emprunts dans le projet), le concessionnaire doit gérer le risque de solvabilité des sous-traitants. La garantie de bonne exécution peut comprendre :

- i) les garanties de la société mère fournies par les sociétés du groupe du sous-traitant ;
- ii) les cautionnements de bonne exécution pour couvrir le coût de la recherche d'un entrepreneur de remplacement au moment de la résiliation, ou simplement pour couvrir un défaut de paiement de dommages-intérêts à l'échéance (10 % de la valeur du contrat serait typique, restitué généralement à la certification de l'achèvement ou au terme de la période de responsabilité pour vice) ;
- iii) une retenue sur les paiements (ou un cautionnement en lieu et place de la retenue) (3 à 5 % de la valeur du contrat serait typique, généralement réduit de moitié à la certification de l'achèvement et restitué au terme de la période de responsabilité pour vice) ;
- iv) une garantie de restitution d'acompte, le cas échéant.

### **(iii) Retard et assurance**

Si les travaux de construction sont retardés, le concessionnaire s'attendra à subir une perte de recettes et le sous-traitant devrait donc veiller à ce que l'entrepreneur EPC soit tenu de verser au concessionnaire des dommages-intérêts fixés à l'avance appropriés pendant la période du retard.

L'entrepreneur EPC s'attendra souvent à ce que sa responsabilité pour les dommages-intérêts fixés à l'avance soit plafonnée, soit en termes de montant, soit en termes de temps, le scénario généralement constaté étant 10 % du coût du capital par valeur. Du point de vue du concessionnaire, le plafond des dommages-intérêts fixés à l'avance devrait au moins être suffisant pour couvrir la perte de recettes jusqu'à la date de résiliation pour arrêt prolongé prévue au contrat de concession.

Certains retards peuvent être causés par des événements assurés. Dans ce cas, qui assume les déductions, le concessionnaire ou l'entrepreneur EPC ? Qui assume le risque de trésorerie lié au remboursement de la dette du projet pendant qu'une demande d'indemnisation est présentée en vertu d'une assurance ? Ces points sont tous négociables.

Que se passe-t-il en cas de force majeure ? Normalement, le contrat prévoit que la force majeure exonère une partie de sa responsabilité, mais il ne prévoit pas de dédommagement pour cette partie. Si ce risque est transféré au contrat EPC, le concessionnaire se retrouvera avec un déficit car il n'y aura pas de recettes dues au titre du contrat de concession, ni de dommages-intérêts dus par l'entrepreneur EPC.

#### **(iv) Cas de résiliation et autres protections**

Lors de la transmission des cas de résiliation (cas de défaut) du contrat de concession à un sous-traitant, le concessionnaire et les prêteurs voudront s'assurer que des protections adéquates sont incluses au contrat, de sorte que le concessionnaire ait la possibilité de résilier le contrat du sous-traitant contre-performant en temps utile avant que le cas de résiliation ne survienne dans le cadre du contrat de concession.

En outre, le contrat de sous-traitance peut devoir contenir un certain nombre de cas supplémentaires de résiliation qui ne figurent pas dans le contrat de concession, tels que l'omission de fournir une garantie de bonne exécution à l'échéance ou à l'atteinte d'un plafond en vertu du contrat de sous-traitance (au motif qu'il ne serait pas raisonnable de poursuivre un contrat en vertu duquel l'entrepreneur ne pourrait encourir aucune autre responsabilité ; l'entrepreneur doit donc accepter que s'il ne relève pas son plafond, il puisse y mettre fin).

#### **(v) Problèmes d'interface**

Un risque permanent pour un concessionnaire tient au fait que, lorsqu'un problème physique survient dans les travaux, il peut se retrouver coincé entre les arguments défensifs concurrents de ses sous-traitants. Si un problème survient au niveau de l'installation, l'entrepreneur EPC peut rétorquer qu'il découle d'un défaut d'entretien, et le responsable de l'entretien peut faire valoir qu'il découle d'une mauvaise conception ou d'une mauvaise exécution. Pendant ce temps, le concessionnaire peut souffrir des conséquences de l'événement en vertu du contrat de concession, par exemple sous la forme de déductions financières pour non-respect.

Un accord d'interface constitue un moyen d'y remédier. Dans cet arrangement, l'entrepreneur EPC et l'entrepreneur E&E signent tous deux un accord (avec le concessionnaire) dans lequel ils conviennent qu'ils sont collectivement responsables de l'état de l'installation. En cas de différend comme celui mentionné ci-dessus, le concessionnaire aurait le droit d'attribuer la responsabilité de la non-conformité soit à l'entrepreneur EPC, soit à l'entrepreneur E&E, de bonne foi.

En règle générale, ces accords s'appliquent tout au long de la période de garantie de l'entrepreneur EPC. Après l'expiration de cette période, le risque de vices cachés laissés par l'entrepreneur EPC peut rester à la charge de l'entrepreneur E&E ou échoir au concessionnaire. Toutefois, il s'agit généralement d'un point négociable.

**(vi) Entretien tout au long du cycle de vie**

L'entrepreneur E&E peut se voir confier la responsabilité de gérer l'état de l'installation pour la durée de l'exploitation. Au fil du temps, il est peu probable que les dépenses d'entretien soient constantes, mais plutôt en dents de scie, avec des pointes lorsqu'il faut remplacer du matériel majeur (cycle de vie), avec des dépenses plus élevées vers la fin de la période d'exploitation.

La question se pose alors de savoir comment l'entrepreneur E&E devrait être rémunéré. Bien que les recettes du concessionnaire soient généralement stables pendant la période de concession (sous réserve de la croissance de la demande et de l'inflation), les prêteurs peuvent rechigner à l'idée de rémunérer l'entrepreneur E&E sur une base similaire si le contrat d'E&E est résilié avant terme. Dans ce cas, il se peut que l'entrepreneur E&E ait effectivement été payé à l'avance pour des travaux du cycle de vie qu'il n'a pas exécutés. Pour cette raison, il est courant que les dépenses du cycle de vie payées à l'entrepreneur E&E fassent l'objet de contrôles plus stricts.

Dans certains projets, le concessionnaire maintient le fonds du cycle de vie et dépense l'argent au fur et à mesure des besoins, généralement sur la base des recommandations de l'entrepreneur E&E quant au moment où les actifs ont atteint la fin de leur vie utile. S'il y a un excédent de fonds par rapport aux dépenses modélisées ou prévues, cet avantage reste acquis au concessionnaire.

Dans d'autres projets, l'entrepreneur E&E assume le risque quant à la suffisance du fonds du cycle de vie, parce qu'il peut avoir préparé les estimations pertinentes de l'entretien du cycle de vie pour le modèle financier du projet dans le processus d'appel d'offres. Le concessionnaire acceptera de débloquer des fonds à l'entrepreneur E&E pour des travaux de remplacement au besoin, mais jamais au-delà des montants modélisés. Si l'entrepreneur E&E doit dépenser plus que cela pour s'acquitter de ses obligations d'avoir un actif fonctionnel, il doit couvrir ces dépenses à partir de ses propres ressources.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Transmission de risques de sous-traitance

- Lorsqu'un concessionnaire conclut des accords de sous-traitance avec des tiers, il se donne pour objectif de transférer en bonne et due forme tous les droits et obligations dus aux entrepreneurs principaux, le cas échéant. Tous les risques résiduels qui ne relèvent pas de la compétence du sous-traitant demeurent à la charge du concessionnaire.
- Toutefois, les deux principaux risques sont les suivants : 1) le retard dans la construction – le concessionnaire ne recevra pas de paiements de recettes tant que l'ouvrage n'aura pas été construit conformément au cahier des charges du contrat, tout retard réduit la période pendant laquelle le projet devrait générer des recettes, ce qui menace la capacité du concessionnaire à rembourser sa dette ; et 2) l'exploitation et l'entretien de piètre qualité du projet – qui peut entraîner des pénalités et déductions au titre de la commission de mise à disposition.
- Pour éviter que ces risques ne se concrétisent, les prêteurs exigent que des contrats de sous-traitance « couplés » soient rédigés, ce qui peut se faire par le biais d'un contrat type accepté par le marché, modifié pour inclure toutes les obligations nécessaires du contrat de concession principal, ou d'un contrat personnalisé élaboré en utilisant le contrat de concession comme base pour le contrat.
- Il est courant de voir dans les contrats de sous-traitance des clauses de « réparation équivalant au projet » ou clauses « REP » qui ne donnent droit à réparation au sous-traitant que si le concessionnaire a obtenu la même réparation en vertu du contrat de concession. Toutefois, le sous-traitant exige souvent le droit de contraindre le concessionnaire à présenter des demandes en réparation équivalentes à l'encontre du gouvernement et d'exercer un contrôle sur la façon dont ces demandes en réparation sont gérées, ce dont il peut alors bénéficier.
- Certaines questions commerciales essentielles seront négociées entre les concessionnaires et les sous-traitants, afin d'établir l'étendue du risque qui demeure à la charge du concessionnaire, notamment les retards et les assurances, les cas de défauts qui doivent être déclenchés dans le contrat de sous-traitance *avant* que ces événements ne soient déclenchés dans le contrat de concession, les plafonds de responsabilité des sous-traitants et les garanties de bonne exécution sous la forme de garanties afin que le concessionnaire puisse gérer le risque de solvabilité des sous-traitants.

## Conclusion

En résumé, outre la convention de concession et les documents de financements d'un projet PPP classique, il y aura généralement des contrats de sous-traitance pour la construction et / ou l'exploitation et la maintenance du projet.

Il est courant de voir des contrats de sous-traitance passés avec d'autres entités du secteur privé afin de réaliser la mise en œuvre des objectifs du projet. Mais cela soulève souvent des problèmes commerciaux clés qui doivent être résolus et traités dans les sous-contrats (par exemple le risque de non-achèvement de l'ouvrage/l'infrastructure, le risque de retard à l'exploitation).



CHAPTER 7

# DISPOSITIONS RELATIVES À LA PASSATION DE MARCHÉS

1. CALENDRIER D'UN PPP TYPE
2. PROPOSITIONS SPONTANÉES

Dans la présente section, nous allons passer en revue :

- (a) un processus de passation de marchés PPP type ; et
- (b) les propositions qui émanent en dehors d'un processus formel de passation de marchés, appelées propositions spontanées.

A titre liminaire, il est important de lister les principes cardinaux d'une passation de marché, conformément aux bonnes pratiques et standards internationaux en la matière. Ces principes sont généralement cités dans toutes les réglementations relatives à la commande publique et figurent tout autant dans les lois portant sur la passation des projets de PPP.

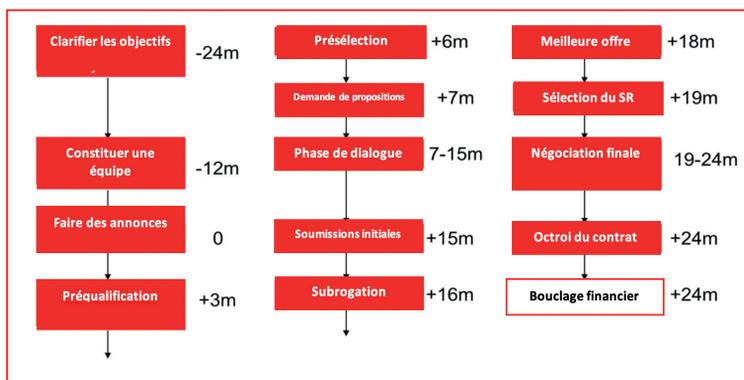
Ces principes sont les suivants :

- Liberté d'accès à la commande publique : toute personne doit avoir librement connaissance des besoins de l'autorité adjudicatrice ou de l'acheteur pour pouvoir y répondre adéquatement.
- Egalité de traitement entre les soumissionnaires : le respect de ce principe sous-tend l'interdiction de toute discrimination entre les soumissionnaires et s'étend à l'ensemble de la procédure de passation – l'objectivité et la neutralité dans les informations doivent être requises.
- Transparence des procédures : le principe de transparence est un corollaire naturel de l'égalité de traitement et de la liberté d'accès à la commande publique. La sélection des offres doit se faire en transparence et à l'appui de motifs objectifs et clairs.
- Respect des règles standards de bonne gouvernance.

### 7.1. Calendrier d'un PPP type

Le schéma ci-dessous donne un aperçu d'un calendrier type de passation de marchés de PPP. Sur cette base, un projet peut prendre quatre (4) ans, de la conception à la signature (et dans la pratique, des périodes plus longues sont observées).

On peut voir qu'il est tout à fait possible que l'ensemble du processus de passation de marchés se chevauche sur le plan politique ; pour cette raison, il est courant de voir des politiciens faire pression pour que les délais soient réduits, mais cela peut ne pas être compatible avec l'objectif de réaliser un projet bien structuré qui résiste à l'épreuve du temps.



### (a) Phase préparatoire

Au stade préparatoire, les parties gouvernementales devraient clarifier les objectifs du régime proposé. Cela comprendrait la définition de la portée et l'examen de la faisabilité du projet. Cela peut également inclure la réalisation d'études de marché – invitant l'industrie à commenter le marché proposé à un niveau de base – c'est-à-dire «Êtes-vous d'accord avec le PPP comme méthode de passation de marchés pour ce nouveau projet ? Quels problèmes envisagez-vous du point de vue d'un investisseur ou d'un prêteur ?».

À un moment convenable avant que le contrat ne soit notifié, le gouvernement voudra probablement susciter un certain intérêt pour le projet chez les entrepreneurs et les conseillers du secteur privé en publiant les informations sous la forme d'un Avis d'information préliminaire ou d'une Note d'information sur le projet. Cela s'ajoute aux journées de rencontre des soumissionnaires au cours desquelles le gouvernement fera des présentations sur le projet proposé.

Au cours de cette période, le gouvernement réunira également son équipe et effectuera des préparatifs internes tels que :

- la clarification de la structure de financement ;
- l'évaluation de l'accessibilité du projet ;
- la détermination de la manière de communiquer avec les parties prenantes (par exemple, les usagers, les syndicats, les autorités locales, les services publics) ;
- la collecte des données à fournir aux soumissionnaires, par exemple les données sur les employés susceptibles d'être transférés, les enquêtes sur l'état du site, etc. ;
- la préparation de l'acquisition d'un terrain, s'il n'en est pas déjà propriétaire ; et
- la préparation des documents d'appel d'offres.

**(b) Préqualification**

Le projet fera ensuite l'objet d'une annonce, qui précisera généralement le type de projet envisagé et pourra appeler à des manifestations d'intérêt. Il peut prévoir qu'une note d'information plus détaillée soit mise à la disposition des participants intéressés.

Pour un grand projet, il y aura généralement un processus de préqualification. Cette mesure vise à empêcher qu'un nombre de soumissionnaires qui ne remplissent pas les conditions n'aillent trop loin dans le processus, faisant perdre du temps précieux au gouvernement.

Sur la base des manifestations d'intérêt reçues, un plus petit nombre de parties (généralement environ six (6) à huit (8)) peuvent être invitées à se pré-qualifier en remplissant un questionnaire de préqualification. Il s'agira en grande partie d'un exercice rétrospectif visant à évaluer la capacité financière et technique de la partie et l'expérience des soumissionnaires ou des groupes soumissionnaires proposés. Le questionnaire de préqualification traitera également de certaines questions et exigences juridiques de base, dont les réponses pourraient autrement exclure les soumissionnaires, par exemple, la corruption ou d'autres activités criminelles.

C'est souvent le cas – en particulier dans les PPP où un certain nombre d'entités différentes doivent se réunir pour trouver une solution – que les consortiums soient composés d'un certain nombre d'entités différentes. La procédure d'appel d'offres devrait clairement permettre au gouvernement d'accepter ou de refuser toute variation dans les groupes de soumissionnaires tout au long du processus, à condition que le gouvernement soit convaincu que le groupe de soumissionnaires aurait été pré-qualifié dans sa nouvelle composition. Cela réduira également le risque de contestation par d'autres soumissionnaires pour des motifs techniques.

Certains questionnaires de préqualification sont plus complexes et exigent également un élément d'anticipation de la part des soumissionnaires. Il peut être demandé aux soumissionnaires de présenter une forme de solution initiale fondée sur ce que l'on sait des exigences du gouvernement à partir de la note d'information sur le projet. Elle peut contenir des prix indicatifs et il pourrait y avoir des entretiens préliminaires.

Le gouvernement utilisera ensuite les réponses aux questionnaires de préqualification pour pré-qualifier un certain nombre de soumissionnaires qui recevront les documents de la demande de propositions.

**(c) Demande de propositions**

Il existe un certain nombre d'appellations différentes pour cette étape du calendrier d'un PPP (invitation à négocier – invitation à soumissionner,

demande de propositions etc.), mais il n'y a pas de différence formelle entre elles. Le nombre de soumissionnaires pré-qualifiés se situe généralement entre deux et quatre. Il y a ici un compromis à faire entre la simplicité de la procédure et le risque de se retrouver avec un seul soumissionnaire si l'un d'eux se retire. Pour cette raison, la procédure de demande de propositions devrait être très claire quant aux droits du gouvernement dans le cas où la procédure ne laisse qu'un seul soumissionnaire en lice (c'est-à-dire, la possibilité de poursuivre le processus ou le droit de s'en retirer).

Les documents de la demande de propositions contiendront généralement une ébauche du contrat de PPP et d'autres accords auxiliaires requis, tels que les formulaires de garantie de soumission qui doivent être soumises avec l'offre et qui peuvent être annulées si un soumissionnaire se retire du processus de soumission avant la sélection d'un soumissionnaire retenu.

Les soumissionnaires seront normalement évalués sur des critères techniques, financiers et juridiques, bien que d'autres possibilités soient également envisagées. Par exemple, dans le cas d'un projet de coentreprise à long terme où le partenariat est considéré comme un enjeu majeur, une proportion importante de la note d'évaluation peut être liée à la capacité des soumissionnaires de démontrer comment ils collaboreront avec le gouvernement en tant que partenaire dans le cadre de projets futurs. Cette question peut bien sûr être assez subjective.

Les soumissionnaires sont souvent découragés par les projets de PPP dans lesquels le processus de sélection est perçu comme trop subjectif – si le processus est trop aléatoire (trop politique), alors il n'y a pas de certitude suffisante pour justifier que le soumissionnaire engage des coûts considérables pour préparer son offre. Des préoccupations similaires peuvent se poser si les documents d'appel d'offres n'offrent pas une certitude suffisante, car des soumissionnaires expérimentés peuvent évaluer correctement le risque et perdre cependant, mais des soumissionnaires inexpérimentés peuvent sous-évaluer le risque et remporter l'appel d'offres – mais avec un risque élevé que le projet échoue ultérieurement lorsque les écarts de prix seront découverts.

L'objectif est d'encourager la soumission d'offres de la plus haute qualité et le processus de pondération entre les éléments techniques, financiers et juridiques de l'offre doit être soigneusement examiné. Une note de passage minimale peut être fixée dans chaque catégorie pour garantir l'acceptation de façon générale des propositions des soumissionnaires.

Sur le plan financier, une offre de PPP ne portera pas directement sur le coût en capital du projet, mais plutôt sur son coût sur toute sa durée de vie, y compris le coût du financement. En d'autres termes, quel est le paiement de mise à disposition le plus bas exigé du soumissionnaire, ou pour un projet générateur

de recettes, quelle est la part de recettes ou la garantie de recettes la plus élevée offerte par un soumissionnaire.

Un PPP est une forme complexe de projet et il faut laisser suffisamment de temps aux parties pour examiner les questions en détail. De nombreux projets en cours comportent à présent une «phase de dialogue» dans laquelle le gouvernement s'assoit à tour de rôle avec chacun des soumissionnaires et examine les questions plus en détail. En principe, le gouvernement peut profiter de ce dialogue pendant la phase concurrentielle pour encourager les soumissionnaires à proposer des solutions. Ces solutions pourraient être testées en détail par rapport à celles d'autres soumissionnaires, sous réserve des questions de confidentialité. Le gouvernement peut alors continuer avec une solution unique sur laquelle tous les soumissionnaires restants soumissionnent, ou bien il peut demander à différents soumissionnaires de faire des offres sur différentes solutions. Il peut également envisager d'inviter les soumissionnaires à présenter des variantes d'offres conjointement avec des offres totalement conformes, ce qui pourrait donner au gouvernement plus d'options à examiner. En raison de la nature complexe des projets de PPP, qui ont souvent des solutions partiellement indéfinies au stade de la demande de propositions, de telles phases de dialogue ou de négociation sont extrêmement bénéfiques – ce serait un projet de PPP inhabituel s'il pouvait faire l'objet de passation de marchés sans dialogue, ni négociations (c'est-à-dire, voici le cahier des charges et le contrat, la meilleure offre l'emporte).

#### **(d) Phase de soumission**

La phase de soumission peut se dérouler en un seul tour ou en plusieurs tours. Par exemple, après avoir reçu les offres initiales, le gouvernement peut décider qu'un ou plusieurs des soumissionnaires initiaux est/sont bien trop loin derrière les autres soumissionnaires pour qu'il y ait une véritable concurrence et/ou peut/peuvent continuer à épuiser le temps et les ressources du gouvernement (ainsi que ceux du soumissionnaire), ce qui peut entraîner un processus de subrogation. En conséquence, le nombre de soumissionnaires est généralement ramené à deux.

Les soumissionnaires restants devront ensuite soumettre leur offre finale, parfois appelée en anglais «BAFO» (meilleure offre définitive). Si les négociations se poursuivent, elles peuvent être suivies d'un «LAFO» en anglais (dernière offre définitive). Le point culminant de cette phase sera la sélection du soumissionnaire retenu (SR).

- accepté les principales conditions contractuelles de l'appel d'offres ;
- démontré qu'ils ont accès à des financements privés, par le biais de listes de conditions signées par les prêteurs ; et
- fait la démonstration d'une solution qui répond au cahier des charges du gouvernement.

Il est essentiel à ce stade que les soumissionnaires aient :

- le prix est abordable ;
- la solution pour toute la durée de vie permet l'optimisation des ressources ;
- le groupe soumissionnaire est une entité homogène ;
- le soumissionnaire a mis des dispositions suffisantes en place avec sa chaîne d'approvisionnement (par exemple, la conclusion des termes généraux avec les entrepreneurs EPC et E&E) ; et
- si nécessaire, le projet fera l'objet d'un traitement hors bilan.

Il est également d'une importance fondamentale à ce stade du processus que le gouvernement soit convaincu que :

Les conditions finales peuvent parfois être consignées dans une « lettre au soumissionnaire retenu » détaillée qui résume ce qui a été convenu et engagé à ce jour et fournir également un résumé de toutes les questions en suspens avant la signature du contrat. Les soumissionnaires seraient tenus de signer la lettre au soumissionnaire retenu comme condition de validité de la soumission finale, après quoi le gouvernement opérera son choix final. Si une lettre au soumissionnaire retenu n'a pas déjà été signée, le gouvernement cherchera à obtenir les mêmes conditions au moyen d'une « lettre d'agrément » délivrée au soumissionnaire retenu.

#### **(e) Étapes finales**

Après la sélection du soumissionnaire retenu, le gouvernement peut avoir à négocier toute question en suspens avec celui-ci.

Il arrive parfois qu'une partie de la due diligence des soumissionnaires ne puisse être effectuée qu'à ce stade. Il se peut que le soumissionnaire ait énoncé des dispositions dans son offre quant à la façon dont celles-ci seraient traitées à l'étape finale. Néanmoins, le soumissionnaire retenu – ou la lettre d'agrément – devrait contenir le libellé le plus ferme possible pour s'assurer que le soumissionnaire retenu ne revienne pas sur les engagements déjà pris. Le non-respect de ces engagements peut en général donner au gouvernement le droit d'annuler le processus et/ou à d'ouvrir les discussions avec un soumissionnaire de réserve. Toutefois, un soumissionnaire de réserve ne demeurera intéressé que pour une courte période de temps puisque, après l'attribution du projet à un soumissionnaire retenu, l'équipe aura probablement été dissoute et sera passée à autre chose.

Si une garantie de soumission a été exigée, cela aidera à garantir les engagements des soumissionnaires privilégiés jusqu'au bouclage financier. Si le gouvernement ne conclut pas un contrat définitif aux conditions convenues au préalable, il aura

le droit d'appeler la garantie et d'utiliser les fonds pour procéder à une nouvelle passation de marchés du projet.

Au cours de cette dernière phase, le soumissionnaire retenu finalisera également sa chaîne de passation de marchés et ses modalités de financement (passage des listes de conditions/des conditions principales à des contrats entièrement négociés et rédigés). Ces discussions sont complexes, de sorte que la phase de négociation finale durera en général au moins six mois et, peut-être plus longtemps pour les projets complexes.

Le soumissionnaire retenu est tenu d'assurer une bonne gestion du projet pour mener ces projets à terme, compte tenu du nombre de parties impliquées et de la complexité de la documentation. Un projet type contiendra des centaines de documents à signer.

Les conditions suspensives seront finalisées au cours de ces étapes finales, qui comprendront des avis juridiques ainsi que des rapports financiers et techniques sur la viabilité du projet. Les approbations du gouvernement central seront également obtenues.

Après l'attribution du marché au soumissionnaire retenu et la signature du contrat, le concessionnaire (une entité ad hoc) sera créé. Il s'écoulera généralement un délai entre la signature et l'entrée en vigueur du contrat, au cours de laquelle les conditions suspensives finales seront satisfaites.

Le bouclage financier est le moment où les contrats prennent effet d'un point de vue financier, c'est-à-dire le moment où toutes les conditions suspensives sont conclues et satisfaites, où le financement sera prélevé auprès des prêteurs pour rembourser tous les coûts du secteur privé à ce jour (coûts de soumission et de conception) et où le financement commencera à payer pour les activités de construction.

Pour certains projets, le gouvernement demandera au soumissionnaire retenu d'utiliser une partie de ce financement initial pour payer certains coûts de conception aux soumissionnaires non retenus. L'objectif est d'encourager les soumissionnaires à présenter des propositions de conception crédibles.

Le cadre juridique devrait être clair quant au traitement des soumissionnaires non retenus. Les programmes de PPP de certains pays ont souffert de la tendance des soumissionnaires non retenus à présenter des réclamations (peut-être fallacieuses) contre l'attribution du marché. Le programme est souvent retardé pendant que ces problèmes sont résolus. D'un point de vue idéal, le moment de contester la décision du gouvernement d'attribuer le projet à une entité particulière devrait se faire au moment de la sélection du soumissionnaire retenu lui-même et non au moment du bouclage financier, ce qui donne un délai pour que tout différend ait cours et soit réglé pendant que les négociations se poursuivent.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Calendrier type d'un PPP

- Au stade préparatoire, le gouvernement clarifie les objectifs du projet, définit sa portée et examine sa faisabilité. Cela peut également comprendre la réalisation de sondages du marché pour obtenir les points de vue de l'industrie sur le projet proposé. Le gouvernement fera connaître le projet par le biais d'une Note d'information sur le projet auprès des entrepreneurs et des conseillers du secteur privé, afin de susciter de l'intérêt. Il commencera également à réunir son équipe et à se préparer au processus de passation de marchés en clarifiant la structure de financement, en évaluant l'*accessibilité*, en établissant des communications avec les parties prenantes, en rassemblant les données à fournir aux soumissionnaires, en préparant les documents d'appel d'offres, etc.
- À la phase de préqualification, un petit nombre de soumissionnaires sera invité à remplir un questionnaire de préqualification afin d'évaluer les capacités financières et techniques du soumissionnaire et son expérience. Les soumissionnaires peuvent également être invités à soumettre leurs premières réflexions sur une solution aux exigences du gouvernement en ce qui concerne le projet, ce qui réduit le nombre de soumissionnaires ne satisfaisant pas aux exigences les empêchant d'avancer trop loin dans le processus et de perdre le précieux temps du gouvernement.
- À la phase de demande de propositions, le gouvernement transmet les documents de la demande de propositions aux soumissionnaires retenus qui ont été présélectionnés à partir de leurs réponses au questionnaire de préqualification (généralement entre deux et quatre soumissionnaires). Les documents de demande de propositions contiennent souvent des ébauches du contrat de PPP et des accords auxiliaires. La procédure de demande de propositions ne doit pas être trop subjective, politique ou apparemment aléatoire, car les soumissionnaires encourent des coûts importants pour préparer ces offres et souhaitent donc être évalués sur une base technique, financière et juridique équitable. En raison de la complexité des projets de PPP, il est maintenant courant de voir aussi une « phase de dialogue » au cours de laquelle le gouvernement discute en détail des questions clés avec chaque soumissionnaire pour étudier les solutions alternatives qui pourraient être proposées.
- À la phase de soumission, le gouvernement peut exiger une première série de soumission qui permettra de retirer les soumissionnaires répondant le moins aux exigences du processus concurrentiel, ce qui réduit généralement le nombre de soumissionnaires à deux. Les soumissionnaires soumettent ensuite leurs offres finales et à partir de celles-ci un soumissionnaire retenu sera sélectionné. Parfois, les conditions finales de l'accord sont souvent détaillées dans une « lettre au soumissionnaire retenu » ou une « lettre d'agrément ».
- Au cours des dernières phases suivant la sélection du soumissionnaire retenu, le gouvernement pourrait devoir négocier avec ce dernier, toute question en suspens. Le soumissionnaire peut entreprendre une *due diligence* à ce stade, mais il devra tout de même se conformer aux conditions de la « lettre d'agrément ». Dans le cas contraire, il pourrait en résulter une subrogation par un soumissionnaire en réserve. À cette phase finale, le soumissionnaire retenu finalise ses dispositions relatives à la chaîne d'approvisionnement et au financement ; les conditions suspensives seront finalisées (y compris les avis juridiques et les rapports financiers/techniques sur la viabilité du projet) et les approbations du gouvernement central seront obtenues.
- Après la signature des contrats, le concessionnaire (entité ad hoc) est créé, les contrats entrent en vigueur une fois que toutes les conditions suspensives sont satisfaites, le financement est ensuite prélevé auprès des prêteurs et la réalisation du projet peut commencer.

## 7.2. Propositions spontanées

Une proposition spontanée est une proposition dans le cadre de laquelle une entité du secteur privé s'adresse directement au gouvernement en lui soumettant une proposition pour élaborer un projet d'infrastructure. En règle générale, le projet identifié par l'entité privée n'est pas un projet qui a été inclus dans la réserve de projets élaborée par le gouvernement et qui est généralement hors du champ de vision du gouvernement. Selon la réglementation politique qui guide la mise en œuvre des PPP, les propositions spontanées peuvent prendre la forme de simples résumés de projets ou d'un nouveau concept élaboré conjointement avec le gouvernement. Certains pays se sont engagés dans la formalisation du processus en exigeant des entités privées qu'elles soumettent des études de préféabilité avec des études de due diligence portant sur les aspects techniques, financiers, économiques, sociaux et environnementaux pour appuyer leur offre.

Le principal avantage d'une proposition spontanée tient au fait qu'elle permet aux gouvernements de tirer parti des connaissances et des idées du secteur privé sans avoir à investir eux-mêmes dans des activités d'élaboration de projets. Bien que cela puisse être considéré comme un avantage du point de vue des ressources administratives, paradoxalement, le manque de capacités est l'obstacle le plus important à la mise en œuvre réussie de projets résultant de propositions spontanées. Les gouvernements qui ont des contraintes de capacité et qui ne disposent pas de cadre pour évaluer les propositions spontanées ont souvent du mal à mettre en œuvre les projets faisant l'objet de passation de marchés de cette façon.

Les propositions spontanées peuvent poser problème en raison :

- d'un manque de transparence et de la corruption ;
- d'un manque de concurrence ;
- d'un manque de clarté quant aux procédures ;
- de contraintes liées à l'exercice d'une due diligence approfondie ;
- de la répartition non idoine des risques ;
- de la mauvaise structuration ;
- d'un manque de perception des responsabilités futures ;
- de coûts de transaction élevés.

Les faits montrent que de nombreux pays ont tenté de surmonter ces difficultés. Toutefois, il faut des procédures et des règles supplémentaires pour établir le difficile équilibre entre l'incitation du secteur privé à élaborer des projets et la garantie d'une transparence et d'une concurrence suffisantes pour parvenir à l'optimisation des ressources pour le gouvernement.

Le processus de traitement des propositions spontanées peut différer d'un pays à un autre. L'avantage d'avoir un processus clairement défini qui est représenté dans un cadre de

politique de PPP est qu'il crée un sentiment de prévisibilité et établit des étapes claires dans le processus de passation de marchés, ce qui standardise ensuite chaque soumission, permettant ainsi de susciter une plus grande transparence du processus.

**(a) Orientations de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)**

Certains conseils essentiels – fondés sur les orientations de la CNUDCI – sont énoncés ci-après :

- Les propositions ne doivent pas concerner un projet pour lequel des procédures de sélection ont été lancées ou annoncées.
- Le gouvernement devrait informer le promoteur s'il existe quelque intérêt public potentiel dans un délai raisonnable.
- S'il existe un intérêt public, le gouvernement devrait inviter le promoteur à présenter une proposition officielle suffisamment détaillée.
- Le promoteur devrait conserver le droit sur les documents soumis et ceux-ci devraient lui être restitués en cas de rejet de la proposition.

Pour les propositions qui n'impliquent pas de concepts et/ou de technologies exclusifs, les conseils de la CNUDCI suggèrent que :

- Le gouvernement lance une procédure de sélection concurrentielle et invite le promoteur à y participer.

Pour les propositions qui impliquent effectivement des concepts et/ou des technologies exclusifs :

- Le gouvernement devrait chercher à obtenir des éléments de comparaison.
- Le gouvernement devrait identifier les résultats et inviter les parties intéressées à soumettre des propositions alternatives.
- Le gouvernement peut ouvrir des négociations s'il n'existe pas de solution de rechange.
- S'il existe des solutions de rechange, d'autres parties devraient être invitées à participer aux négociations.

**(b) Évaluation**

L'évaluation des offres spontanées est peut-être l'aspect le plus compliqué du processus. Étant donné que le secteur privé a lancé une proposition de projet dans un environnement non concurrentiel, le gouvernement doit trouver un moyen de s'assurer que le prix du projet est établi de manière à optimiser les ressources pour le public. Cela signifie introduire la concurrence dans le processus après la soumission initiale par l'entité privée, ce qui est en fin de compte une caractéristique clé des avantages des PPP.

La tension dans le processus découle du fait que l'on tente d'introduire la concurrence, pour des prix compétitifs et des solutions techniques innovantes, tout en récompensant l'entité privée initiale qui a soumis la proposition au départ. Plusieurs approches différentes ont été développées pour résoudre ce problème :

(i) **Le Swiss Challenge** : un processus d'appel d'offres ouvert a lieu, dans lequel le soumissionnaire faisant l'offre spontanée est autorisé à faire une offre correspondant à l'offre retenue.

(ii) **Système de bonus** : un processus d'appel d'offres ouvert a lieu, dans le cadre duquel le soumissionnaire faisant l'offre spontanée reçoit des points de bonus au cours de l'évaluation (allant de 5 à 10 %), en guise de récompense pour le lancement de son projet.

(iii) **Préqualification automatique** : cette option s'applique aux processus d'appel d'offres qui comportent plusieurs étapes (par exemple, la préqualification et la demande de propositions). Par essence, le soumissionnaire faisant l'offre spontanée n'a pas à franchir les étapes préliminaires du processus et est automatiquement invité à la dernière phase où il présentera sa meilleure offre finale.

(iv) **Passations de marchés réguliers** : un appel d'offres ouvert est organisé dans le cadre duquel le soumissionnaire faisant l'offre spontanée rivalise sur un même pied d'égalité avec les autres soumissionnaires intéressés.

Les praticiens des PPP s'entendent pour dire que la meilleure option pour le gouvernement en ce qui concerne la sélection d'un promoteur faisant une offre spontanée est un simple processus du Swiss Challenge. Le principal avantage de l'approche axée sur le Swiss Challenge tient au fait qu'elle peut être clairement définie. «L'avantage» du promoteur initial est fondé uniquement sur les critères d'appel d'offres du projet et la barre est fixée par le processus concurrentiel. Puisqu'aucune autre définition ou négociation n'est nécessaire, comme dans le cas des bonus ou des coûts de soumission, cela ne crée pas de travail supplémentaire pour le gouvernement ni ne laisse de place à la prise de décisions subjectives qui pourraient être perçues comme injustes.

## RÉSUMÉ DES POINTS CLÉS

### Propositions spontanées

- C'est lorsqu'une entité du secteur privé fait une proposition directe au gouvernement par rapport à un projet, ce qui est généralement une situation que le gouvernement n'avait pas envisagé auparavant. Certains pays ont formalisé la voie des propositions spontanées, de sorte qu'elles sont désormais plus fortement réglementées.
- Le gouvernement tire parti des connaissances et des idées du secteur privé sans encourir lui-même des frais de recherche et de développement de projets.
- Les propositions spontanées peuvent poser problème, eu égard au manque de transparence, de concurrence et de procédures claires à suivre ; les risques sont parfois mal répartis ; les exercices de *due diligence* sont limités et le projet pourrait entraîner des coûts de transaction plus élevés en raison d'une perception insuffisante des responsabilités futures. Plusieurs pays ont tenté de s'attaquer à ces problèmes, mais il s'agit d'un équilibre délicat entre le renforcement de la réglementation et des procédures qui encouragent la transparence et la concurrence, et l'incitation du secteur privé à développer de tels projets.
- L'évaluation des offres spontanées est très compliquée, vu que la proposition a été faite dans un environnement non concurrentiel, mais que les prix des projets doivent cependant être justes et favoriser l'optimisation des ressources pour le public. Par conséquent, la concurrence doit être introduite dans le processus de passation de marchés qui a lieu après l'acceptation de la proposition spontanée de projet, mais l'entité privée qui a fait la proposition initiale doit toutefois être récompensée. Pour ce faire, divers modèles prévoient la préqualification automatique du porteur de projet spontané, l'attribution de points bonus supplémentaires au cours de la phase d'évaluation du processus d'appel d'offres, ou même la possibilité pour celui-ci de faire une offre correspondant à l'offre retenue dans le cadre du processus d'appel d'offres ouvert, etc.

## Conclusion

En résumé, la passation d'un projet en PPP diffère légèrement de celui des projets classiques. Les méthodes de passation en termes de calendrier et des différentes étapes sont différentes (par exemple, les étapes préparatoires, les discussions, la préqualification et les offres finales, la sélection etc.). Il existe une légère controverse autour du concept de propositions spontanées en raison du manque de transparence et de concurrence. Néanmoins, il y a certains avantages du secteur privé comme les outils d'innovation, de recherche et de développement du secteur qui font partie d'une proposition spontanée dans le cadre d'un projet qui ne devraient pas être sous-estimés. Il faut juste savoir trouver un équilibre entre ces avantages et la nécessité d'une procédure transparente si cela s'avère plus adapté au projet de PPP en question.



CHAPITRE 8

# INTRODUCTION AUX PRINCIPAUX PROBLÈMES SECTORIELS

1. PROJETS ROUTIERS
2. PROJETS FERROVIAIRES URBAINS
3. PROJETS DE FRET FERROVIAIRE
4. PROJETS AÉROPORTUAIRES
5. PROJETS PORTUAIRES
6. PROJETS DE LOGEMENT

Chaque secteur d'infrastructure spécifique a ses propres problèmes particuliers. Dans cette présente section, nous soulignons un certain nombre de problèmes clés qui se posent généralement dans les secteurs énumérés ci-après, et nous examinons certaines des réponses possibles à ces problèmes :

- (a) les routes ;
- (b) le transport ferroviaire urbain ;
- (c) le fret ferroviaire
- (d) les aéroports ;
- (e) les ports ;
- (f) le logement.

En fin de compte, cependant, chaque projet aura ses propres caractéristiques spécifiques qui devront être prises en compte, de sorte que ce point ne devrait être considéré que comme un point de départ général pour la discussion.

Les principaux objectifs d'apprentissage de ce module sont les suivants :

- a) développer une prise de conscience des secteurs les plus courants dans lesquels les projets de PPP sont le plus développés ; et
- (b) comprendre comment les particularités d'un secteur particulier et d'autres facteurs commerciaux peuvent avoir une incidence sur les dispositions de la convention de concession.

## 8.1. Projets routiers

### (a) Demande ou disponibilité ?

Comment le risque lié à la demande est-il réparti dans le projet ? Dans quelle mesure le projet est-il soumis à un risque de sous-demande (en termes de recettes de péage) ou de sur-demande (ce qui peut affecter la capacité d'entretien) ?

*Certains pays ont lancé des projets de routes à péage sous forme de PPP avec un risque lié à la demande attribué au secteur privé, mais ces projets ont rencontré des difficultés pendant la crise financière mondiale, le revenu personnel limitant l'utilisation des véhicules. Un certain nombre d'entre eux ont dû être restructurés et, dans ces pays, la tendance est de structurer les projets en fonction de leur disponibilité. Il est entendu qu'un certain nombre de conseillers en matière de trafic sur ces projets ont fait l'objet de poursuites judiciaires pour des estimations de trafic trop optimistes.*

*Le succès du péage routier dépend également de l'acceptation par le public, c'est-*

à-dire de sa volonté de payer. Lorsqu'il existe d'autres options de déplacement, le péage exigible sera fonction de la valorisation par les usagers de leur propre temps. Dans certains pays, comme la France, le péage routier est bien établi. Le gouvernement a un rôle à jouer en veillant à ce que le public soit informé des raisons des péages routiers et à ce qu'il soit assuré que les péages routiers reflètent de façon transparente les coûts de construction, de financement et d'exploitation de la route.

### **(b) Mécanisme d'évaluation des performances**

Comment mesure-t-on la performance durant les phases de construction et d'exploitation ? Le régime est-il suffisamment objectif et utilisable dans la pratique, ou pourrait-il donner lieu à des différends, voire à un risque d'abus de la part du gouvernement ?

*Un projet type basé sur la disponibilité peut utiliser la disponibilité des voies comme mesure de la performance, la disponibilité étant mesurée à certains aspects de la qualité de la route (par exemple, la détérioration de la surface de la chaussée). Une autre approche (appelée «gestion de la demande») consiste à mesurer la vitesse moyenne sur les routes comme indicateur de la disponibilité des routes.*

### **(c) Interface de péage/concurrence**

Quelle est l'interface entre le projet et les péages perçus ? Si le projet est soumis à un risque lié à la demande, existe-t-il une protection contre les routes concurrentes ou d'autres modes de transport développés par le gouvernement ? Comment les péages sont-ils réglementés ? Dans quelle mesure le concessionnaire est-il libre d'ajuster les péages pour faire face aux coûts imprévus ?

*Même s'il s'agit d'un projet fondé sur la disponibilité, le gouvernement peut souhaiter que le concessionnaire déploie les cabines/la technologie de péage ; ou si ce projet est exécuté par d'autres acteurs, il crée une interface qui doit être gérée. Lorsque le risque lié à la demande s'applique, il peut être naturel pour le concessionnaire de demander une certaine mesure de protection contre la création ou l'amélioration substantielle de routes concurrentes pour lui permettre d'établir une analyse de rentabilité, mais certaines demandes peuvent ne pas être raisonnables – le gouvernement ne devrait pas avoir l'impression d'avoir les mains liées, l'empêchant d'apporter au réseau de transport des améliorations légitimes qui sont raisonnablement prévisibles pour satisfaire la demande croissante. Sur les marchés émergents, les banques de développement peuvent insister pour qu'il y ait aussi une solution de rechange sans péage ; si tel est le cas, cela devrait être clairement indiqué à la phase de soumission et non en réponse à une plainte du public.*

*En ce qui concerne la réglementation des péages, il faut trouver un équilibre entre la volonté du concessionnaire d'augmenter (ou de diminuer) les péages pour faire face*

*à des changements imprévus des coûts au fil du temps (tels que des modifications de la législation) ou pour se maintenir à flot en raison de la baisse de la demande. Mais, une certaine réglementation peut être nécessaire – soit par voie législative, soit par contrat – pour faire en sorte que le concessionnaire n'abuse pas d'une position sur le marché, lorsqu'il n'existe pas d'autre solution réaliste en dehors de l'utilisation de la route à péage.*

#### **(d) Faire face à la croissance de la demande**

La croissance de la demande aura-t-elle une incidence sur les Indicateurs de Performance Clés ou les coûts d'entretien ? S'il y a une hausse, faut-il en informer le gouvernement et cela est-il proportionnel aux risques de détérioration ?

*La croissance de la demande peut influencer sur la capacité du concessionnaire à satisfaire aux indicateurs de performance clés se rapportant à la gestion de la demande (s'il en existe) et accroîtra les coûts d'entretien. Le contrat peut devoir prévoir des ajustements raisonnables à cet égard, afin que la situation du concessionnaire soit gérable. Dans le cas d'un projet à risque de recettes, la croissance de la demande devrait accroître le niveau de bénéfice sur l'investissement ; cela pourrait être géré par la réglementation des péages (en limitant les péages à un niveau de rendement équitable et en réduisant le coût pour les usagers), ou les bénéfices excédentaires pourraient être récupérés par un mécanisme de super profit, par exemple une formule qui exige la restitution d'une part au gouvernement si le taux de rentabilité du concessionnaire dépasse un certain seuil. Par ailleurs, comme c'est le cas dans certains pays d'Amérique latine, le contrat pourrait prévoir qu'il prend fin plus tôt lorsqu'un certain niveau de rendement sur les fonds a été atteint.*

#### **(e) Accidents et urgences**

Comment les risques sont-ils répartis en cas d'accident ou d'urgence ? Dans quelle mesure le concessionnaire dépend-il des services d'urgence du gouvernement (ou est-il à leur merci) ? Comment ces événements sont-ils pris en compte dans le mécanisme de paiement et d'évaluation des performances ?

*Si un accident nécessite l'intervention des services d'urgence, la police ou les pompiers peuvent s'attendre à fermer une partie de la route jusqu'à ce que les personnes blessées aient été évacuées en toute sécurité et qu'il n'y ait pas de risque à faire venir des véhicules de dépannage pour dégager la route. Le concessionnaire peut exercer un contrôle sur ces dernières activités, mais pas sur les premières, de sorte qu'il peut être raisonnable que le concessionnaire ne soit pas pénalisé par des indicateurs de performance clés de disponibilité, à moins qu'il ne manque de réagir à temps lorsque le service concerné lui a rendu le contrôle.*

**(f) Conditions météorologiques et autres événements**

Quel niveau d'interférence due aux intempéries et à d'autres événements le concessionnaire doit-il assumer ? Existe-t-il des niveaux de risque météorologiques ou d'inondation qui ne peuvent être prévus (par exemple, les événements qui se produisent une fois tous les 50 ans) et qui devraient constituer un événement donnant lieu à dédommagement ?

*C'est une question de résilience de la conception. La spécification des résultats par le gouvernement peut exiger que le concessionnaire conçoive le revêtement de la route, les ponts et les tunnels de manière à pouvoir résister à un certain niveau d'événements naturels, ce qui peut être tarifé. S'il se produit un événement beaucoup plus grave pour lequel obligation n'avait pas été faite de le prévoir dans la conception et que la conséquence n'est pas entièrement assurée, il peut être raisonnable que le risque soit partagé.*

**(g) Entretien et remplacement**

Les coûts d'entretien sont fortement influencés par les types de véhicules et les charges ; la relation entre le poids du véhicule et les dommages au revêtement routier n'est pas linéaire. La politique des pouvoirs publics pourrait influencer sur l'évolution de l'hétérogénéité des véhicules et le concessionnaire devrait être en mesure d'ajuster les tarifs pour tenir compte de tout changement important dans les coûts.

*La surcharge des véhicules (par exemple, un trop grand poids à l'essieu) peut causer des dommages disproportionnés au revêtement de la route. L'État a un rôle à jouer dans le contrôle de cette situation et dans l'application de la loi à l'encontre des contrevenants, en recourant à des pouvoirs qui sont susceptibles d'aller au-delà du contrôle du concessionnaire. Si tel est le cas, il peut être raisonnable que le concessionnaire soit protégé s'il y a un manquement important aux règles, ou même s'il se produit un changement important dans l'hétérogénéité du trafic (par exemple, si le gouvernement détourne tout le trafic lourd des routes urbaines vers la route concédée).*

**(h) Interface avec les droits des tiers**

Les routes nouvelles ou améliorées auront une interface avec les aménagements en bordure de route et peuvent également passer sur des installations existantes comme les chemins de fer et les pipelines. Il n'est pas toujours possible de prévoir le niveau de perturbation (ou d'indemnisation) qui sera nécessaire pour livrer la route prévue et il peut être difficile d'obtenir des permis de travail d'entités n'ayant aucun lien entre elles.

*Le risque d'obtenir des permis appropriés auprès d'organismes tiers et de propriétaires fonciers est toujours difficile à prévoir et un retard dans l'obtention des permis peut avoir une incidence importante sur le calendrier si le fonds de*

*roulement (imprévu) du programme du projet est épuisé. Le gouvernement peut avoir un rôle à jouer en s'assurant que les organismes sous son contrôle veillent à ce que les demandes de permis ne soient pas indûment retardées si elles sont correctement formulées, et en acceptant un risque proportionnel dans le contrat de concession. Pour les tiers échappant au contrôle de l'État (tels que les entreprises ferroviaires privées ou les propriétaires de pipelines), le concessionnaire devra très probablement accorder des dédommagements à durée indéterminée en faveur des parties concernées, afin d'avoir le droit de travailler sur l'infrastructure ou de la déplacer. Cela peut créer des difficultés pour garantir les obligations qui doivent également être prises en compte dans la discussion sur la répartition des risques.*

### **(i) Contamination**

Les déversements d'hydrocarbures et les délestages constituent un risque professionnel pour les projets routiers et pourraient entraîner des dommages environnementaux importants et/ou une perte importante de recettes du fait de la fermeture de routes. Dans quelle mesure le concessionnaire est-il protégé contre la contamination historique sur les projets de friches industrielles et dans quelle mesure une assurance est-elle disponible pour couvrir ce risque pendant la période d'exploitation ?

*Idéalement, un certain niveau d'étude environnementale aura déjà été réalisé et pourra être fourni au concessionnaire. Dans de nombreux cas, le gouvernement, à l'exception du concessionnaire, se forge sa propre opinion sur ces enquêtes et assume le risque, mais s'il ne dispose pas de temps suffisant ou de capacité pour vérifier cette information durant la phase d'appel d'offres, cette approche peut ne pas être rentable. Dans de nombreux projets, le gouvernement le reconnaît en acceptant l'étude environnementale comme base de référence et en fournissant un niveau de protection au concessionnaire si des problèmes environnementaux non décrits dans le rapport ou pouvant en être inférés sont découverts.*

## **8.2. Projets ferroviaires urbains**

### **(a) Demande ou disponibilité**

Les tarifs passagers ont tendance à être bas/subventionnés alors que les infrastructures urbaines sont coûteuses. De nombreux projets de transport ferroviaire de passagers structurés en fonction de la demande ont échoué et ont dû être restructurés. La forte élasticité de la demande et la concurrence rendent difficile l'augmentation des tarifs et le maintien d'une forte utilisation.

*Une étude portant sur 27 projets ferroviaires de type PPP en 2012 <sup>8</sup> a décrit certains de ces échecs et relevé que, dans chaque projet, les prévisions de la demande avaient été surestimées, dans une fourchette de 20 à 80 % pour la plupart. Les établissements de crédit sont désormais beaucoup plus prudents face*

*au risque lié à la demande dans un contexte de transport ferroviaire urbain et, par conséquent, sur les marchés développés, la grande majorité des projets de transport de passagers sont structurés sur une base de disponibilité (ou avec une certaine garantie d'utilisation pour le concessionnaire de l'infrastructure, ou encore avec des subventions croisées d'autres secteurs d'activité (par exemple, la liaison ferroviaire de l'aéroport de Heathrow, dont le coût de l'infrastructure est financé par le secteur commercial au sens plus large)).*

### **(b) Structure du projet**

Le projet intègre-t-il l'exploitation du réseau ou seulement la construction et l'entretien du réseau devant être exploité par des tiers ? Comment les opérations s'inscrivent-elles dans le cadre des politiques de transport urbain plus larges ?

*C'est un point clé de structuration pour le gouvernement. Le nouveau réseau peut bien fonctionner en tant qu'exploitation autonome (en particulier, s'il s'agit d'une technologie nouvelle et évolutive qui n'est pas actuellement utilisée par les autorités municipales), auquel cas l'approche DBFOM (conception – construction – financement – exploitation – entretien) peut être appropriée, mais si la ville souhaite avoir un meilleur contrôle quotidien du réseau dans le cadre d'une stratégie de transport à l'échelle de la ville, elle peut vouloir garder les opérations hors projet et passer le marché sous forme de contrat DBFM (conception – construction – financement – entretien). Il s'agit d'une question préliminaire importante, car le mécanisme de performance et de paiement sera très différent entre les deux structures. Cette question fera l'objet d'une discussion plus approfondie en temps utile.*

### **(c) Risques liés à la construction en milieu urbain**

Le projet comprend-il la construction de tunnels (projet souterrain) et/ou la réfection de routes (projet de tramway/élévateur) ? Comment traite-t-on le risque de conditions inconnues (par exemple, déplacement des services publics, enlèvement ou confinement de contamination) ? Des structures existantes sont-elles reprises ?

*Les projets de creusement de tunnels sont coûteux et créent leurs propres risques, qui peuvent être difficiles à intégrer dans le financement plus large du projet. C'est la raison pour laquelle un certain nombre de projets de métro ont été réalisés soit en dehors d'un recours à un PPP, soit composant de tunnels a été élaboré en dehors du canal de PPP et les tunnels achevés ont ensuite été remis au concessionnaire pour y construire le réseau.*

*La réfection des routes dans le cadre d'un projet de tramway implique également une interaction importante avec l'environnement bâti ainsi qu'avec les services et*

<sup>8</sup> [https://mpr.ub.uni-muenchen.de/38415/1/Dehornoy\\_Review\\_of\\_rail\\_PPPs\\_2012\\_.pdf](https://mpr.ub.uni-muenchen.de/38415/1/Dehornoy_Review_of_rail_PPPs_2012_.pdf)

*les entreprises existants. Pour certains projets, la partie gouvernementale peut chercher à minimiser le risque pour le financement en effectuant une partie des travaux nécessaires et en enlevant les services publics avant que les travaux du concessionnaire ne commencent.*

*La capacité du concessionnaire à assumer le risque lié à l'enlèvement/la contamination/l'actif existant dépendra de l'existence et de la qualité des enquêtes, de sorte que le gouvernement puisse améliorer la qualité des soumissions en les élaborant et en les mettant à disposition en temps utile dans la salle de données des soumissionnaires. Le gouvernement évite généralement d'accepter que l'on puisse se fier aux rapports, mais cela peut ne pas être une position raisonnable si le concessionnaire n'a aucun moyen de vérifier les données.*

#### **(d) Niveaux de performance et de service**

Quels sont les principaux Indicateurs de Performance Clefs ? Quel niveau de performance le concessionnaire doit-il atteindre ? Est-ce réalisable ? Existe-t-il une protection appropriée avant que l'on ne puisse procéder aux déductions ? Y a-t-il une période de croissance dans la phase initiale ? Comment les niveaux de service seront-ils fixés ?

*Un projet de type DBFOM mettra davantage l'accent sur la ponctualité et la fiabilité du service ; un projet de type DBFM sera, lui, davantage axé sur la fonctionnalité et la disponibilité du matériel roulant, des voies et des gares pour répondre aux exigences de l'horaire fixé par l'équipe des opérations de la ville.*

*Quelles que soient les exigences fixées, une performance à 100 % n'est pas réaliste. En effet, il y aura toujours des problèmes dus aux pannes, aux besoins d'entretien, aux événements liés aux passagers, au vandalisme, etc. Si les niveaux de performance sont fixés à 100 %, le concessionnaire fixera le risque de déductions inévitables à (disons) 2 % et lorsqu'il atteindra une fiabilité supérieure à 98 %, il conservera l'argent du risque comme bénéfice supplémentaire. Il peut être plus rentable de fixer le niveau de performance à 98 % et d'éviter l'augmentation du prix du risque. Le risque peut également être réduit en convenant d'un certain nombre de « causes disculpatoires » – des événements extérieurs qui dispenseront le concessionnaire de déductions de performance – mais celles-ci ne doivent pas être si nombreuses ou subjectives au point que le contrat devienne difficile à administrer.*

*Dans certains projets – par exemple un nouveau projet de tramway dans lequel le système interagira pour la première fois avec de nouveaux feux de signalisation – il peut être difficile de prédire la performance du réseau ; il faudra peut-être quelques mois pour obtenir un service régulier. Si tel est le cas, il peut être approprié d'accorder une certaine latitude dans le régime de déduction au cours de la première année, de sorte que le concessionnaire ne soit pas trop pénalisé.*

**(e) Questions relatives au matériel roulant**

Les véhicules sont-ils fournis par le concessionnaire ou par le gouvernement ? Dans ce dernier cas, comment le concessionnaire gèrera-t-il le risque de transfert ? Les véhicules ont tendance à être acquis avec de longs délais de réalisation. Qu'arrive-t-il aux niveaux de performance si les véhicules sont endommagés ?

*Dans la plupart des projets de type DBFOM, il sera demandé au concessionnaire de fournir le matériel roulant et d'effectuer en même temps les travaux de génie civil, afin qu'il puisse assumer la responsabilité de la livraison d'un système totalement intégré. Si le gouvernement a accès aux véhicules par l'intermédiaire d'une autre source – par exemple, un contrat-cadre pour la fourniture de véhicules pour le réseau de transport élargi – il faudra alors réfléchir davantage à la manière dont l'intégration des systèmes est gérée et à qui assume le risque lié aux problèmes se posant entre les différentes composantes.*

**(f) Questions relatives à l'interface passager**

Si le concessionnaire est géré sur la base de la performance, quelle est sa protection contre l'augmentation du nombre de passagers ? Qui assume le risque de devoir fournir plus de véhicules pour répondre à la demande ?

*Les véhicules seront probablement conçus pour contenir un certain nombre de personnes ; on peut généralement rallonger les trains en y ajoutant de nouvelles unités (si la longueur des quais le permet) ; l'horaire suppose une certaine durée d'arrêt à chaque arrêt. Si le nombre de passagers augmente considérablement, cela peut affecter la capacité de respecter l'horaire et même devenir un problème de sécurité. Si de nouveaux véhicules sont nécessaires, un délai de livraison convenable sera exigé dans le contrat, compte tenu du délai de fabrication. Les options de véhicules neufs sont généralement limitées dans le temps aux premières années, car après cette date, il sera plus difficile pour le constructeur du véhicule d'origine de garantir la livraison de véhicules supplémentaires à un prix et dans un délai convenus, car il peut avoir pris d'autres commandes ou reconfiguré ses chaînes de production.*

**(g) Ségrégation et interface de trafic**

Le projet est-il physiquement isolé des autres réseaux ferroviaires ? Est-il séparé de la circulation routière ? Dans un projet de tramway avec interface trafic, comment la signalisation entre tramways et véhicules sera-t-elle gérée ? Comment les accidents/blocages de la circulation seront-ils gérés ?

*Toute interaction potentielle avec d'autres véhicules ferroviaires ou routiers indépendante de la volonté du concessionnaire devra être prise en compte lors de*

*la fixation de toute exigence en matière de ponctualité et d'horaires. Si le projet concerne un nouveau tramway, le concessionnaire peut être chargé de concevoir les nouveaux feux de signalisation et de veiller à ce qu'ils soient intégrés dans le système de signalisation routière plus large du gouvernement, qui sera alors responsable de son exploitation. Sa mise en place peut prendre du temps et le concessionnaire peut avoir besoin d'une certaine latitude en ce qui concerne ses paramètres de ponctualité. De même, si le concessionnaire dépend des services d'urgence locaux pour éliminer les blocages, il souhaitera peut-être être protégé contre un retard important qui aurait une incidence importante sur le calendrier.*

#### **(h) Règles de sécurité**

Le transport ferroviaire a tendance à être très réglementé du point de vue de la sécurité. Les modifications apportées à la législation en matière de sécurité pourraient avoir un impact disproportionné sur les systèmes ferroviaires en exploitation. Les coûts supplémentaires peuvent-ils être recouverts en vertu du contrat si ce scénario se produit ?

*On peut s'attendre à ce que les changements dans le secteur ferroviaire soient considérés comme des «modifications spécifiques de la législation», mais dans certains projets ferroviaires, cette approche a été élargie pour inclure des modifications générales de la législation ayant un effet disproportionné sur le projet.*

#### **(i) Consommation d'énergie**

L'électricité sera une composante majeure des coûts d'exploitation du projet. Comment le projet répartira-t-il la consommation d'énergie et le risque tarifaire entre les parties ?

*Les coûts de l'énergie seront fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment : i) l'efficacité des trains et l'alimentation du réseau en énergie motrice ; ii) la manière dont les trains sont conduits par les conducteurs (profils de freinage et d'accélération) ; et iii) les conditions météorologiques prévalentes et le niveau d'exposition des composantes du système aux intempéries. Il serait raisonnable que le concessionnaire assume la responsabilité des éléments qui sont sous son contrôle – en termes de conception, de construction et de sélection des composantes ; et en termes d'efficacité de l'exploitant si le concessionnaire en assume également la responsabilité. Un mécanisme de dédommagement peut consister à exiger du concessionnaire qu'il inclue dans son offre l'utilisation prévue de l'énergie du réseau et qu'il verse un dédommagement si la consommation d'énergie réelle dépasse ce niveau.*

**(j) Extension du réseau**

Est-il probable que le projet soit étendu pendant la durée de vie de la concession ou qu'il interagisse avec de nouvelles lignes du réseau ? Le concessionnaire actuel peut-il tarifier de façon prévisible ces travaux ou l'impact supplémentaire(s) ? Comment l'interface sera-t-elle gérée si un nouvel entrepreneur ou concessionnaire est engagé ?

*Si une expansion du réseau est probable, il faudrait demander au spécialiste en maintenance/l'exploitant actuel de prendre en charge l'extension, mais sans tension concurrentielle, le gouvernement pourrait trouver difficile d'obtenir la même optimisation des ressources qu'il aurait eue. Certains projets ont été menés à bien en mettant fin à la première concession, puis en relançant le projet sous la forme d'un nouveau contrat de construction avec le droit d'exploiter à la fois la ligne originelle et la nouvelle ligne. Cette approche peut également être trop coûteuse, dans la mesure où le concessionnaire initial s'attendrait à pouvoir réclamer le manque à gagner qu'il aurait réalisé sur la concession initiale.*

**8.3. Projets de fret ferroviaire****(a) Scénario basé sur la demande**

Les projets de fret ferroviaire dépendent de la présence d'un nombre suffisant d'usagers. Les nouveaux projets de transport de marchandises par rail ne sont finançables que s'il existe des clients principaux (par exemple, mines ou usagers industriels) qui bénéficieront de coûts de transport moins élevés. Ces usagers peuvent également co-investir dans le secteur ferroviaire.

*Les prêteurs peuvent s'attendre à ce que les clients principaux fournissent des garanties de trafic minimales, afin de s'assurer que le financement de l'infrastructure puisse être remboursé pendant la durée du prêt. À plus long terme, le concessionnaire pourrait être en mesure d'assumer davantage de risques liés à la demande.*

**(b) Structure du projet**

Le projet est-il basé sur un service logistique complet (acquisition du réseau ferroviaire, du matériel roulant et de l'exploitation, perception de frais pour le transport de marchandises d'un point à un autre) ou sur la séparation du service d'infrastructure et de l'exploitation (lorsqu'un propriétaire d'infrastructure facture à un exploitant des frais d'accès aux voies) ? Dans ce dernier cas, existe-t-il un ou plusieurs exploitants ? Quelle sera la durée de la/des concession(s) ?

*La structure dépendra d'un certain nombre de facteurs, tels que le statut du réseau existant et les parties qui sont déjà en place pour détenir et exploiter ce*

*réseau. Dans le cas d'un projet de transport ferroviaire de marchandises dont le client principal sera une mine, la société minière peut vouloir exercer un contrôle adéquat sur l'exploitant afin qu'il puisse garantir que ses produits miniers pourront atteindre le marché. S'il doit y avoir plusieurs exploitants avec des entreprises fortes, il peut être possible de séparer la composante infrastructure du projet et de financer celle-ci sur la base des redevances prévues pour l'accès aux voies. Une autre structure pourrait consister pour le gouvernement à ouvrir un réseau existant à de nouveaux exploitants en accordant des concessions pour des sillons spécifiques pour des marchandises spécifiques, les concessions étant utilisées pour financer l'acquisition de nouveaux matériels roulants.*

### **(c) Utilisation par des tiers/raccordements à un réseau plus large**

Les tiers auront-ils le droit d'exploiter leur propre matériel roulant sur le chemin de fer ? Les tiers peuvent-ils construire une ligne secondaire pour se raccorder à la voie ferrée et ensuite exploiter des services sur la voie ferrée existante ? La nouvelle ligne interagit-elle avec un réseau existant et des services existants ? Comment les sillons seront-ils attribués ? Les redevances d'infrastructure peuvent-elles reconnaître le risque de «premier arrivé, premier servi» que les investisseurs ont assumé ?

*Bien qu'un nouveau chemin de fer puisse être construit de façon viable pour desservir une nouvelle mine ou un nouveau développement industriel, si le développement est soutenu par le gouvernement par l'octroi d'une concession, il soulève des questions valables quant à savoir si le nouveau chemin de fer devrait faire partie d'un réseau plus large d'infrastructures publiques, et donc être ouvert à l'utilisation par de tierces parties. Dans de nombreux cas, les concessions sont donc accordées dans des conditions qui imposent que l'utilisation par des tiers soit tolérée, et même que des lignes secondaires de tiers puissent être raccordées. L'objectif est d'éviter une situation dans laquelle un promoteur peut refuser l'accès aux autres, ce qui peut conduire à la construction inefficace d'un chemin de fer parallèle ou séparé, ou simplement rendre d'autres développements inabordable. Cela dit, le promoteur initial aura assumé un risque de développement important dans le cadre du projet initial et, dans le calcul des redevances d'accès aux voies pour les usagers ultérieurs, il est légitime d'inclure dans le prix une composante de risque «premier arrivé, premier servi».*

### **(d) Utilisation par les passagers/exigence de service public**

Le projet prévoit-il un service de transport de passagers ? Un niveau de service minimum est-il exigé par le gouvernement dans le contrat de concession ? Cette utilisation est-elle compatible avec l'utilisation prévue pour le fret ?

*De même, la création d'un nouveau chemin de fer ou la modernisation d'un chemin de fer crée la possibilité d'un nouveau service ou d'un service passagers*

*accru. Dans bien des cas, une exigence de service public est donc intégrée dans les conditions de la concession, mais dans la plupart des cas, les obligations ne sont pas particulièrement strictes. Cela reflète le fait qu'il est peu probable qu'un service ferroviaire de passagers dans les pays en développement soit viable, sauf sur une base subventionnée. En outre, il peut y avoir une différence nette entre les services de transport de passagers et les services de fret – par exemple, les trains de produits miniers peuvent être très longs, ce qui peut rendre difficile la planification d'un service d'arrêt fréquent pour les passagers sans dépenses en capital supplémentaires pour les voies d'évitement.*

### **(e) Concurrence modale**

Comment traite-t-on la concurrence des modes de transport concurrents pour le fret ? Les opérations ferroviaires doivent-elles couvrir le coût de l'infrastructure ferroviaire en dessous du rail en plus du coût du matériel roulant et de l'exploitation ? Comment cela se compare-t-il à la contribution du fret routier aux routes par le biais de taxes/prélèvements sur les carburants ?

*L'une des difficultés pratiques du financement d'un nouveau projet de transport ferroviaire de marchandises tient au fait que le coût logistique pour l'utilisateur final doit couvrir le coût de la livraison et du financement de la nouvelle infrastructure, alors que dans la plupart des pays, les transporteurs routiers n'ont pas à couvrir le coût total de leur propre «infrastructure» (le réseau routier), même si les poids lourds peuvent causer des dommages importants et coûteux au revêtement des routes. Si ce déséquilibre persiste, il pourrait être difficile de prédire la demande pour le nouveau chemin de fer.*

### **(f) Appui politique**

Quelles mesures le gouvernement peut-il prendre pour encourager le changement modal en faveur des chemins de fer ? Quel autre soutien politique peut être nécessaire pour que le projet soit couronné de succès ? Faut-il réduire les effectifs du personnel ferroviaire existant ? Comment cela sera-t-il géré politiquement ?

*Le transfert modal de la route au chemin de fer peut être un facteur clé pour le gouvernement, soit en raison du coût élevé de l'entretien routier, soit en raison des coûts indirects de la congestion routière (retards, pollution et accidents). Pour corriger le déséquilibre dont il a été question plus haut, le gouvernement voudra peut-être se demander s'il doit intervenir d'une façon ou d'une autre pour encourager un transfert modal. Par exemple, en imposant une utilisation minimale de l'infrastructure ferroviaire ou en encourageant l'utilisation du rail grâce à des allègements fiscaux appropriés. Dans chaque scénario, la volonté du gouvernement de passer de la route au rail se heurtera probablement à une certaine résistance politique de la part des intérêts établis, comme les entreprises de camionnage.*

### **(g) Réglementation tarifaire**

Les prix d'utilisation de l'infrastructure ou du transport de marchandises sont-ils réglementés par la loi ou par contrat ? Comment un investisseur peut-il être certain que les prix peuvent être augmentés pour couvrir l'inflation ou les coûts du projet pendant la durée de vie du projet ?

*Il faut trouver un équilibre entre le désir du concessionnaire d'augmenter (ou de diminuer) les redevances d'accès aux voies/redevances de transport pour faire face à des changements imprévus dans les coûts au fil du temps (tels que des modifications de la législation ou des changements du marché extérieur tels que les fluctuations de change et les coûts du carburant) ou pour se maintenir à flot en raison d'une demande réduite. Une certaine réglementation peut être nécessaire – soit par voie législative, soit par contrat – pour faire en sorte que le concessionnaire n'abuse pas d'une position sur le marché, en particulier lorsque le gouvernement a mis en place d'autres incitations pour encourager l'utilisation du rail.*

### **(h) Gestion des événements postérieurs**

Quels événements postérieurs peuvent survenir sur le réseau ? Y a-t-il des problèmes de sécurité ? Risques de vandalisme et/ou de vol d'actifs ? Risque de perturbation des services aux points de passage ? Le concessionnaire a-t-il besoin de l'aide d'organismes gouvernementaux pour gérer ces risques ?

*Dans un contexte de marché émergent, un grand nombre de ces questions peuvent se poser. Il doit y avoir un débat réaliste sur la question de savoir si le concessionnaire peut se protéger pleinement contre ces risques ou si l'assistance des forces de sécurité gouvernementales (police ou armée) peut être nécessaire de temps à autre pour garantir que la concession reste viable.*

### **(i) Recours prévu au contrat**

Dans quelle mesure les investisseurs et les prêteurs auront-ils recours au gouvernement en cas de résiliation d'un projet ? La dette sera-t-elle garantie ? Quels risques cela laisse-t-il au gouvernement pour ce qui est de la qualité de la méthode de prestation des investisseurs ?

*Dans la plupart des projets d'infrastructure sur les marchés émergents, la dette publique est généralement sous-tendue par une part importante de la dette contractée par l'État pour lever des fonds. Dans un scénario de résiliation pour cas de défaut, les fonds propres seront perdus, mais le gouvernement sera toujours confronté à l'obligation de rembourser la dette. Il devra donc peut-être faire preuve d'une grande diligence technique dans l'examen des propositions du concessionnaire et d'un suivi approprié de sa mise en œuvre pour s'assurer que la valeur des actifs récédés dans un tel scénario est au moins égale à la valeur de la dette de premier rang.*

### (j) Problèmes de réadaptation

Le système implique-t-il le transfert et la réhabilitation d'actifs existants ? Sont-ils capables de faire preuve d'une due diligence dans le cadre d'un appel d'offres concurrentiel et comment ces actifs existants devraient-ils être évalués ? Devrait-il y avoir une obligation de maintenir/d'augmenter leur valeur ?

*Certaines concessions ont été structurées sur la base du transfert d'un réseau ferroviaire existant, en vue de sa modernisation par le concessionnaire. L'intérêt du gouvernement sera de veiller à ce que le concessionnaire réalise non seulement les nouveaux investissements promis, mais également à ce que la valeur des actifs existants soit maintenue en permanence tout au long de la durée de la concession. Pour effectuer cette analyse, il peut être nécessaire d'effectuer une vérification diligente détaillée des composantes ferroviaires existantes, et le dédommagement de résiliation peut alors être subordonné à une réévaluation de la valeur du réseau à la date de la rétrocession de la propriété. Il s'agira probablement d'un effort important pour un grand réseau.*

## 8.4. Projets aéroportuaires

### (a) Actifs en fonction de la demande, généralement des friches industrielles

Les projets aéroportuaires ont tendance à être fondés sur le transfert d'une entreprise existante (un ou plusieurs aéroport(s)) accompagné d'une obligation de modernisation de l'infrastructure. On observe parfois des projets nouveaux qui soulèvent des questions quant à la répartition de la demande entre les anciens et les nouveaux aéroports.

*Le marché s'intéresse vivement aux aéroports individuels ayant un flux de passagers raisonnable (environ 1 million de passagers étant un seuil type) ou à un groupe d'aéroports régionaux ayant un flux similaire. Cette situation est soutenue par une tendance mondiale à l'augmentation de la demande, ce qui se traduit par une bonne réserve de projets d'investissement dans les aéroports à travers le monde. Occasionnellement, il peut être nécessaire de construire un nouvel aéroport dans une ville – si les sites existants sont engorgés et ne permettront pas une croissance de la demande. Si tel est le cas, la structure du projet doit être très claire quant aux services qui seront transférés au nouvel aéroport (en particulier, si l'aéroport existant reste ouvert).*

### (b) Aéroports concurrents

Est-il possible que le gouvernement cherche à créer de nouveaux aéroports pendant la durée de la concession ? Quelle protection d'exclusivité est-elle juste et raisonnable pour se prémunir contre ce risque afin que le concessionnaire puisse rembourser le coût de la nouvelle infrastructure ?

*Compte tenu de l'importance de l'investissement du concessionnaire, il est raisonnable et typique pour les gouvernements d'accepter un certain niveau de protection de l'exclusivité. Par exemple, il pourrait s'agir d'une promesse de ne pas créer de nouveaux aéroports (ou de moderniser des aéroports existants) à une certaine distance de l'aéroport concédé pendant un certain temps (par exemple, aucun nouvel aéroport dans un rayon de 300 km au cours des 10 prochaines années).*

### **(c) Recettes aéroportuaires**

Comment les redevances aéroportuaires sont-elles réglementées ? Dans quelle mesure le concessionnaire est-il libre d'ajuster les redevances en fonction de l'inflation, des coûts imprévus ou de l'évolution future ?

*Dans de nombreuses circonstances, la nouvelle concession aéroportuaire peut être la première fois que l'aéroport sera exploité à titre pleinement commercial, et il peut donc être nécessaire d'introduire de nouvelles lois ou procédures pour soutenir ce scénario. Par exemple, les lois locales peuvent prévoir que certains services sont toujours fournis en monnaie nationale, mais un investisseur international peut avoir besoin de disposer du droit de recouvrer toutes les redevances aéroportuaires en dollars EU (et éventuellement sur un compte offshore) pour pouvoir assurer le service de son financement en dollars EU.*

Dans certains cas, l'exploitant existant peut encore avoir un rôle de supervision du concessionnaire en tant que régulateur, ce qui peut inclure la fixation des redevances aéroportuaires. Pour sa part, le concessionnaire peut avoir besoin d'une certaine protection contractuelle de la part du gouvernement pour s'assurer que toutes les demandes d'augmentation des redevances autorisées sont traitées équitablement et reconnaître toutes les dépenses efficacement engagées.

### **(d) Recettes non aéroportuaires et répartition globale des recettes**

Quelles sont les possibilités de recettes non aéroportuaires ? Les recettes non aéroportuaires sont-elles soumises à une réglementation contractuelle ou statutaire ? Quelle part des recettes brutes est allouée à l'État ? Quelles sont les composantes des recettes brutes ? Y a-t-il des frais fixes ou initiaux et comment ces frais sont-ils traités en termes d'investissement ?

*Les aéroports offrent d'importantes possibilités de croissance des recettes non aéroportuaires, grâce aux achats, à la restauration, au stationnement de véhicules, aux hôtels et autres services. Ces recettes sont moins souvent assujetties à la réglementation, mais le gouvernement peut s'attendre à partager la hausse de ces recettes par le biais d'une part des recettes brutes convenues dans le contrat. Pour les gouvernements, il y a un compromis à faire entre la demande d'un coût initial pour «participer» à la concession et la demande d'une part de redevances sur les*

*recettes à long terme. Quoi qu'il en soit, le retour sur investissement total prévu pour le gouvernement devrait faire partie des critères d'appel d'offres.*

*Les « recettes brutes » sont généralement définies comme comprenant toutes les recettes perçues par le concessionnaire par l'intermédiaire de l'activité aéroportuaire, mais il convient de veiller à ce qu'elles ne couvrent pas par inadvertance certaines sources de recettes qui sont purement compensatoires, par exemple les dommages-intérêts fixés à l'avance reçus des entrepreneurs ou les intérêts pour retard de paiement.*

#### **(e) Droits de vol et accords relatifs aux services aériens**

Quel est le régime applicable aux voyages aériens dans le pays hôte ? Quelles sont les «libertés du transport aérien» dont jouissent les compagnies aériennes ? La croissance des services est-elle limitée par des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux services aériens ? Quelle protection le concessionnaire obtient-il s'ils sont variés ? Que se passe-t-il si des mesures politiques sont nécessaires pour ouvrir de nouveaux itinéraires ?

*Plus la liberté de voyager par avion est grande, plus il est probable que les compagnies aériennes soient à même de créer de nouveaux itinéraires pour répondre à la hausse de la demande. Dans bien des cas, les voyages aériens entre pays peuvent être régis par des accords relatifs aux services aériens (traités) qui décrivent le niveau des services qui peuvent être assurés entre ces pays et entre ces villes. Nous avons vu des difficultés surgir si l'utilisation de ces droits n'est pas équilibrée, par exemple si les compagnies aériennes d'un pays souhaitent augmenter le nombre de vols, mais que l'autre pays n'entend pas l'autoriser parce que ses propres compagnies aériennes ne sont pas en mesure d'assumer des droits réciproques. Il s'agit de décisions politiques, et le concessionnaire est largement à la merci du gouvernement pour prendre des mesures à cet égard, bien que les compagnies aériennes elles-mêmes puissent également être disposées à faire du lobbying pour obtenir de tels changements.*

#### **(f) Droits et obligations d'extension**

L'extension de l'aéroport est-il probable pendant la durée de la concession ? À quel moment cela sera-t-il déclenché en tant qu'obligation ? Que se passe-t-il si le concessionnaire ne peut financer ces nouveaux travaux du fait des conditions du marché ?

*Compte tenu des tendances de croissance du nombre de passagers, il est probable que, dans de nombreuses concessions à long terme, il soit inévitable que l'augmentation de la capacité soit nécessaire. Le gouvernement voudra l'inclure comme obligation concrète, qui sera idéalement déclenchée au moment où le concessionnaire doit commencer la construction pour éviter une réduction du niveau de service à*

*l'aéroport en raison de l'engorgement. Pour le concessionnaire et ses prêteurs actuels, le problème est qu'il est difficile de prévoir quand le financement pourrait être nécessaire à l'avenir, et les prêteurs hésiteront à ce que leur concessionnaire soit considéré comme étant en rupture de contrat s'il n'est pas possible à l'avenir de lever des fonds au moment opportun (par exemple, si les conditions financières avaient sensiblement changé à ce moment).*

**(g) Indicateurs de Performance Clefs et régime de performance**

Quel type de régime d'exécution s'applique au concessionnaire ? Y a-t-il des pénalités financières qui y sont rattachées ? À quel niveau de contre-performance faut-il parvenir pour entraîner une résiliation ? La performance est-elle mesurée en fonction des niveaux de service de l'IATA (par exemple, le niveau de service «Optimum») ? Existe-t-il des méthodes subjectives de suivi telles que la satisfaction des clients ?

*La plupart des contrats de concession aéroportuaire contiennent un régime de performance d'un type ou d'un autre, mais celui-ci n'est généralement pas onéreux en termes de pénalités financières et seul un manquement grave et persistant à cette obligation devrait entraîner une résiliation. Étant donné que le concessionnaire assume l'intégralité des risques liés à la demande dans le cadre du projet, on peut généralement s'attendre à ce qu'un manque à gagner entraîne une perte directe de recettes, de sorte qu'une bonne exécution devrait se traduire par l'auto-surveillance en la matière. Cela dit, on peut s'attendre à ce que le gouvernement veuille surveiller de près le niveau de service fourni à l'aéroport, généralement en fonction de paramètres axés sur la clientèle établis par l'organisme commercial IATA. Son niveau de service « Optimum » est désormais la norme de référence à rechercher pour les nouvelles créations de terminaux. En outre, certains contrats imposent l'obligation d'effectuer des sondages auprès des passagers pour évaluer la satisfaction de la clientèle, mais ceux-ci ne seront normalement pas soumis à une pénalité financière importante.*

**(h) Interface avec les services publics**

Quels sont les services réservés aux prestataires de services publics ? Contrôle du trafic aérien, douanes, sécurité, police ? Quels espaces et équipements doivent être mis à la disposition de ces organismes, et quels sont les niveaux de service requis en retour ? La performance de ces entités est-elle garantie par le gouvernement central ? Les recettes proviennent-elles principalement d'un transporteur national (appartenant à l'État) ? L'État garantira-t-il ces paiements ?

*Un aéroport ne peut pas fonctionner sans certains services et, dans de nombreux cas, ces services sont réservés à des prestataires de services publics. Le contrôle de la circulation aérienne, le contrôle aux frontières, les douanes et le maintien*

*de l'ordre relèveront invariablement de cette catégorie. Les services de lutte contre les incendies et d'ambulance peuvent également être des services réservés, mais être parfois délégués au concessionnaire. Lorsque le concessionnaire dépend de ces services, il devrait idéalement y avoir un accord de niveau de service clair qui énonce l'obligation réciproque des deux parties. Ces services sont généralement gratuits, de sorte qu'en cas de défaillance matérielle du service, le concessionnaire peut vouloir s'en remettre au gouvernement en tant que partie concédante pour garantir la performance de ses organismes étatiques.*

*Si les recettes de l'aéroport dépendent fortement d'une entreprise d'État – le transporteur national qui utilise l'aéroport concédé comme sa plaque tournante – le concessionnaire doit avoir l'assurance qu'il sera payé en temps voulu par la compagnie aérienne pour les services qui lui sont fournis. Dans le cas d'une privatisation, il se peut qu'il n'y ait pas d'antécédents de paiement solides entre deux entreprises d'État, de sorte que dans de nombreux cas, on demande au gouvernement de fournir une garantie des paiements du transporteur national.*

#### **(i) Infrastructure/personnel/contrats existants**

Quel est l'état des infrastructures existantes ? Peut-il faire l'objet d'une étude adéquate ? Que se passe-t-il si l'on découvre des vices majeurs qui ont un impact sur les performances ? Quel est l'effectif employé et à quelles conditions ? Est-il syndiqué ? Y a-t-il des dettes impayées (arriérés de salaire, pensions) ? Quels sont les contrats déjà existants et doivent-ils être repris ?

*Ces questions relèvent essentiellement de la due diligence, mais dans le cas des employés, il peut aussi s'agir de questions politiques. Si l'aéroport est en cours de privatisation dans le but d'accroître son efficacité, il peut être nécessaire que le concessionnaire ait le droit de licencier du personnel. Qui doit prendre en charge le coût des licenciements dans ce cas ?*

## **8.5. Projets portuaires**

### **(a) Scénario basé sur la demande**

Les projets portuaires peuvent être soit des friches industrielles (transfert d'activités et modernisation d'infrastructures portuaires existantes), soit de nouveaux projets (création d'un nouveau terminal), mais ils sont toujours structurés en fonction de la demande. Certains projets portuaires peuvent desservir des clients principaux (par exemple, des sociétés minières ou des usagers industriels) par le biais d'accords de prise ferme, ou peuvent avoir des usagers du port comme actionnaires pour garantir indirectement l'utilisation du port, ou peuvent encore avoir un entrepreneur exploitant pour garantir un flux minimum basé sur des accords avec les compagnies maritimes.

*L'industrie mondiale de la logistique est motivée par la concurrence pour obtenir le coût de transport de marchandises le moins cher possible d'un point à l'autre. Les projets portuaires sont perçus comme faisant partie de ce paysage. Les facteurs clés des coûts logistiques comprennent : i) le coût du transport maritime (coût du voyage) qui, à son tour, est déterminé par l'efficacité des navires (avec une tendance à l'augmentation de la taille et du tirant d'eau) ; ii) la situation géographique des ports et l'impact sur les coûts de livraison dans l'arrière-pays vers la destination finale ; iii) les droits de manutention et droits portuaires – le coût du déchargement et des transbordements vers les autres modes ; et iv) les possibilités de transbordement, permettant les transferts à des navires de plus petites tailles assurant le transport régional.*

*À l'instar de l'industrie aéroportuaire, on observe une tendance générale à l'augmentation de la demande de services portuaires, en particulier du trafic conteneurisé, sous l'effet de facteurs tels que l'augmentation du nombre de ménages à revenu moyen et l'augmentation correspondante de la demande de biens de consommation.*

*Dans le même temps, la concurrence accrue sur le marché a entraîné une réduction des coûts d'expédition, ce qui s'est traduit par des gains d'efficacité grâce à des navires de plus grande taille et à la consolidation des transporteurs. La même volonté de réduire les coûts a conduit à la création de ports avec un tirant d'eau capable de traiter les navires de plus grandes tailles ainsi que de nouveaux équipements de manutention portuaire efficaces pour réduire au minimum la durée d'arrêt coûteuse dans les ports.*

### **(b) Ports concurrents**

Est-il possible que le gouvernement cherche à créer de nouveaux ports concurrents pendant la durée de la concession ou à permettre l'expansion d'autres ports ? Quelle protection d'exclusivité est juste et raisonnable pour se prémunir contre ce risque, afin que le concessionnaire puisse rembourser le coût de la nouvelle infrastructure et tout prix d'acquisition initiale de la concession ?

*Comme pour les projets aéroportuaires, les concessionnaires peuvent s'attendre à avoir un niveau minimum d'exclusivité sur une certaine distance et pendant un certain temps. Le gouvernement peut s'attendre à avoir le droit de révoquer l'exclusivité si le port n'est pas en mesure de faire face à une demande accrue et si le concessionnaire n'agrandit pas lui-même le port pour satisfaire cette demande.*

### **(c) Régime de fixation des tarifs**

Comment les redevances portuaires sont-elles réglementées ? Dans quelle mesure le concessionnaire est-il libre d'ajuster les redevances en fonction de l'inflation, des coûts imprévus ou de l'évolution future ? S'il existe un régime

tarifaire national, tient-il dûment compte du niveau d'investissement et des niveaux de service accrus du nouveau port ? Le concessionnaire peut-il offrir une tarification différenciée à différents usagers et différents avantages (par exemple, l'accostage prioritaire) ?

*Certains projets sont organisés selon une structure tarifaire très libre – le concessionnaire sera essentiellement régi par les pressions du marché (sous réserve de la législation locale relative à l'abus d'une position dominante), mais il existe également dans de nombreuses juridictions une réglementation régissant les tarifs portuaires. Cela peut créer des difficultés si l'on s'attend à l'établissement d'un ensemble national de tarifs standard, car il est généralement inévitable qu'une augmentation des frais soit nécessaire pour supporter la dette supplémentaire nécessaire à la construction de nouvelles installations portuaires. Il est courant que les ports soient structurés sur une base d'accès ouvert, afin d'éviter une distorsion du marché, mais l'exploitant portuaire et les compagnies maritimes peuvent toujours convenir de certaines conditions mutuellement avantageuses entre eux, telles que des remises accrues pour les niveaux de débit minimum.*

#### **(d) Infrastructure d'appui**

Dans quelle mesure le port proposé est-il bien relié au réseau ferroviaire et routier ? Dans quelle mesure le concessionnaire est-il tributaire de la fourniture d'une infrastructure nouvelle ou modernisée ou de son entretien dans le temps ? Que se passe-t-il si ces activités n'ont pas lieu et que cela affecte la réputation du port ? Le gouvernement investira-t-il dans de nouvelles infrastructures de soutien avant que les nouveaux travaux portuaires ne soient terminés ?

*Une question clé pour les prêteurs, particulièrement en ce qui concerne les nouveaux aménagements portuaires, sera de veiller à ce que le nouveau port ou le port modernisé soit relié de façon adéquate au réseau routier et ferroviaire. Ces aménagements seront généralement indépendants de la volonté de l'exploitant portuaire, et il y a eu des exemples de projets qui ont accusé un coût considérable du fait que le gouvernement n'a pas réalisé les connexions d'infrastructure de soutien appropriées pour soutenir le nouveau trafic intérieur en provenance et à destination du port. Cela peut être critique, car la congestion chronique du port peut affecter sa réputation et peut détourner le trafic vers d'autres ports.*

#### **(e) Droits et obligations d'extension**

L'extension du port est-elle probable pendant la durée de la concession ? Le concessionnaire aura-t-il le droit d'agrandir unilatéralement le port pour répondre à cette demande ou le consentement du gouvernement sera-t-il nécessaire ? Si le concessionnaire ne commence pas à procéder à une extension pour satisfaire cette demande, perdra-t-il son exclusivité ?

*Comme pour les projets aéroportuaires, il existe un équilibre délicat entre la volonté du gouvernement d'imposer une obligation d'extension et la capacité du concessionnaire à garantir qu'il peut accéder au financement au moment opportun. Inversement, le concessionnaire lui-même voudra s'assurer que s'il voit une opportunité appropriée d'agrandir le port (et si cela est envisagé par la concession), il peut le faire sans exiger une nouvelle approbation du gouvernement (sinon, le gouvernement peut user de son droit d'approbation pour chercher à renégocier les conditions commerciales du projet).*

#### **(f) Indicateurs de Performance Clefs et régime de performance**

Quel type de régime de performance s'applique au concessionnaire ? Les critères clés pour les entreprises de logistique seront l'efficacité et la rapidité des opérations portuaires ainsi que la réactivité aux requêtes des navires. Dans quelle mesure le régime contractuel est-il strict si ces critères ne sont pas respectés ?

*Une concession portuaire contiendra généralement un régime de performance, mais, à l'instar des projets aéroportuaires, ceux-ci ne sont généralement pas très stricts en ce qui concerne les conséquences financières ou en cas de défaillance. Cela reflète le fait que le concessionnaire assumera déjà des risques liés à la demande et qu'il est pleinement incité à fournir un service qui permet aux navires de quitter rapidement le port et qui est considéré comme efficace par les usagers du port.*

#### **(g) Services maritimes / Soutien gouvernemental**

Quels sont les services réservés aux prestataires de services publics ? Par exemple, capitainerie de port, pilotage, remorquage, dragage, douanes, sécurité. Quelle est la protection contractuelle disponible si les niveaux de service ne sont pas respectés ? De nouveaux investissements sont-ils nécessaires pour fournir les services ? Le concessionnaire peut-il lui-même exécuter les services réservés, si nécessaire ? Le port bénéficie-t-il d'un statut de zone économique spéciale qui favoriserait la croissance des entreprises ?

*Comme pour les projets aéroportuaires, les projets portuaires peuvent être soumis à une série de services réservés, bien que la pratique diffère d'un pays à un autre quant aux services qui peuvent être réservés ou non. Lorsque les services sont réservés à l'État, celui-ci pourra généralement recouvrer le coût au moyen des droits portuaires et pourra exiger du concessionnaire qu'il les recouvre en son nom. Dans certains cas, les organismes publics peuvent avoir le droit de saisir le navire si les droits ne sont pas acquittés, de sorte qu'il sera dans l'intérêt du concessionnaire de veiller à ce que ses arrangements de paiement avec les compagnies maritimes gèrent ce risque, car un navire saisi pourrait bloquer un poste à quai rentable.*

*Dans certains cas, il peut être approprié que le concessionnaire ait le droit exprès d'exécuter lui-même les services réservés, en particulier si le service devient inégal*

*ou insuffisant pour répondre à une demande croissante.*

### **(h) Infrastructure / Personnel / Contrats existants**

Quel est l'état des infrastructures existantes ? Peuvent-ils faire l'objet d'une étude adéquate ? Que se passe-t-il si l'on découvre des vices majeurs qui ont un impact sur les performances ? Quel est l'effectif employé et à quelles conditions ? Est-il syndiqué ? Y a-t-il des dettes impayées (arriérés de salaire, pensions) ? Quels sont les contrats déjà existants et doivent-ils être repris ?

*Ces questions relèvent essentiellement de la due diligence, mais dans le cas des employés, il peut aussi s'agir de questions politiques. Si l'aéroport est en cours de privatisation dans le but d'accroître son efficacité, il peut être nécessaire que le concessionnaire ait le droit de licencier du personnel. Qui doit prendre en charge le coût des licenciements dans ce cas ?*

## **8.6. Projets de logement**

### **(a) Scénario axée sur la disponibilité ou la demande**

Les projets de logement s'appliquent souvent à des services fournis par l'État qui ne génèrent aucun revenu ou concernent des services subventionnés qui ne paieraient pas le coût du logement, par exemple des écoles et des hôpitaux publics, des bâtiments pour les services gouvernementaux, la police, l'armée, etc. Quelques projets génèrent des recettes et assument le risque lié à la demande : par exemple, les projets de logement pour étudiants sur les marchés développés.

*Dans un contexte de marché émergent, si le projet doit être rémunéré par le biais de subventions ou de paiements de mise à disposition, la partie gouvernementale doit être en mesure de garantir au concessionnaire qu'elle sera capable de supporter les paiements dus. Une lettre de soutien ou de garantie du gouvernement central peut être exigée, ou bien le projet peut devoir supporter le coût d'une assurance contre les risques politiques ou d'une garantie de non-paiement appropriée.*

### **(b) Spécification des résultats et mécanisme de paiement**

En supposant que la performance est mesurée à la disponibilité, que mesure-t-on en réalité ? Dans quelle mesure le cahier des charges est fondé sur les résultats (par exemple, les résultats fonctionnels souhaités comme la sécurité, la température, la disponibilité des systèmes) plutôt que sur les intrants (par exemple, les exigences de prestation de services particuliers). Comment le paiement de mise à disposition est-il calculé et quel est son montant à risque ? Comment surveille-t-on la performance et comment prélève-t-on les déductions ? Quel est le degré de subjectivité des exigences et existe-t-il un risque d'abus ?

*Si le projet n'est pas exposé au risque lié à la demande, le gouvernement doit examiner de plus près les produits du projet pour s'assurer qu'il en a pour son argent pour les frais de mise à disposition acquittés. Les mécanismes de paiement peuvent devenir complexes, mais le gouvernement doit toujours garder à l'esprit que ces mécanismes doivent pouvoir être exploités par les usagers finaux. Il peut s'agir d'une nouvelle discipline pour certains fonctionnaires (comme les gestionnaires de domaines scolaires) et il sera nécessaire que les gestionnaires de contrats reçoivent une formation adéquate pour expliquer comment un contrat de PPP est censé fonctionner et quels outils sont disponibles dans le cadre du contrat pour mesurer la performance. D'un point de vue idéal, les exigences contractuelles devraient être aussi objectives que possible, mais cela n'est pas toujours possible et il peut y avoir un certain niveau de subjectivité. Lorsque la partie gouvernementale a le contrôle des paiements mensuels, il peut être très facile dans la pratique de retenir le paiement jusqu'à ce que le gouvernement soit assuré qu'une performance adéquate est fournie, mais comme la trésorerie est essentielle pour les concessionnaires à faible capitalisation, nous avons vu ce droit unilatéral de retenue faire l'objet d'abus, pour des raisons commerciales.*

### **(c) Interface avec les usagers/visiteurs/vandalisme**

Dans quelle mesure l'interaction entre les usagers et les visiteurs de l'infrastructure peut influencer sur les performances ? Quel est le degré d'ouverture de l'infrastructure au public ? Dans quelle mesure le risque de dommage et d'ingérence devrait être partagé entre le concessionnaire et le gouvernement ? Quel lien existe-t-il entre ce qui précède et les assurances du projet ?

*Les dommages causés par les usagers constituent un risque permanent dans certains contrats de logement. Les écoles, en particulier, ont la réputation d'être exposées à des risques de dommages accidentels pendant la journée et à des risques de vandalisme en dehors des heures ouvrables, lorsqu'elles ne sont pas utilisées. Un moyen pratique d'atténuer le risque de vandalisme consiste à garder les bâtiments occupés la plupart du temps, par exemple en encourageant leur utilisation en dehors des heures d'ouverture par les clubs sociaux, ce qui peut également générer une source de revenus.*

### **(d) Risque de résiliation/dédommagement à la résiliation**

Quel niveau de mauvaise performance justifie une résiliation du projet pour cause de défaillance ? Peut-on le mesurer objectivement ? Comment le concessionnaire devrait être dédommagé en cas de résiliation pour cause de défaillance ?

*Lorsqu'il existe des mécanismes détaillés d'évaluation des performances assortis de pénalités, il est courant que le contrat de concession prévoie que ces mécanismes soient le seul recours du gouvernement en cas de dommages-intérêts pour mauvaise*

*performance. Cette disposition permet de s'assurer que les parties sont rigoureuses lorsqu'elles mettent en place le mécanisme d'évaluation des performances et d'éviter un risque de double incrimination, en vertu duquel le gouvernement pourrait être tenté d'ignorer le régime de pénalités et d'intenter des poursuites en dommages-intérêts généraux. Lorsque ce mécanisme s'applique, il serait approprié d'utiliser un seuil approprié de déductions encourues comme déclencheur de résiliation (par exemple, 25 % du paiement perdu du fait des déductions sur une période de trois mois), car ce type de déclencheur est objectif et facilement compris par les deux parties.*

En cas de résiliation pour cause de défaillance, les actionnaires peuvent s'attendre à perdre leurs fonds propres ; les prêteurs souhaiteront recouvrer leur dette de premier rang, mais cela peut ne pas être garanti pour de nombreux projets.

### **(e) Gestion des coûts des services**

Quels sont les services fournis dans le cadre du projet ? On opère souvent une distinction entre les coûts des «services permanents» (entretien et renouvellement) et les coûts des «services non techniques» (nettoyage, restauration, entretien des sols, sécurité), ces derniers étant plus exposés aux variations des taux de main-d'œuvre. Comment ce risque peut-il être géré efficacement pendant la durée du projet ?

*Les taux de main-d'œuvre ont souvent été perçus comme étant plus volatiles, de sorte que l'intégration d'un simple mécanisme de taux d'inflation de l'Indicateur de Performance Clef dans les dispositions relatives aux paiements peut ne pas suffire à couvrir le risque d'une augmentation des paiements du personnel. Dans certains projets, l'on partage ce risque en exigeant du concessionnaire qu'il compare toute proposition d'augmentation des coûts à celles d'autres projets sur le marché ou, si nécessaire, qu'il procède à une étude de marché complète pour identifier le coût actuel. Cette configuration laisse la partie gouvernementale exposée à des hausses de prix, mais évite au secteur privé d'avoir à fixer le prix pour ce risque.*

### **(f) Examen de la conception**

Dans quelle mesure les détails de conception sont-ils prêts à la phase de sélection des soumissions ? Comment le gouvernement peut s'assurer qu'il a un contrôle adéquat sur la finalisation de la conception pour satisfaire aux exigences fonctionnelles et/ou esthétiques ? Le concessionnaire peut-il continuer le projet à ses risques en cas de différend sur l'adéquation de la conception ?

*Une procédure d'examen de la conception est généralement adoptée – le concessionnaire soumet sa conception détaillée au fil de son élaboration au cours du projet et le gouvernement vérifie qu'elle est compatible avec les exigences des utilisateurs finaux. Cette mesure est particulièrement utile pour les projets*

*à niveau élevé d'interaction avec les fonctionnaires, tels que les hôpitaux et les écoles, et pour lesquels l'efficacité opérationnelle sera essentielle. Cela dit, le concessionnaire aura probablement un calendrier de construction serré, de sorte que tout retard dans l'obtention de l'autorisation de continuer (que ce soit du fait d'un différend ou autrement) peut créer de graves difficultés. C'est la raison pour laquelle les concessionnaires demandent en général le droit de continuer le projet à leurs risques en attendant le règlement du différend (et que le différend lui-même soit soumis à une procédure accélérée de règlement des différends).*

### **(g) Questions relatives aux employés/pensions**

Le service implique-t-il le transfert de personnel existant ? Le personnel est-il syndiqué et/ou s'attend-il à certaines conditions en tant que fonctionnaire ? Existe-t-il des préoccupations quant à la création d'une main-d'œuvre « à deux niveaux » pour les mêmes services ? Les cotisations de retraite sont-elles correctement capitalisées au moment du transfert ?

*Les projets de logement impliquent généralement le transfert d'employés du gouvernement en poste. Étant donné qu'ils peuvent continuer à bénéficier des modalités et conditions générales offertes par l'État (telles que négociées par les syndicats des employés du secteur public), il peut y avoir une sensibilité politique si les travailleurs se sentent toujours couverts par la disposition originelle du secteur public et si le concessionnaire est libre de s'écarter des modalités et conditions générales initiales. Les syndicats peuvent vouloir éviter qu'il n'y ait une main-d'œuvre du secteur public « à deux niveaux » ; le risque pour le concessionnaire ayant une main-d'œuvre « à un seul niveau » est que les syndicats puissent négocier une augmentation de salaire pour les projets non concédés et créer une attente selon laquelle les employés transférés au service du concessionnaire devraient également bénéficier d'une augmentation. Ce scénario peut ne pas être prévu dans le modèle financier du concessionnaire.*

### **(h) Consommation d'énergie**

L'électricité sera une composante majeure des coûts d'exploitation du projet. Comment le projet répartira-t-il le risque lié à la consommation d'énergie et au tarif de celle-ci entre les parties ?

*En règle générale, le concessionnaire assumerait le risque lié à la consommation – sur la base de la consommation d'énergie prévue pour les bâtiments calculée à la phase de conception – alors que la partie gouvernementale assumerait, elle, le risque tarifaire. Certains ajustements peuvent se révéler nécessaires au fil du temps si l'utilisation change sensiblement à l'intérieur des bâtiments, pour des raisons indépendantes de la volonté du concessionnaire.*

**(i) Usage commercial**

Dans quelle mesure les installations peuvent-elles également être utilisées à des fins commerciales ? Dans quelle mesure est-il équitable que ces recettes subventionnent de façon croisée les frais de service et, si tel est le cas, comment devraient-elles être partagées ?

*Comme indiqué plus haut, l'utilisation des installations – par exemple, dans les écoles – en dehors des heures d'ouverture peut être un moyen utile de générer des revenus supplémentaires tout en remplissant une fonction sociale utile. Dans certains projets, il est demandé au concessionnaire de proposer un niveau de revenu minimum qu'il s'attend à réaliser et celui-ci sera déduit de la commission de mise à disposition au profit du gouvernement. En règle générale, toute recette excédentaire sera ensuite soumise à un mécanisme de partage avec l'État, par exemple pour moitié-moitié, après que tous les coûts nécessaires d'ouverture/de fermeture/de nettoyage aient été couverts.*

**(j) Refinancement**

Dans quelle mesure le gouvernement doit partager le risque lié au taux d'intérêt en fixant le paiement au titre de la mise à disposition ? Que se passe-t-il lorsque les taux d'intérêt peuvent être rehaussés, comment les avantages seront-ils partagés ?

*Étant donné que le gouvernement souhaitera avoir une commission de mise à disposition fixe, il peut se révéler nécessaire que le concessionnaire s'assure que ses prêteurs obtiennent un swap de taux d'intérêt approprié afin que les coûts de financement soient suffisamment stables pour être couverts par une commission fixe établie par le gouvernement. Étant donné que le prix du swap n'est généralement connu qu'au moment du bouclage financier, il est courant que les parties gouvernementales partagent le risque que le prix du swap soit différent du taux présumé au moment de la soumission des offres (sinon le projet risque de ne pas être bancable pour le concessionnaire). Si tel est le cas, il serait raisonnable que la partie gouvernementale supporte aussi une partie de la hausse si le projet peut être refinancé à un taux moins élevé. De nombreux projets contiennent donc une disposition qui oblige le concessionnaire à aviser l'État de tout refinancement ou de toute modification substantielle des documents de financement qui entraîne une hausse des capitaux propres. Il est courant que l'on exige que 50 % de l'augmentation soit partagé avec l'État.*

## CHAPITRE 9 : LECTURES COMPLÉMENTAIRES SUGGÉRÉES

Banque mondiale, Centre de ressources juridiques sur les partenariats public-privé :

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/project-finance-concepts>

Banque mondiale, Guide de référence sur les PPP, version 3 :

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/ppp-reference-guide-3-0>

Financement de projets, 4e édition, par Graham D. Vinter



développé par



 NORTON ROSE FULBRIGHT