



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/444/Add.3

6 avril 1998

FRANÇAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente et unième session
New York, 1er-12 juin 1998

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

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

Rapport du Secrétaire général

Additif

Chapitre II. STRUCTURE ET RÉGLEMENTATION DES SECTEURS*

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Recommandations concernant la législation	-	3
Notes sur les recommandations concernant la législation	1-95	7
A. Structure du marché et concurrence	1-13	7
1. Éléments de l'analyse du marché des infrastructures	3-4	7
2. Politique de la concurrence et monopoles	5-9	7
3. La concurrence en fonction des infrastructures	10-13	9

* Le Secrétariat tient à exprimer sa gratitude au Département du développement du secteur privé de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), qui lui a communiqué l'essentiel de ce projet de chapitre.

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
B. La législation et la réforme sectorielle	14-40	10
1. Suppression des barrières et des obstacles juridiques	15-16	10
2. Réaménagement du secteur des infrastructures	17-31	10
3. Mesures de transition	32-35	13
4. Contrôle des monopoles résiduels	36-40	15
C. Réglementation des services d'infrastructure	41-95	16
1. Observations générales	41-48	16
2. Règles de fond	49-63	17
3. Organismes réglementaires	64-82	21
4. Réglementation : mécanisme et procédures	83-95	24

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Structure du marché et concurrence

1. Il est utile, au moment de concevoir un programme de promotion de l'investissement privé dans la création et l'exploitation des infrastructures, de s'interroger sur les hypothèses qui ont présidé à la création des monopoles d'État :

- a) pour isoler les activités qui conservent le caractère d'un monopole naturel;
- b) pour déterminer dans quelle mesure il est possible et souhaitable d'ouvrir à la concurrence d'autres secteurs ou sous-secteurs des infrastructures (voir par. 1 à 13).

Suppression des barrières légales et des obstacles juridiques

2. Ouvrir le secteur des infrastructures aux intérêts privés et à la concurrence oblige à abolir les règles qui s'opposent à l'intervention de ces intérêts ou à l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents, et à éliminer les autres obstacles juridiques qui s'opposent à la concurrence (voir par. 15 et 16).

Réaménagement du secteur des infrastructures

3. Lorsque l'on détermine la politique de la concurrence dans chaque domaine d'infrastructure, il est souhaitable d'envisager la dissociation éventuelle de la fourniture des services d'une part et de l'exploitation des ouvrages matériels eux-mêmes de l'autre, et de s'interroger sur le coût de l'opération (voir par. 18 à 21).

Mesures de transition

4. Dans les cas où il n'est pas recommandé de laisser d'un seul coup libre jeu à la concurrence, la législation peut prévoir des droits exclusifs temporaires, limiter le nombre des concessionnaires ou imposer d'autres restrictions à la concurrence. La portée et la durée de ces restrictions doivent normalement être limitées au strict nécessaire. Un examen périodique peut être prévu, à l'occasion duquel on vérifie que les circonstances qui ont justifié la mise en place de ces contraintes n'ont pas disparu (voir par. 33 et 34).

5. Lorsque la réforme exige la restructuration ou la privatisation du service public en place, il est souhaitable, avant de procéder, d'abolir ou de restreindre dans leur portée ou leur durée les droits exclusifs ou le monopole du prestataire (voir par. 35).

Contrôle des monopoles résiduels

6. Quand le droit de fournir un service particulier est soumis à une restriction, il est souhaitable d'accorder les licences ou les concessions correspondantes sur concours, et d'exiger qu'elles soient périodiquement remises en adjudication. Le temps qui s'écoule entre la première attribution et les adjudications suivantes doit être fonction du niveau des investissements des intéressés et des autres risques qu'ils assument (voir par. 37 et 38).

7. Il peut être utile, lorsque la chose est économiquement et techniquement faisable, de subdiviser le territoire des monopoles résiduels en régions plus petites (voir par. 40).

Conditions d'octroi des licences et d'attribution des concessions

8. Lorsque l'entrée sur le marché est libre, le rôle des autorités concédantes peut consister simplement à vérifier que les nouveaux concurrents remplissent les conditions de base fixées par la loi pour fournir les services considérés. Si le nombre des nouveaux concurrents est plafonné, il vaut mieux organiser un appel d'offres pour attribuer la licence ou les licences en jeu (voir par. 50).

Réglementation des raccordements et de l'accès aux réseaux

9. Les prestataires de services doivent avoir le droit d'utiliser l'infrastructure de l'exploitant d'un réseau à des conditions au moins aussi favorables que celles que cet exploitant accorde à ses propres services ou aux autres prestataires (par. 51 à 54).

Encadrement des prix et des marges bénéficiaires

10. En situation de monopole ou lorsque les marchés ne sont pas encore vraiment concurrentiels, il peut être souhaitable de mettre en place un encadrement des prix et des marges bénéficiaires (voir par. 55 et 56).

11. L'encadrement des prix peut se limiter aux segments non concurrentiels des marchés, les prix restant libres dans les segments concurrentiels. Il est parfois utile de ne fixer dans la législation que les grands principes de la politique des prix en laissant l'organe de tutelle compétent ou les dispositions du régime des licences et des concessions en assurer l'application effective. Il est bon de mettre en place un mécanisme de révision des barèmes de prix (par. 57).

Subventions et mission de service public

12. Lorsque les prestataires de services sont tenus d'offrir certaines prestations sans rémunération ou à perte, il peut être nécessaire de trouver d'autres modalités de rémunération directe (voir par. 62).

Normes de résultat

13. Les prestataires de services doivent être tenus de se conformer à des normes techniques et des normes de qualité qui seront exposées en détail dans les décrets d'application, les contrats de concession, les licences ou quelque autre instrument, selon le cas (voir par. 63).

Indépendance et autonomie des organismes réglementaires

14. Il est souhaitable de dissocier les fonctions réglementaires des fonctions opérationnelles en retirant au prestataire de services publics les fonctions normatives dont il pourrait encore être investi, pour les confier à un organisme juridiquement et fonctionnellement indépendant (voir par. 67 à 69).

15. Il est également souhaitable de donner à cet organisme assez d'autonomie pour qu'il puisse fonder ses décisions sur des raisons techniques plutôt que politiques (par. 70 et 71).

Compétences sectorielles des organismes réglementaires

16. Il convient de peser les avantages et les inconvénients – y compris en termes de coûts – que peut présenter la répartition des fonctions réglementaires sur une base sectorielle ou intersectorielle (voir par. 72 et 73).

Mission des organismes réglementaires

17. Il est utile que la législation mette en place un mécanisme réglementaire pour définir des objectifs généraux sur lesquels les organismes réglementaires orienteront leur action (ouverture à la concurrence, protection des intérêts des usagers, satisfaction de la demande, efficacité du secteur ou des prestataires de services publics, viabilité financière de ces prestataires, protection de l'intérêt public, obligations de service public, protection des droits des investisseurs) (voir par. 74).

Attributions des organismes réglementaires

18. La législation devrait préciser clairement si les organismes réglementaires sont habilités à prendre des décisions ou s'ils n'ont que des fonctions consultatives. Elle devrait également indiquer quelles attributions sont conférées respectivement aux autres administrations publiques et à l'organisme réglementaire considéré (voir par. 75 à 78).

Composition des organismes réglementaires

19. Lorsqu'un organisme réglementaire est constitué sous forme de commission, il peut être souhaitable que celle-ci ne comporte qu'un petit nombre de membres (voir par. 80).

20. Il n'est pas inutile de faire participer diverses institutions à la nomination des membres de la commission ; il est bon que ceux-ci aient certaines qualifications professionnelles minimales et qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts qui pourrait les disqualifier (voir par. 81).

Obligation de divulgation

21. Il peut être souhaitable que la législation explicite certaines obligations particulières qui s'imposent aux prestataires de services publics, notamment celle de fournir en temps utile à l'organisme réglementaire des informations exactes sur le fonctionnement de leur société, et qu'elle reconnaisse à cet organisme des droits précis en matière de contrôle du respect de ces obligations, par exemple le pouvoir de procéder à des enquêtes et des audits (y compris des vérifications détaillées des résultats et des vérifications de conformité), d'imposer des sanctions aux sociétés qui refusent d'obtempérer, d'ordonner et d'enjoindre (ou au moins d'entamer une procédure d'injonction) et d'infliger des pénalités pour obliger une société en faute à fournir les renseignements requis (voir par. 84 à 86).

Procédures

22. La législation doit prévoir la publication des procédures réglementaires, qui seront objectives et claires. Elle doit également exiger que les décisions réglementaires soient motivées et mises à la disposition des parties intéressées, par voie de publication ou par quelque autre moyen (voir par. 87 et 88).

23. La fonction réglementaire peut comprendre une procédure de consultation lorsqu'elle porte sur des décisions ou des recommandations de première importance. Pour donner plus de transparence à ce processus, il peut être utile de publier ou de mettre autrement à la disposition du public les commentaires ou les recommandations émanant de ces consultations (voir par. 89).

Sanctions

24. La législation peut conférer à l'organisme réglementaire le pouvoir de faire appliquer les règlements, y compris celui de modifier une licence, une concession ou une autorisation, de la suspendre ou de l'abolir; celui de fixer les conditions contractuelles liant différents prestataires de services publics (de différer par exemple les accords de raccordement ou d'accès aux réseaux), celui de prendre l'initiative de fragmenter un fournisseur de services

publics occupant une position dominante, celui d'émettre des injonctions à l'intention des prestataires de services publics, celui d'imposer des amendes administratives, y compris des pénalités pour retard dans l'exécution de ses décisions ou celui d'intenter une action en justice (voir par. 94).

Appels

25. Il est souhaitable que la législation prévoit une procédure d'appel des décisions de l'organisme réglementaire. Elle peut limiter les motifs d'appel afin de prévenir les manœuvres dilatoires et les requêtes futiles (voir par. 95).

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Structure du marché et concurrence

1. Dans la plupart des pays qui se sont dotés récemment d'infrastructures nouvelles en faisant appel à l'investissement privé, les projets ainsi financés offrent non seulement une solution de remplacement au montage financier traditionnel des équipements collectifs mais aussi un bon moyen de répondre aux besoins du pays en matière d'infrastructure. Les conditions dans lesquelles chaque projet a été réalisé ont donc été fixées dans le cadre de la politique d'ensemble que le gouvernement du pays concerné poursuivait dans le secteur dont il s'agissait. Parmi les aspects fondamentaux de cette politique nationale figurent le niveau de concurrence que l'on souhaite laisser à chaque secteur, la façon dont chacun d'eux est structuré et les mécanismes qui permettent de faire fonctionner le marché des infrastructures.

2. Les politiques nationales de promotion de l'investissement privé dans les infrastructures s'accompagnent souvent de mesures tendant à faire entrer en concurrence les prestataires de services publics ou à prévenir l'exploitation abusive des situations de monopole lorsque l'appel à la concurrence ne peut être envisagé. Il apparaît que la concurrence réduit les coûts, augmente la productivité des investissements d'infrastructure et rend le fonctionnement des services publics plus sensible aux besoins de la clientèle. Abaisant ainsi les coûts et relevant en même temps la qualité, la concurrence améliore en général le climat commercial de l'ensemble de la vie économique et, par-là, la compétitivité du pays tout entier. On a également constaté que l'intervention du secteur privé favorise le développement des techniques modernes de gestion et l'apparition de solutions innovantes. Et quand ce sont des entreprises étrangères qui interviennent, leur apport peut être d'une certaine importance en termes d'investissement étranger direct et de transfert international de compétences.

1. Éléments de l'analyse du marché des infrastructures

3. Le champ laissé à la concurrence varie considérablement selon les infrastructures. Si l'ouverture à la concurrence a été une réussite dans certains cas, d'autres secteurs ou sous-secteurs présentent une situation de monopole naturel, et dans leur cas l'ouverture est rarement une solution économiquement viable (voir par. 5 à 9). Pour analyser une situation de monopole (y compris l'existence d'une position dominante) et déterminer les perspectives qu'offre l'ouverture à la concurrence, il faut évaluer avec soin le marché dont il s'agit et tenir compte, le cas échéant, du degré d'interconnexion ou de segmentation de certains marchés. C'est ainsi que certains pays ont abordé en même temps la réforme du secteur de l'électricité et celle du secteur du gaz parce que ces deux sources d'énergie peuvent assez facilement se substituer l'une à l'autre (et donc se faire concurrence). On peut dire la même chose du secteur des transports, où plusieurs moyens de transport sont souvent en compétition : le marché du fret, par exemple, peut être celui du transport par rail, par route, par mer ou par air, selon les cas.

4. Les mesures à prendre pour ouvrir les infrastructures à la concurrence sont essentiellement déterminées par la configuration du marché déjà en place (voir par. 22 à 32). Les éléments les plus significatifs de cette configuration sont les barrières à l'entrée des concurrents (qu'elles soient économiques, juridiques, techniques ou autres), le degré d'intégration verticale ou horizontale, le nombre d'entreprises opérant sur le marché et la disponibilité de biens ou de services de substitution. Considérés ensemble, ces éléments permettent de savoir dans quelle mesure un marché est concurrentiel. Il est donc absolument indispensable de les analyser si l'on veut mettre au point une stratégie d'intervention de l'État.

2. Politique de la concurrence et monopoles

5. Certains gouvernements qui ont mis au point des programmes de promotion de l'investissement privé dans la création et l'exploitation d'ouvrages d'infrastructure ont trouvé utile de reprendre l'analyse des hypothèses qui avaient présidé à la création des monopoles d'État en vue, *primis*, de déterminer les activités qui conservaient le

caractère d'un monopole naturel et, *secundo*, de déterminer s'il était faisable et souhaitable d'ouvrir certains secteurs à la concurrence.

6. *Stricto sensu*, un monopole est un marché à une seule offre. En fait, le monopole absolu et la concurrence parfaite sont les deux extrêmes d'un éventail de situations et la plupart des marchés de biens et de services ont des caractéristiques qui les placent entre les deux sur l'échelle de la concurrence. D'une manière générale, les monopoles peuvent se ranger dans la catégorie des monopoles naturels, dans celle des monopoles de droit ou dans celle des monopoles de fait. Chacune de ces catégories appelle une politique différente :

a) Les *monopoles naturels* sont les activités économiques qui permettent à un seul fournisseur de répondre à la demande de l'ensemble du marché à un coût moindre que ne le feraient deux fournisseurs ou davantage. C'est la situation typique des activités économiques qui exigent de forts investissements et des équipements très coûteux mais dont les coûts de production par unité supplémentaire (par exemple un mètre cube d'eau de plus pour répondre à un accroissement de la demande) vont décroissant. Un monopole naturel exige normalement de vastes mises de fonds de départ, circonstance qui rend d'autant plus difficiles à une nouvelle entreprise, qui ne peut profiter des mêmes économies d'échelle, la pénétration sur le marché et l'entrée en compétition avec le monopole en place;

b) Les *monopoles de droit* sont créés par la loi. Ils couvrent des secteurs d'activités qui sont ou non des monopoles naturels. Quand ils ne le sont pas, ils n'existent que parce que la concurrence est interdite. Le raisonnement qui a conduit beaucoup de pays à créer des monopoles de droit a souvent pour prémisses que les besoins du pays en matière d'infrastructures ne pourraient être convenablement satisfaits, ni en termes de qualité ni en termes de quantité, si on s'en remettait entièrement au marché libre;

c) Les *monopoles de fait* ne sont pas nécessairement le résultat des fondamentaux économiques ou des dispositions légales. Ils n'existent que parce qu'il y a absence effective de concurrence du fait que l'entreprise dominante est intégrée et qu'elle est en mesure de maîtriser, en excluant tout autre fournisseur, les installations essentielles à sa production.

7. Du point de vue de la politique d'État, les monopoles (de quelque catégorie qu'ils relèvent) soulèvent divers problèmes. Un prestataire de services en situation de monopole est en général en mesure de fixer ses prix. Le surprofit qu'il tire de l'absence de concurrence s'appelle la "rente de monopole". Cette rente de monopole peut être considérée comme injuste puisqu'elle se traduit par un transfert de richesse du consommateur au producteur. En outre, elle peut être critiquable sur le plan de l'économie, puisque au total elle impose un handicap à celle-ci. Ce handicap, dit "poids mort" ou "perte sèche", s'explique par trois raisons principales :

a) La rente de monopole est tirée d'un gonflement des prix qui résulte lui-même d'une production dont la faiblesse est artificielle (inefficacité statique);

b) L'absence de concurrence réduit le rythme de l'innovation et n'encourage pas à abaisser les coûts de production (inefficacité dynamique);

c) Il y a, surtout dans le secteur des infrastructures, des effets secondaires sur les autres marchés : ainsi, l'absence de concurrence et l'inefficacité des télécommunications a des répercussions négatives sur l'ensemble de l'économie ou augmente les coûts.

8. Malgré leurs inconvénients économiques, les privilèges des monopoles et autres barrières réglementaires sont parfois conservés, même quand il n'y a plus de monopole naturel. L'une des raisons invoquées dans ce cas est que le monopole peut servir les objectifs de la politique nationale, comme la mise à la disposition de certaines régions ou de certaines catégories de consommateurs de services à bon marché, sinon à un coût inférieur au prix de revient. Comme exemple de services qui peuvent être fournis à perte, on peut citer l'accès aux liaisons téléphoniques de première nécessité, les services d'eau et d'électricité, les transports à tarif réduit offerts à certaines catégories de

voyageurs (écoliers, personnes âgées...) et divers services destinés aux ruraux à faible revenu. Le monopole est en mesure de financer ces prestations grâce aux subventions internes que lui permettent les services bénéficiaires qu'il fournit à d'autres régions ou à d'autres catégories de consommateurs. Mais l'expérience d'un certain nombre de pays montre que ces subventions internes peuvent être coûteuses et mal ciblées. De surcroît, elles manquent en général de transparence et, échappant aux mécanismes normaux de répartition du budget, elles autorisent de grandes dépenses que n'approuverait peut-être pas autrement l'opinion publique. Certains pays ont pu constater qu'en adoptant d'autres politiques, par exemple le versement direct de subventions au prestataire, assuraient plus efficacement la fourniture des services mais obligent à maintenir le monopole.

9. Pour expliquer le maintien des monopoles de droit qui ne sont pas des monopoles naturels, on invoque aussi la nécessité de rendre le secteur concerné plus intéressant pour l'investisseur privé. Il arrive en effet que les exploitants privés réclament l'exclusivité pour assumer la fonction dont il s'agit, ce qui leur permet de réduire le risque commercial auquel est exposé leur investissement. Mais ce souci doit être apprécié au regard des intérêts des consommateurs et de l'économie tout entière. D'autres solutions, socialement moins coûteuses, peuvent rendre la situation plus attirante pour les investisseurs : on peut, par exemple, prendre des mesures de transparence et de réduction des aléas du régime réglementaire. Dans les pays qui estiment qu'ils doivent accorder des droits exclusifs pour attirer l'investissement privé, il peut être souhaitable d'envisager de ne restreindre la concurrence que pendant un certain temps (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 17 à 21).

3. La concurrence en fonction des infrastructures

10. Jusqu'à récemment, les situations de monopole dominaient dans la plupart des infrastructures, soit que celles-ci soient des monopoles naturels, soit que des obstacles réglementaires ou d'autres circonstances (par exemple l'intégration verticale des prestataires de services publics) empêchent toute concurrence réelle. Mais l'évolution rapide des technologies a remis en question les fondements économiques de beaucoup d'anciens monopoles naturels. Cette mutation a, dans bien des cas, provoqué des décalages entre la structure du marché économiquement souhaitable et la législation en vigueur. Aussi le législateur d'un certain nombre de pays a-t-il élargi la concurrence au domaine des infrastructures en abolissant les monopoles et les autres barrières à l'entrée du marché, en modifiant l'organisation des infrastructures et en mettant en place un encadrement réglementaire favorisant une compétition effective. L'étendue de ces initiatives était fonction de la nature du secteur, de la taille du marché et de plusieurs autres variables.

11. Dans le secteur par exemple des télécommunications, plusieurs pays ont légiféré en réponse essentiellement à une évolution rapide de la technologie. Les nouvelles techniques de la radio non seulement autorisent la téléphonie mobile mais font de surcroît concurrence de plus en plus souvent aux réseaux câblés. D'autres innovations - les fibres optiques, la télévision par câble, la transmission de données par les lignes électriques, la couverture de la planète par les satellites, la montée en puissance des ordinateurs, la compression plus poussée des données, la convergence entre radiodiffusion et traitement des données... - ébranlent les monopoles traditionnels et bouleversent la distribution des services. Ces nouveautés et d'autres encore ont ouvert davantage les télécommunications à la concurrence et les pays sont de plus en plus nombreux à laisser le marché jouer librement en ne limitant que l'accès aux services qui supposent l'emploi de ressources collectives rares, comme les fréquences radio. Dans un tel contexte, il faut que les structures du marché et les règles de la concurrence soient assez souples pour pouvoir s'adapter à l'évolution des circonstances, qui imposent de plus en plus aux pouvoirs publics la neutralité technologique.

12. Dans le secteur de l'énergie, les turbines à gaz à cycle combiné et d'autres techniques permettant de produire de l'électricité à petite échelle avec un bon rendement et la fabrication de matériel de production électrique normalisé ont conduit plusieurs pays à modifier la structure monopolistique et verticalement intégrée de leur marché national. L'augmentation de la puissance des ordinateurs et l'amélioration des logiciels d'application permettent de répartir l'électricité plus facilement sur le réseau et d'organiser la mise en partage des puissances produites, ou tout autre

arrangement permettant d'accéder au réseau et d'échanger de l'énergie. Comme les télécommunications, l'électricité est en voie de devenir une marchandise.

13. Dans le secteur des transports aussi, la technologie est fréquemment à l'origine de l'évolution de l'organisation interne des activités : l'apparition des conteneurs et l'adoption de techniques inédites, comme les communications par satellite qui permettent de suivre en continu les expéditions dans le monde entier, ont eu de profondes conséquences dans les transports maritimes, la gestion des ports, les transports ferroviaires et le camionnage, tout en favorisant le développement du transport multimodal. Les moyens de transport sont devenus plus rapides, meilleur marché et plus concurrentiels, les monopoles qui les dominaient souvent ont disparu.

B. La législation et la réforme sectorielle

14. Beaucoup de pays se sont aperçus que la pénétration des intérêts privés dans le domaine des infrastructures offrait une occasion singulièrement opportune de réexaminer la structure et l'encadrement réglementaire du marché. En général, l'action législative commence par l'abolition des règlements qui interdisent au secteur privé d'intervenir et par l'élimination dans la loi de tout ce qui fait obstacle à la concurrence. Ayant décidé d'ouvrir certaines infrastructures à la concurrence, les pays apportent ensuite des modifications à la structure du marché ou aux règles de la concurrence avant de procéder, ou tout en procédant, à l'ouverture de ces infrastructures aux entités privées¹.

1. Suppression des barrières légales et des obstacles juridiques

15. Les situations de monopole qui ne sont pas, ou ont cessé d'être, la résultante de conjonctures économiques et technologiques mais sont le produit des interdictions légales, offrent au réformateur une cible de choix. L'ouverture des activités monopolistiques à la concurrence est une opération relativement simple et n'exige pas nécessairement la restructuration du monopole en place qui assure les services publics. Le principe est de faire disparaître les obstacles d'ordre juridique, opération que l'on peut accompagner en mettant en place des règles de concurrence (répression de la collusion, des cartels, des prix abusifs et d'autres pratiques commerciales déloyales) et une tutelle réglementaire (voir par. 41 à 95).

16. Pour certaines activités cependant, on ne peut faire naître une concurrence réelle par la simple suppression des obstacles de droit. Encore faut-il légiférer pour restructurer l'activité dont il s'agit. Certains pays maintiennent les monopoles temporairement, juste assez pour permettre le passage progressif, ordonné et accepté sur le plan social d'une situation monopolistique à un marché concurrentiel.

2. Réaménagement du secteur des infrastructures

17. Même quand ni la loi ni l'économie ne font obstacle à la concurrence, une entreprise verticalement ou horizontalement intégrée qui exploite une infrastructure peut être en mesure d'empêcher toute concurrence effective. Cette entreprise peut chercher à étendre sa puissance monopoliste d'un marché ou d'un sous-marché à un autre pour tirer de ses nouvelles compétences une rente de monopole supplémentaire. Pour dissocier l'élément monopolistique (que constitue, par exemple, un réseau de distribution dans le secteur de l'électricité) des éléments concurrentiels dans un marché donné, on peut être obligé de fragmenter les activités intégrées verticalement ou horizontalement. Cette fragmentation facilite d'ailleurs la réglementation des segments monopolistiques moins complexes qui survivent. On notera qu'en cette matière l'évolution technologique offre aux responsables politiques de nouveaux procédés de fragmentation.

¹Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde, 1994 - Infrastructures pour le développement*, Washington, 1994; voir en particulier le chapitre III "Soumettre les prestations d'infrastructure aux lois du marché" (p. 58 à 79).

a) *Fragmentation verticale et horizontale*

18. La fragmentation verticale se produit lorsque les activités d'amont sont dissociées des activités d'aval : dans le secteur de l'électricité par exemple, c'est le cas de la séparation des fonctions de production, de transport, de distribution et de fourniture de l'énergie; dans celui des chemins de fer, c'est le cas de la séparation de l'infrastructure matérielle, c'est-à-dire les voies, et des services de transport proprement dits. Le but de l'opération est normalement mettre les ouvrages essentiels ou les installations fondamentales du réseau à part des activités commerciales soumises à la concurrence.

19. La fragmentation horizontale se produit lorsqu'une ou plusieurs des activités parallèles d'un monopole de service public se partagent entre des entreprises distinctes qui peuvent soit se concurrencer directement sur le marché (ce qui est de plus en plus fréquemment le cas pour la production d'électricité), soit conserver un monopole, mais sur un territoire plus petit (ce qui peut arriver pour la distribution d'électricité). Ce type de fragmentation peut toucher à la fois l'activité unique ou le sous-secteur qui se trouvent démantelés (comme dans les exemples précédents) et les entreprises de substitution qui s'organisent séparément sur un ou plusieurs marchés (entreprises de radiotéléphonie et de téléphonie câblée par exemple).

20. D'une manière générale, les services d'infrastructure tendent à être concurrentiels alors que les ouvrages matériels sur lesquels ils s'appuient présentent souvent le caractère d'un monopole. En dissociant les uns des autres, beaucoup de pays se sont trouvés en position d'imposer des solutions sectorielles originales plus efficaces. La fragmentation permet d'introduire la concurrence dans des sous-secteurs qui ne sont pas des monopoles naturels. Les activités de monopole qui subsistent sont exécutées par une entreprise (par exemple, une société de chemins de fer ou une compagnie de distribution d'électricité) dont l'activité doit être réglementée parce qu'elle comprend un sous-secteur monopolistique. L'opération de fragmentation permet à l'État et à l'organe réglementaire de se doter de nouveaux outils et de nouvelles politiques à l'égard des activités concurrentielles ou des monopoles naturels.

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

b) *Exemples récents pris dans les grands secteurs d'infrastructure*

i) *Télécommunications*

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

ii) Électricité

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

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

iii) Eau et assainissement

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

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

27. Le secteur des déchets solides peut se subdiviser en divers segments, dont le ramassage, le tri, le transport, l'épandage, l'incinération (ou tout autre procédé) et le recyclage. Là encore, en dissociant des activités isolables, les autorités publiques ont pu ouvrir le secteur à la concurrence. La taille du marché est dans ce cas une considération décisive qui permet de déterminer si l'on peut introduire la concurrence et dans quelle mesure il est rationnel de procéder à la fragmentation.

iv) Transports

28. La distinction est de plus en plus nette entre infrastructures et services dans le secteur des transports. Si les premières présentent souvent un caractère de monopole naturel, les seconds sont généralement concurrentiels. Cette

concurrence s'analyse non seulement dans les limites de tel ou tel moyen de transport mais aussi du point de vue de plusieurs moyens à la fois puisque le train, le camion, l'autocar, l'avion et le bateau sont en compétition pour charger voyageurs et marchandises.

29. Dans le domaine des chemins de fer, certains pays ont choisi de séparer la propriété et l'exploitation de s infrastructures (voies, signaux, gares, etc.) des services de transport ferroviaire (voyageurs et marchandises). Dans ce système, la loi ne permet pas à celui qui explo ite les voies de fournir aussi des services de transport, lesquels sont assurés par d'autres entreprises, souvent en concurrence entre elles. Dans d'autres pays, des sociétés intégrée s exploitent les infrastructures et fournissent les services mais les ti ers ont accès au réseau en vertu d'une sorte de droit de circulation. Ainsi, un transporteur, société de chemins de fer ou service de transport concurrent, peut utiliser les voies sous certaines conditions et la société qui g ère les équipements ne peut lui refuser cet accès. Les obstacles qui empêchent les investisseurs et les exploitants de pénétrer dans le secteur sont également éliminés progressivement.

30. Il y a peu de temps encore, les ports étaient administrés comme des monopoles de secteur public dan s beaucoup de pays. Au moment d'ouvrir le secteur, les législateurs ont eu à choisir entre diverses formules. Selon celle des ports "domaniaux", l'administration nationale des ports est responsable des infrastructures et de l a coordination d'ensemble des activités portuaires. Elle ne fournit cependant pas de services aux navires ou au x chargeurs. Dans les ports principaux, c'est la même entité qui est chargée des infrastructures et des services. La concurrence entre prestataires de services (remorqueurs, débardeurs, docks) peut être plus facile à instituer et à maintenir dans le système des ports "domaniaux". Outre la concurrence qui s'établit entre fournisseurs de services qui utilisent les mêmes installations, ou entre installati ons en compétition dans le même port, il peut y avoir une vive concurrence entre les ports eux-mêmes. D'ailleurs, les territoires qu'ils desservent se chevauchent et les chargeurs ont souvent le choix du port d'embarquement. Dans un deuxième effort de réforme, on peut donc encourager l a concurrence entre ports, soit en démantelant l'administration nationale de s ports, soit en renforçant les raccordements intermodaux des ports les moins importants, soit en ut ilisant quelque autre moyen. Beaucoup de gouvernements ont pu constater qu'ils amélioreraient la qualité des services, et diminuaient d'autant la nécessité d'intervenir par voi e réglementaire, en favorisant la concurrence entre ports et dans les ports eux-mêmes.

31. Le régime des aéroports peut également appeler des changements, qu'il s'agisse d'autoriser le s investissements privés ou d'introduire la concurrence entre aéroports ou à l'intérieur d'un même aéroport. Mais il faut alors examiner avec soin les relations qu'il y a entre l'exploitation de l'aéroport et le contrôle du trafic aérien. Pour ce qui est de la vie interne des aéroports, beaucoup de pays ont ouvert à la concurrence les services de manutention et de restauration, les services aux avions et les services aux passagers des vols commerciau x (boutiques, restaurants, parcs de stationnement, etc.). Certains pa ys ont confié la construction et l'exploitation d'une nouvelle aérogare dans un aéroport existant à un nou vel exploitant, provoquant ainsi la concurrence entre aérogares. Dans d'autres pays encore, les nouveaux aéroports ont été construits selon la formule CET et ceux qui existaient déjà ont été remis entre des mains privées. Beaucoup de pays enfin ont pu constater que la libéralisation du transport aérien (et du choix des liaisons) augmentait considérablement la demande de services aéropor tuaires, et donc l a viabilité financière des projets de construction d'aéroports à financement privé.

3. Mesures de transition

32. Que leurs réformes sectorielles aient consisté à faire disparaître les barrières légales à l'entrée, à fragmenter les segments isolables d'un même marché, à prendre diverses autres mesures ou à combiner plusieurs moyen s d'intervention, la plupart des gouvernements ont été très attentifs au processus lui-même. La transition d'un e situation de monopole à une situation de marché doit en effet être conduite avec soin. Des considérations politiques, sociales ou autres amènent dans certains cas à procéder aux réformes de façon graduelle ou par paliers. Comme la technologie et d'autres forces extérieu s sont en évolution constante, certains pays ont adopté en cette matière une démarche qu'ils peuvent accélérer ou modifier selon les circonstances.

a) *Élimination progressive des barrières à l'entrée*

33. Certains pays ont jugé qu'il ne fallait pas laisser d'un seul coup le champ libre à la concurrence. Leur législation a donc prévu des droits d'exclusivité temporaire, limité le nombre de prestataires de services publics ou imposé d'autres restrictions à la concurrence. L'objet et la durée de ces restrictions doivent en principe être limités au strict nécessaire (c'est-à-dire être normalement en retrait par rapport à l'objet et à la durée de la licence ou de la concession). Les restrictions quant à la durée ont pour objet de donner à l'entreprise en place assez de temps pour se préparer à la concurrence et adapter ses tarifs; les restrictions quant à l'objet visent à donner au prestataire de services publics les incitations qui l'encourageront à investir et à élargir la gamme de ses prestations. Certaines législations disposent que la protection ou les droits exclusifs dont bénéficie le prestataire de services publics seront partiellement ou totalement abolis si l'intéressé ne se conforme pas aux prescriptions de la licence qu'il détient : ainsi, l'exclusivité de certains services expirera si le prestataire public en position dominante ne les fournit pas effectivement. D'autres pays ont prévu le réexamen périodique (au moment de la révision des tarifs par exemple) de ces restrictions en vue de s'assurer que les conditions qui avaient présidé à leur mise en place n'ont pas cessé d'exister.

34. Les exemples fournis par le secteur des télécommunications illustrent ce type de régimes transitoires. Dans beaucoup de pays, la législation des télécommunications modernes ouvre entièrement à la concurrence la totalité ou une bonne partie des segments du marché. Le législateur a souvent préféré procéder graduellement à cette ouverture en abaissant ou en supprimant les barrières à l'entrée et les obstacles à la concurrence sur une certaine période de temps, allant en général de un à sept ans. Les pays ayant adopté cette démarche progressive ont pour la plupart commencé par libéraliser le segment des équipements terminaux (appareils téléphoniques, modems, standards téléphoniques privés), pour introduire ensuite un fournisseur concurrent, ou plusieurs, dans celui de la radiotéléphonie (téléphones cellulaires, contacteurs de poche) et libéraliser les services à valeur ajoutée (messagerie électronique, bases de données informatisées, messagerie vocale). Après quelques années, les services de téléphone interurbain et international sont ouverts à la concurrence à leur tour, mais avant les services locaux, et l'ensemble du secteur, c'est-à-dire les infrastructures et les services, est ensuite libéralisé. Cette solution a pour avantage de donner aux services publics en place le temps de s'adapter au nouveau contexte concurrentiel et, notamment, de modifier leurs tarifs pour éliminer les prestations bénéficiant de subventions internes. Les coûts de cette période de transition comprennent le temps qui s'écoule avant que les usagers puissent tirer profit de la concurrence et, éventuellement, l'affaiblissement des prestataires nationaux protégés par rapport à leurs concurrents étrangers qui opèrent dans un environnement libéralisé. De ce dernier point de vue, les premiers réformateurs ont eu plus de temps pour conduire le passage au marché concurrentiel que ceux qui se sont mis à la tâche plus tard.

b) *Restructuration et privatisation*

35. Parmi les mesures de transition, on peut citer la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans les pays qui disposent d'entreprises étatiques de service public. Toutes les réformes comprenant une fragmentation verticale ou horizontale exigent, par nature, la restructuration du prestataire existant. En outre, la privatisation de l'entreprise publique de service semble souvent indispensable parce qu'elle permet à cette entreprise d'entrer en concurrence de façon efficace et équitable avec les nouveaux compétiteurs privés. Si privatisation et libéralisation ne se font pas toujours dans le même ordre, d'une manière générale la libéralisation accompagne ou précède la privatisation. Certains pays ont procédé autrement et ont privatisé des entreprises en leur donnant des droits exclusifs importants, souvent en vue d'augmenter le revenu de la privatisation. Ils se sont cependant aperçus qu'il était difficile, et parfois fort coûteux, d'abolir, de restreindre ou de limiter par la suite ces droits exclusifs ou les monopoles protégeant les entreprises privées ou privatisées en place.

4. *Contrôle des monopoles résiduels*

36. Lorsque prévaut une situation de monopole naturel et qu'il n'est pas possible d'instaurer une concurrence sur le marché (c'est-à-dire entre entreprises se disputant les mêmes clients), de nombreux pays ont instauré un e

concurrence *pour* l'obtention de ce marché (voir par. 37 à 39). Une concurrence indirecte entre entreprises a également été instituée au moyen d'un système de références (voir par. 40). Parfois, les pouvoirs publics ne sont pas en mesure d'abolir les obstacles juridiques, de fragmenter des secteurs intégrés ou de prendre d'autres mesures conduisant à la création d'un secteur concurrentiel. Dans ces cas, la concurrence pour l'obtention du marché et la concurrence indirecte peuvent également permettre d'atténuer les coûts liés à la situation de monopole.

a) Recours à des procédures de sélection par mise en concurrence

37. Par concurrence pour le, on entend un processus aboutissant à la sélection, parmi plusieurs groupes mis en concurrence, d'une entreprise qui se verra accorder le droit de fournir la prestation associée à l'infrastructure (les méthodes de sélection sont évoquées au chapitre III, "Sélection du concessionnaire"). Ce mécanisme permet de réduire ou d'éliminer les rentes de monopole en invitant les entreprises sollicitées à soumettre des offres concurrentes pour obtenir ce droit. Il exige une participation du secteur privé, qui ne se fera pas nécessairement à l'exclusion de candidats du secteur public. Des collectivités locales ont, par exemple, accordé des franchises ou des concessions pour la collecte de déchets solides au service public qui en était titulaire ou à ses successeurs, qui avaient remporté des appels d'offres face à des soumissionnaires privés. Dans ces cas, la menace réelle d'une irruption du secteur privé s'est traduite par une amélioration notable des résultats du secteur public.

38. Plusieurs pays ont adopté une législation imposant d'adjuger à nouveau, périodiquement, les licences et concessions exclusives (voir, ci-après, chap. IX "Durée, prorogation et dénonciation anticipée de l'accord de projet", ...). La période séparant l'adjudication initiale des appels d'offres ultérieurs doit tenir compte du volume de investissements opérés par l'investisseur et d'autres risques encourus par ce dernier. S'agissant de licences de collecte de déchets solides n'exigeant aucun investissement lourd en capital fixe, la périodicité peut être relativement brève (de trois à cinq ans), alors que pour un contrat de distribution d'électricité ou d'eau, par exemple, il peut être souhaitable d'opter pour des périodes plus longues. Dans de nombreux pays, la remise en adjudication coïncide avec l'échéance du contrat. Dans d'autres, une concession peut être accordée pour une longue période (quatre-vingt-dix-neuf ans) assortie de remises en adjudication périodiques (tous les dix ou quinze ans). Selon cette dernière méthode, qui a été adoptée dans quelques pays, la première remise en adjudication intervient avant que l'investisseur ait pleinement recouvré sa mise; le titulaire de la concession a donc des droits patrimoniaux qui devront être compensés s'il ne remporte pas l'appel d'offres suivant. Dans ce cas, les recettes provenant de procédure de soumission lui sont reversées en totalité ou en partie. Cette organisation périodique de nouveaux appels d'offres peut inciter fortement les prestataires de services publics à améliorer leurs résultats. Ce système, s'il risque d'accroître le risque à long terme encouru par les investisseurs et les bailleurs de fonds, leur offre également une précieuse possibilité de sortie.

39. Il est possible d'instaurer une concurrence pour le marché non seulement en cas de monopole naturel, mais également lorsque des contraintes de ressources (gamme de fréquences, par exemple) ou des décisions gouvernementales limitent le nombre de concessions ou de licences attribuées, créant ainsi une rente de "rareté". Si les pouvoirs publics décident de n'accorder que deux ou trois licences de réseau cellulaire, par exemple, on utilisera les mêmes mécanismes pour sélectionner le titulaire de la licence; dans ce cas, cependant, la licence n'est généralement pas génératrice d'exclusivité ou, si c'est le cas, il ne s'agit que d'une exclusivité temporaire permettant aux pouvoirs publics d'accorder d'autres licences quelques années plus tard.

b) Division géographique des monopoles résiduels

40. La fragmentation a permis à de nombreux gouvernements de créer les conditions d'une concurrence indirecte, dite aussi "de référence", en vertu de laquelle les concessionnaires n'entrent pas en compétition sur le même territoire mais les organismes réglementaires sont en mesure de comparer les résultats de différentes entreprises (ayant chacune un monopole régional) et d'utiliser ces renseignements pour assurer leurs fonctions réglementaires (voir chap. VII, "Phase d'exploitation", ...). Ainsi, un organisme réglementaire responsable de plusieurs concessionnaires dans un secteur donné (dont certains peuvent être détenus et exploités par l'État) peut être mieux à même de le s

réglementer. Plus généralement, les organismes de réglementation peuvent utiliser les prix internationaux comme référence pour évaluer les coûts et les résultats des entreprises placées sous leur tutelle. Ces références nationales et internationales peuvent stimuler fortement, de façon indirecte, les entreprises opérant dans des secteurs monopolistiques. Il arrive même que ces prix de référence soient inclus dans des barèmes.

C. Réglementation des services d'infrastructure

1. Observations générales

41. La réglementation associe plusieurs éléments distincts, dont des règles de fond, des procédures, de s instruments et des institutions. Le cadre réglementaire d'un pays et d'un secteur donnés – qui définit les droits et obligations des prestataires de services, des consommateurs, des organismes réglementaires et des pouvoirs publics – résulte de l'interaction de ces éléments. En fonction du pays et de ses traditions juridiques et politiques, ce cadre peut être établi par des traités, une constitution, des lois, des décrets exécutifs, des règlements, des décisions d'organismes réglementaires, la jurisprudence, des licences, des concessions et d'autres contrats ou instruments.

a) Contexte historique

42. Dans de nombreux pays, la réglementation des infrastructures a été introduite afin de contrer les abus de s prestataires monopolistiques et des cartels de prestataires de services publics qui tentaient de maximiser leurs profits en réduisant leur production et en augmentant les prix au-delà du niveau économiquement et socialement souhaitable. Les pouvoirs publics ont adopté différentes démarches pour lutter contre ces tendances monopolistes. Souvent, le prestataire monopolistique de services d'infrastructure a été constitué en entreprise d'État (ou l'est devenu suite à une nationalisation). Le fait d'être détenu par l'État ou par des municipalités était considéré en soi comme une garantie contre les abus et comme une protection des intérêts des consommateurs; la réglementation s'exerçait alors au moyen de la propriété publique. Dans d'autres pays ou secteurs, le prestataire d'infrastructure était ou restait une entreprise privée. Pour contrôler son fonctionnement et empêcher que ne s'opèrent des stratégies monopolistiques de fixation des prix et de commercialisation, les pouvoirs publics ont souvent mis en place des mécanismes réglementaires généraux (mécanismes antitrust) et sectoriels. Les premières commissions de réglementation ont été créées vers le milieu du XIXe siècle.

43. Cette évolution vers une participation plus importante du secteur privé et une concurrence accrue s'est accompagnée, ce qui l'a renforcée, d'une évolution vers une réglementation moins tatillonne des prestataires de services publics (qu'il s'agisse d'entités publiques ou privées). Conscients que les pressions politiques à court terme s'étaient souvent traduites par des obstacles à la concurrence et par d'autres interventions réglementaires qui n'allaient pas toujours dans le sens de l'intérêt général, de nombreux gouvernements ont limité (souvent sous forme contractuelle) leurs pouvoirs discrétionnaires et ont opté pour des mécanismes réglementaires autonomes et indépendants moins soumis aux pressions politiques. Ces réformes, là où elles ont été introduites avec succès, ont atténué les risques encourus par les investisseurs privés et, partant, les coûts de financement.

b) Objectifs de la réglementation

44. La réglementation a principalement pour objectifs de favoriser la concurrence, d'accroître la rentabilité, de pallier et de corriger, dans toute la mesure possible, les dysfonctionnements du marché et, en règle plus générale, de protéger, d'autre part, les usagers contre les abus potentiels des prestataires de services publics dominants ou monopolistiques et, d'autre part, les investisseurs contre toute éventuelle action arbitraire des pouvoirs publics. L'action réglementaire est souvent justifiée par une situation dans laquelle le marché, laissé à lui-même, ne produirait pas le résultat social souhaitable. La réglementation peut consister à contenir la puissance des monopoles (y compris des positions dominantes), mais aussi à mettre en avant des considérations liées notamment à l'environnement, à la sécurité et à la santé publique. Ces considérations ne sont généralement pas propres au secteur des infrastructures ou aux sociétés privées, mais s'inscrivent dans le cadre réglementaire global régissant l'activité économique.

45. La nature de la réglementation varie considérablement suivant les caractéristiques du secteur. Dans les monopoles naturels, elle vise essentiellement à produire le niveau socialement souhaitable de services à des prix économiques en limitant notamment les occasions, pour le prestataire de services publics, de prélever des rentes de monopole. Lorsque le secteur est globalement monopolistique, le contrôle des prix joue souvent un rôle essentiel. Lorsqu'un ou plusieurs segments de ce secteur sont monopolistiques et que les autres sont concurrentiels, il faut pouvoir veiller à ce que les concurrents puissent accéder aux segments monopolistiques.

46. Un autre facteur essentiel est la mesure dans laquelle ont été ou sont adoptées des réformes axées sur le marché. Tout changement de la structure du marché, l'introduction d'une participation du secteur privé ou d'une concurrence dans les secteurs des infrastructures exigent généralement de nouvelles règles et institutions. Dans les secteurs en transition vers une concurrence axée sur le marché, la réglementation vise essentiellement à gérer cette transition en veillant à introduire et à favoriser la concurrence. Lorsqu'un secteur ou un segment est devenu concurrentiel (comme c'est parfois le cas des services de télécommunications dans certains pays), la réglementation sectorielle peut laisser la place à un régime concurrentiel général applicable à la plupart des secteurs de l'économie. Le cadre réglementaire et institutionnel établi par le législateur tient généralement compte de ces facteurs. Une certaine souplesse est nécessaire si l'on veut pouvoir s'adapter à l'évolution de la situation.

c) Coûts et avantages de la réglementation

47. Réglementer des infrastructures est une tâche complexe exigeant des ressources considérables. Cette procédure est relativement nouvelle pour de nombreux pays et des enseignements peuvent être tirés de l'expérience acquise par ceux qui ont déjà mis en œuvre des réformes analogues.

48. Il importe toutefois de bien peser les coûts et avantages d'une réglementation. Si elle peut favoriser la transition vers une économie de marché concurrentielle et protéger les consommateurs et les investisseurs, une réglementation efficace a aussi un coût. Le coût direct comprend non seulement le coût du dispositif de réglementation proprement dit, mais aussi les coûts liés à son application par les entreprises réglementées. Les coûts indirects, quant à eux, peuvent être encore plus importants. La réglementation peut créer des distorsions qui peuvent parfois être plus importantes que les dysfonctionnements du marché qu'elle est censée pallier. Cela peut s'expliquer par l'insuffisance des renseignements dont disposent les organismes de réglementation, par l'appropriation du processus de réglementation par des groupes d'intérêt, par le manque de personnel qualifié et d'expérience de l'organisme réglementaire (ce qui peut être dû, en partie, à l'insuffisance des ressources et des moyens de financement consacrés à la réglementation), par l'absence de souplesse des règles et des procédures ou par l'application de règles de fonds adoptées de façon hâtive ou obsolète. Enfin, à mesure qu'un secteur s'oriente vers une structure de marché concurrentielle, la nécessité d'une réglementation spécifique disparaît.

2. Règles de fond

49. En matière de réglementation, les interventions peuvent être classées en deux grandes catégories : a) mesures prises jusqu'à l'octroi de licences ou l'attribution de concessions (réforme et législation sectorielles et gestion du processus de sélection en vue de l'attribution de licences ou de concessions); b) mesures réglementaires faisant suite à l'attribution desdites licences ou concessions. Les paragraphes ci-après décrivent brièvement certaines des principales questions liées à la réglementation qui se posent dans différents secteurs dans un contexte analogue, y compris la réglementation applicable à l'entrée et à la sortie des concurrents, au raccordement aux réseaux, aux prix (tarifs), aux subventions et aux services généraux, ainsi qu'à la qualité et aux résultats.

a) Conditions d'octroi des licences et d'attribution des concessions

50. Les règles régissant l'entrée et la sortie des concurrents forment la base de l'organisation des secteurs d'infrastructure. Ces règles peuvent permettre la libre entrée des prestataires de services dans un secteur ou un segment de ce dernier, ou peuvent limiter cette entrée à un certain nombre de prestataires déterminés par les pouvoirs

publics au moyen d'un système d'attribution de licences ou de concessions. Lorsque la libre entrée est la règle, comme c'est le cas dans un nombre croissant de pays pour de nombreux services de télécommunications ou pour la production d'électricité, l'autorité qui octroie les licences peut se cantonner à vérifier que les nouveaux entrants remplissent les critères juridiques de base requis pour proposer ces services. Dans certains pays, il suffit au nouvel entrant de remplir une déclaration pour commencer à offrir ses services, à moins que l'autorité octroyant les licences n'émette une objection dans un délai donné (un mois, par exemple). Lorsque le nombre d'entrants est limité, les pouvoirs publics ont souvent l'obligation légale d'organiser un concours avant d'octroyer les licences uniques ou multiples proposées (voir également chap. III, "Sélection du concessionnaire").

b) Réglementation des raccordements et de l'accès aux réseaux

51. Dans les industries fonctionnant en réseau (transports ferroviaires, télécommunications, distribution d'électricité ou de gaz), le prestataire de service public traditionnel ou dominant pourra être tenté de protéger ou de limiter l'accès de tierces parties à son réseau, qui est souvent, dans ces domaines, le segment monopoliste. Afin d'instaurer une concurrence, des règles contraignantes – éléments clefs de la réforme et de la réglementation de ces secteurs – régissant l'accès au réseau par les nouveaux entrants ont été introduits. Dans certains cas, ces règles ont complété les mesures de fragmentation verticale (voir par. 18 à 21). Dans d'autres, elles ont été adoptées pour stimuler la concurrence dans des secteurs qui demeuraient pleinement ou partiellement intégrés.

52. La réglementation impose généralement à l'opérateur du réseau d'y offrir l'accès à des conditions justes et non discriminatoires du point de vue tant financier que technique. Par non-discrimination, on entend que le nouvel entrant ou prestataire de services peut utiliser l'infrastructure du prestataire dominant à des conditions au moins aussi favorables que ce dernier accorde à ses propres services ou aux autres prestataires. Il est cependant à noter que de nombreux régimes d'accès aux pipelines, par exemple, n'imposent pas de conditions rigoureusement égales au transporteur et aux utilisateurs concurrents. Parfois, l'obligation d'accès peut être pondérée : elle peut, par exemple, se limiter à la capacité non utilisée ou être soumise à des conditions raisonnables (plutôt qu'égales).

53. En règle générale, les organismes réglementaires souhaiteront s'assurer que les prix d'accès sont suffisamment élevés pour inciter à investir dans l'entretien et le développement de l'infrastructure nécessaire, et suffisamment bas pour encourager la concurrence dans le secteur. L'établissement des prix d'accès se fonde généralement sur les coûts d'utilisation. Lorsque l'opérateur de réseau offre des services en concurrence avec d'autres prestataires, il peut s'avérer nécessaire de comptabiliser ses activités à part afin de déterminer le coût réel de l'utilisation, par les parties tierces, du réseau ou d'éléments de ce dernier.

54. Les conditions techniques d'accès peuvent également être déterminantes, et il peut être demandé aux prestataires de services publics dominants d'adapter leur réseau pour satisfaire aux demandes d'accès des nouveaux entrants. L'accès peut être accordé à l'ensemble du réseau ou à des éléments ou segments monopolistes de ce dernier (également appelés, parfois, installations engorgées ou essentielles). De nombreux gouvernements autorisent les prestataires de services à construire leur propre infrastructure ou à utiliser, lorsqu'elle existe, une infrastructure de substitution; dans ce cas, le prestataire de service peut n'avoir besoin d'accéder qu'à une petite partie du réseau et ne peut pas, selon de nombreuses réglementations, être contraint de payer davantage que le coût correspondant à l'utilisation de l'installation précise dont il a besoin (par exemple, circuit local de télécommunications, capacité de transmission pour la distribution d'électricité ou utilisation d'un tronçon de voie ferrée).

c) Encadrement des prix et des marges bénéficiaires

55. Les règles régissant les secteurs de l'infrastructure comportent, dans la plupart des pays, un encadrement des prix ou des marges bénéficiaires, ce qui justifie, sur le plan économique, par le fait que lorsqu'une situation de monopole existe ou lorsque les marchés ne sont pas véritablement concurrentiels, les prestataires de services publics dominants peuvent facturer leurs services à des prix trop élevés afin de dégager des bénéfices supplémentaires, ou (temporairement) trop faibles pour éliminer de nouveaux entrants (vente à perte). Le niveau élevé des prix et la

concurrence insuffisante dans les services d'infrastructure risquent d'avoir un impact néfaste non seulement sur le secteur concerné, mais également sur l'économie nationale.

56. Les secteurs d'infrastructure se caractérisent par différentes structures de marché et offrent, en matière de fragmentation et de concurrence, différentes possibilités. De plus en plus souvent, les pays limitent la réglementation des prix aux segments non concurrentiels des marchés, tout en laissant libres les prix des segments concurrentiels. Les prix de la téléphonie cellulaire, par exemple, peuvent, dans certains pays, être laissés libres alors que les tarifs des communications locales restent, eux, réglementés. Dans les pays où les transports routiers (ou fluviaux) offrent une concurrence suffisante, le prix des transports ferroviaires peut, de même, rester libre. Lorsqu'une société offre parallèlement des services à prix réglementés et des services non réglementés, il peut être nécessaire de veiller à ce que cette société ne subventionne pas ses activités concurrentielles avec les recettes dégagées par ses activités réglementées. Pour mieux faire appliquer l'interdiction du subventionnement croisé, on recourt généralement à une comptabilité distincte ou à la création d'une ou plusieurs filiales chargées de mener les activités concurrentielles ou potentiellement concurrentielles. De surcroît, dans de nombreux pays, le plafonnement des prix ne s'applique qu'aux prestataires de services publics dominants (pour limiter leur propension à abuser de leur position dominante) et non aux nouveaux entrants.

57. De nombreux pays ont choisi de ne fixer dans leur législation que les principes généraux d'établissement des prix en laissant à l'organisme réglementaire concerné le soin de les appliquer et de définir les conditions d'octroi des licences et d'attribution des concessions. D'autres ont choisi de légiférer au moyen de barèmes. Généralement parlant, on s'efforce d'équilibrer les intérêts des usagers et ceux des investisseurs ainsi que, souvent, ceux des usagers actuels et futurs. Lorsque, par exemple, les tarifs sont maintenus trop bas, les prestataires de services publics sont lésés, les investisseurs dissuadés et les futurs usagers pénalisés, car ils auront à payer les investissements retardés. Le barème devra également être suffisamment stable et prévisible pour permettre aux prestataires de services publics et aux usagers de planifier leur activité en conséquence.

58. De nombreux projets d'infrastructure exigent d'importantes dépenses d'investissement en capital assorties de longues périodes d'amortissement. Les barèmes ne peuvent être fixés une fois pour toutes car les techniques, les taux de change, les salaires, la productivité et d'autres facteurs ne manqueront pas de changer de façon importante (et souvent imprévisible) au cours de ces périodes. De nombreux pays ont mis en place des mécanismes de révision des tarifs. Les révisions périodiques du barème (tous les quatre à cinq ans) du barème équivalant généralement à une renégociation du contrat tenant compte des intérêts des usagers et de l'économie en général, ainsi que des investisseurs et des bailleurs de fonds.

59. Les législateurs ont opté pour différents systèmes de contrôle des prix, les plus courants étant la réglementation des taux de rendement et le plafonnement des prix. De nombreux systèmes tarifaires combinent ces deux éléments. La réglementation du taux de rendement autorise les prestataires de services d'infrastructure à tirer un rendement donné de leurs investissements, généralement exprimé en pourcentage. Chaque année (ou chaque fois que l'organisme réglementaire, la société concernée ou d'autres parties intéressées estiment que les prix pratiqués génèrent trop ou trop peu de bénéfices), l'organisme réglementaire vérifie les dépenses encourues par le service public, détermine dans quelle mesure les investissements effectués par la société peuvent être inclus dans la base tarifaire, et calcule les recettes qui doivent être produites pour couvrir les dépenses autorisées et atteindre le taux de rendement convenu. Les organismes réglementaires utilisent, lorsqu'ils sont disponibles, les cours du marché ajustés en fonction des risques pour déterminer le taux de rendement. Ce système nécessite d'importants volumes d'informations et de longues négociations (concernant, par exemple, les dépenses autorisées et la répartition des coûts). Il n'incite pas fortement les prestataires de services publics à améliorer leur efficacité, car les progrès qu'ils accomplissent dans ce domaine durant un exercice se traduisent par une baisse des tarifs de l'exercice suivant.

60. Dans le système de plafonnement des prix, on fixe un barème de prix pour une période donnée (quatre ou cinq ans). Les prix fixés pour chaque année peuvent fluctuer dans les limites fixées par le barème. Dans certains pays, ce barème est une moyenne pondérée de différents indices, alors que dans d'autres il s'agit d'un indice des prix à

la consommation minorés d'un facteur de productivité. Lorsque de nouveaux investissements importants doivent être faits, le barème peut inclure un élément additionnel visant à couvrir ces dépenses supplémentaires. Le barème peut s'appliquer à tous les services offerts par la société ou à certains paniers de services seulement, et différents barèmes peuvent être utilisés pour différents paniers. Les services offerts dans un environnement concurrentiel peuvent être exclus du panier et dérèglementés et la composition du panier revue de temps à autre pour tenir compte de l'évolution du marché. Cette méthode de plafonnement des prix est de plus en plus souvent adoptée depuis quelques années. Elle est plus stimulante pour les prestataires de services publics, car les gains d'efficacité réalisés peuvent être conservés jusqu'à la période d'ajustement suivante. Dans certains pays, le barème de plafonnement des prix comprend un reversement partiel des gains d'efficacité aux consommateurs. Le réajustement périodique du barème se fonde, toutefois, sur des calculs de type taux de rendement qui exigent des renseignements aussi détaillés que ceux évoqués plus haut, bien qu'à une moindre fréquence.

61. Une autre méthode de réglementation pouvant être utilisée pour fixer les prix ou, plus généralement, pour surveiller le niveau des prix est la fixation des prix par rapport à une valeur de référence ou étalon. En comparant les prix d'un prestataire de services publics à ceux d'un autre prestataire aux normes internationales, les organismes réglementaires peuvent déterminer si les ajustements tarifaires demandés par le premier prestataire sont raisonnables ou non. Quelle que soit la méthode retenue, la complexité du mécanisme d'établissement des tarifs ne doit pas dépasser la capacité administrative des services chargés de l'appliquer, de le surveiller et de l'adapter.

d) Subventions et mission de service public

62. Dans de nombreux pays, la législation oblige à fournir certains services même lorsque ceux-ci doivent être offerts sans rémunération ou à perte. Comme exemples de services gratuits, on peut citer les services d'urgence (appels téléphoniques à la police, aux pompiers, aux services d'ambulance; vérification des fuites de gaz présumées ou des lignes électriques dangereuses). Les services pour lesquels le prix peut ne pas couvrir les dépenses sont notamment les services téléphoniques minimaux, les services de distribution d'eau ou d'électricité, le transport à prix réduit de certaines catégories de personnes (écoliers, retraités), ainsi que d'autres services destinés à des usagers à faible revenu ou ruraux. Les prestataires de services publics peuvent recouvrer ces dépenses ou coûts de diverses manières, y compris grâce à des subventions de l'État, par l'intermédiaire de fonds ou d'autres mécanismes officiels créés pour répartir le coût financier de ces obligations entre tous les prestataires de services publics, ou au moyen d'un subventionnement interne croisé à partir d'autres services rentables. Une distinction doit être faite entre le subventionnement croisé et la fixation de prix différenciés, en vertu de laquelle différentes catégories d'utilisateur paient des prix différents (en fonction, notamment, de l'élasticité de leur demande par rapport aux prix), tous les prix couvrant cependant, du moins à court terme, le coût marginal du service. En ce sens, une différenciation des prix peut être efficace et ne devrait pas être interdite. Le subventionnement direct par les pouvoirs publics ou par des fonds présente l'avantage d'être plus transparent et facile à contrôler que le subventionnement croisé.

e) Normes de résultat

63. Les sociétés opérant dans des secteurs réglementés doivent généralement répondre à un ensemble de normes techniques et de normes de qualité (voir chap. VIII, "Retards, défauts et autres défauts d'exécution", ...). Ces normes sont souvent trop détaillées pour figurer dans la législation sectorielle et peuvent être incluses dans des décrets d'application, des concessions, des licences ou d'autres instruments. Elles comprennent, par exemple, des conditions minimales de raccordement dans les secteurs fonctionnant en réseau, des normes de qualité (pureté et pression de l'eau, par exemple), des plafonds concernant les délais de réparation ou le nombre de défauts ou de plaintes, des critères de respect des horaires pour les services de transport, de continuité de l'approvisionnement, ainsi que de respect des normes relatives à la santé, à la sûreté et à l'environnement. La législation pourra cependant imposer les principes de base qui orienteront la rédaction de normes détaillées ou exiger l'application de normes internationales.

3. Organismes réglementaires

64. Les dispositions législatives régissant la réglementation des secteurs d'infrastructure comprennent généralement des règles de fond et des règles institutionnelles. Elles sont établies par différents organes et sont appliquées et contrôlées par d'autres. L'expression "organismes réglementaires" renvoie aux mécanismes institutionnels nécessaires pour appliquer et contrôler les règles de fond.

65. Les organismes réglementaires sont nécessaires, car dans le domaine de l'exploitation d'infrastructures, il est généralement souhaitable que les règles autorisent une certaine souplesse; quelqu'un doit appliquer ou mettre en œuvre les règles de fond, les interpréter, contrôler leur conformité, régler les différends découlant de leur application et imposer des sanctions. Les activités précises de réglementation et le degré de souplesse qu'elles impliquent seront déterminés par les règles en question, qui pourront varier considérablement.

a) *Eventail des mécanismes institutionnels*

66. L'éventail des mécanismes institutionnels de réglementation des secteurs d'infrastructure est très large. Tandis que de nombreux pays continuent de confier les fonctions de réglementation à des entités gouvernementales (ministères concernés ou services chargés des prix et de la concurrence), la tendance générale est à la création d'organismes réglementaires autonomes distincts des pouvoirs publics. Un même pays peut soumettre certains secteurs d'infrastructure à une réglementation autonome et indépendante en laissant d'autres secteurs sous tutelle ministérielle. Les pouvoirs réglementaires peuvent également être partagés entre un organisme réglementaire autonome et les pouvoirs publics, comme c'est souvent le cas en matière d'octroi de licences.

b) *Indépendance et autonomie des organismes réglementaires*

67. Les organismes réglementaires doivent être protégés contre toute pression inappropriée. Les décisions réglementaires doivent être prises sans aucune interférence de prestataires de services publics. C'est pourquoi, dans la plupart des pays, la législation exige l'indépendance du processus de prise de décisions réglementaires. Une indépendance et une autonomie réelles contribuent grandement à réduire les risques liés à la réglementation et, partant, à réduire le coût des services d'infrastructure.

68. L'une des conditions essentielles est de séparer les fonctions réglementaires des fonctions opérationnelles en ôtant aux prestataires de services publics toute fonction réglementaire qui pourrait encore leur échoir et en les confiant à une entité juridiquement et fonctionnellement indépendante. On peut citer, comme exemple, de confusion entre les fonctions réglementaires et opérationnelles, le droit du prestataire de service public en titre de certifier des équipements devant être utilisés sur son réseau ou de fixer unilatéralement des conditions de raccordement et d'accès, ou encore le droit, pour un exploitant portuaire, d'attribuer des postes d'amarrage aux navires qui arrivent.

69. Un autre critère essentiel est l'indépendance totale des organismes réglementaires vis-à-vis des entreprises dont ils assument la tutelle. Cette indépendance est souvent étayée par l'interdiction, pour le personnel de ces organismes, d'occuper des fonctions, d'accepter des cadeaux, de passer des marchés ou de nouer toute autre relation (que ce soit directement ou par l'intermédiaire de parents ou d'autres personnes) avec ces entreprises, leurs sociétés mères ou leurs filiales. Cette indépendance est une condition de la crédibilité de l'organisme réglementaire. Elle implique également que pour éviter tout conflit d'intérêt, la réglementation doit, surtout dans les pays et les secteurs dans lesquels opèrent des entreprises publiques, s'affranchir de toute interférence des pouvoirs publics et des propriétaires des entreprises dudit secteur.

70. De cette condition en découle une autre, à savoir l'autonomie de l'organisme réglementaire vis-à-vis des pouvoirs publics. Cette autonomie peut être nécessaire si l'on veut réduire le risque que des décisions soient prises ou influencées par un organisme qui serait également propriétaire d'entreprises fonctionnant dans le secteur réglementé ou par un organisme se fondant davantage sur des critères politiques que techniques.

71. L'indépendance et l'autonomie de la fonction réglementaire ne doivent pas être considérées uniquement sur le plan institutionnel, mais également sur le plan fonctionnel, ce qui exige que les organismes réglementaires disposent des ressources financières et humaines nécessaires pour s'acquitter de leur mission avec compétence et intégrité.

c) Compétences sectorielles des organismes réglementaires

72. Les fonctions réglementaires peuvent être réparties sur une base sectorielle ou transsectorielle. Les pays qui ont opté pour une démarche sectorielle ont souvent décidé de lier étroitement des secteurs ou des segments de ces secteurs sous la même tutelle, comme c'est parfois le cas, par exemple, pour les télécommunications, la télévision et la radiodiffusion par câble; l'électricité et le gaz; les aéroports et les transports aériens; ou, de façon plus générale, des moyens de transport concurrents. D'autres pays ont organisé la réglementation sur une base transsectorielle avec, dans certains cas, une entité réglementaire unique pour tous les secteurs d'infrastructure, et, dans d'autres, une entité distincte pour les services publics (eau, électricité, gaz, télécommunications) et une autre pour les transports.

73. La décision d'appliquer l'un ou l'autre modèle dépend en partie des moyens dont dispose le pays en matière de réglementation; plus ses moyens sont faibles, plus il a de raisons de réduire le nombre de structures indépendantes et de tenter de réaliser de gamme. D'autres motifs peuvent justifier la création d'organismes plurisectoriels : l'identité des problèmes qui se posent dans les différents secteurs d'infrastructure et l'aptitude à tirer des enseignements de l'expérience acquise dans d'autres secteurs; la compatibilité des démarches réglementaires entre les secteurs; le champ d'application et la chronologie du programme de réforme (s'il n'est engagé que dans un secteur, l'entité sera souvent sectorielle); et la meilleure résistance exercées par des groupes d'intérêt sectoriels. L'un des inconvénients possibles des organismes transsectoriels est qu'ils risquent de ne pas favoriser le développement des connaissances spécialisées techniques (c'est-à-dire sectorielles).

d) Mission des organismes réglementaires

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

e) Attributions des organismes réglementaires

75. Les organismes réglementaires peuvent être habilités à prendre des décisions, jouer un rôle de conseil ou n'avoir que des fonctions purement consultatives, voire combiner ces différentes attributions en fonction de l'objet de la réglementation. Dans certains pays, le législateur a décidé de donner à l'organisme réglementaire, dans un premier temps, des attributions limitées qu'il a étendues par la suite à mesure que l'organisme réglementaire faisait la preuve de son indépendance et de son professionnalisme. La législation spécifique souvent les attributions qui échoient respectivement aux pouvoirs publics et à l'organisme réglementaire. Il importe, à cet égard, que la situation soit claire pour éviter tout conflit ou confusion inutile. Les investisseurs ainsi que les consommateurs et les autres parties intéressées doivent savoir à qui adresser leurs différentes requêtes, demandes ou plaintes.

76. L'octroi de licences à des prestataires de services publics, par exemple, est un processus qui associe, dans de nombreux pays, les pouvoirs publics et l'organisme réglementaire. Lorsque la décision d'adjudger un projet nécessite de porter un jugement global de nature plus politique que technique, ce qui est souvent le cas dans le contexte d'une privatisation d'infrastructure, la décision finale revient souvent aux pouvoirs publics. Lorsque, toutefois, les critères d'adjudication sont plus techniques, comme cela peut être le cas dans un système libéral d'octroi de licences pour

des services de production d'électricité ou de télécommunications, de nombreux pays confient à un organisme réglementaire indépendant le soin de prendre la décision. Dans d'autres cas, il peut être faite obligation aux pouvoirs publics de demander l'opinion de l'organisme réglementaire avant d'octroyer la licence. Certains pays, en revanche, excluent toute participation directe des organismes réglementaires au processus d'octroi de licences au motif que cette participation pourrait influencer la manière dont ils réglementeront ultérieurement l'utilisation de ces licences.

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

78. Les questions sur lesquelles les organismes réglementaires doivent se prononcer sont variées : fonctions normatives (règles d'octroi de licences, conditions d'homologation des équipements), octroi de licences, attribution de concessions ou d'autorisations; modification de ces instruments; approbation de marchés proposés ou de décisions adoptés par des entités sous tutelle (cahier de charges ou contrat d'accès à un réseau); définition et contrôle d'une obligation de fournir certains services; surveillance des prestataires de services publics (notamment respect de conditions énoncées dans les licences, des normes et des objectifs de résultat); fixation ou ajustement des tarifs; contrôle des subventions, exemptions ou autres avantages susceptibles de fausser la concurrence dans le secteur; sanctions et règlement des différends.

f) Composition et effectifs des organismes réglementaires

79. La confiance des investisseurs et du public dans le professionnalisme, la compétence, l'efficacité et l'intégrité de l'entité réglementaire dépend dans une large mesure de la nature de cette dernière. La façon dont les organismes réglementaires sont créés et leurs membres désignés, ainsi que les qualifications et l'expérience de ces derniers et les règles qu'ils appliquent sont à cet égard essentielles.

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

81. Pour renforcer l'autonomie de l'organisme réglementaire, il peut être utile d'associer au processus désignation diverses institutions; dans certains pays, les organismes réglementaires sont désignés par le chef d'État sur la base d'une liste soumise par le Parlement; dans d'autres, le pouvoir exécutif désigne l'organisme réglementaire sous réserve de confirmation par le Parlement ou sur la base de propositions soumises par le Parlement, par des associations d'usagers ou par d'autres organismes. Certaines qualifications professionnelles minimales sont souvent requises des organismes réglementaires ainsi que l'absence de conflits d'intérêt qui risqueraient de les disqualifier. Les mandats des membres des commissions réglementaires peuvent être échelonnés afin de prévenir toute rotation globale et d'empêcher que tous les membres ne soient désignés par la même administration; cet échelonnement favorise également la continuité dans la prise de décisions. Les mandats sont souvent confiés pour une durée déterminée, peuvent être non renouvelables et ne peuvent être résiliés de façon anticipée que pour certaines raisons (condamnation pénale, incapacité mentale, négligence grave ou manquement au devoir). Certaines exigences s'appliquent à l'ensemble du personnel de l'entité réglementaire. De nombreuses législations accordent à ce personnel un régime privilégié, y compris des barèmes de rémunération satisfaisants, afin d'attirer les candidats

qualifiés et de limiter le risque de corruption. Les organismes réglementaires ont souvent affaire à des juristes et à des comptables expérimentés ainsi qu'à d'autres experts travaillant pour l'industrie soumise à réglementation. Ils doivent donc pouvoir acquérir le même niveau de spécialisation, de compétence et de professionnalisme soit grâce à une formation interne, soit en louant les services de conseillers extérieurs, selon le cas. Ils sont souvent autorisés à déléguer à des experts extérieurs certaines tâches réglementaires à l'exception, toutefois, de la décision réglementaire finale.

g) *Budget de l'organisme réglementaire*

82. Des effectifs suffisants, des niveaux de rémunération satisfaisants, un budget permettant de louer des services d'experts extérieurs et de dispenser des formations, ainsi que des sources de financement stables sont autant d'éléments indispensables au bon fonctionnement de l'organisme réglementaire. Dans de nombreux pays, le budget de l'organisme réglementaire est financé par les droits et autres contributions versées par les entreprises réglementées. Les droits peuvent correspondre à un pourcentage du chiffre d'affaires de ces entreprises ou être perçus lors de l'octroi de licences, de concessions ou d'autres autorisations. Dans certains pays, le budget de cette entité est complété, s'il y a lieu, par des transferts budgétaires prévus dans la loi de finance annuelle, ce qui crée un élément d'incertitude susceptible de réduire l'autonomie de l'organisme réglementaire.

4. *Réglementation : mécanisme et procédures*

83. Tout cadre réglementaire comprend des règles de procédure régissant la façon dont les institutions chargées des diverses fonctions réglementaires doivent s'acquitter de leur mandat.

a) *Obligation de divulgation*

84. Pour permettre aux organismes réglementaires de mener à bien leur tâche, la législation impose généralement aux entreprises placées sous leur tutelle certaines obligations, dont celle de leur fournir des renseignements précis et opportuns sur leur fonctionnement. Elle confère par ailleurs aux organismes réglementaires des droits spécifiques leur permettant de faire respecter ces obligations, notamment les suivants : procéder à des enquêtes et à des audits, y compris à une vérification détaillée des résultats et à des enquêtes de conformité; imposer des sanctions aux sociétés qui refusent d'obtempérer; ordonner et enjoindre (ou au moins entamer une procédure d'injonction) et infliger des pénalités pour contraindre les sociétés fautives à fournir les renseignements requis.

85. Les entreprises sous tutelle ont généralement l'obligation de tenir à jour et de communiquer leurs comptes et états financiers et de tenir une comptabilité détaillée permettant à l'organisme réglementaire de suivre différents aspects de leur activité. Il peut aussi être nécessaire de surveiller de près les transactions financières entre les sociétés et leurs filiales, car les sociétés peuvent tenter de transférer des bénéfices vers des entreprises non réglementées ou vers des filiales étrangères. Il peut également être fait obligation aux sociétés sous tutelle de rendre compte dans le détail de leurs moyens techniques et de leurs résultats. Ces sociétés seront cependant toujours mieux au fait de la répartition de leurs coûts que les organismes réglementaires et communiqueront les renseignements qu'elles ont l'obligation de fournir de la manière la plus favorable à leurs intérêts.

86. L'une des méthodes permettant de pallier cette asymétrie fondamentale de l'information consiste à favoriser la concurrence dans le secteur d'infrastructure concerné. L'un des avantages de cette concurrence est qu'elle permet à l'organisme réglementaire de disposer d'observations et de points de référence multiples qui lui permettront de déterminer si les propositions ou positions d'une société sous tutelle sont raisonnables et vont dans le sens de l'intérêt général. Les renseignements financiers ou techniques fournis par les concurrents peuvent, par exemple, permettre à l'organisme réglementaire de rejeter des augmentations de prix fondées sur des coûts supérieurs à la norme applicable à l'industrie en question (voir chap. VII, "Phase d'exploitation, ...).

b) Procédures

87. La crédibilité du processus réglementaire exige transparence et objectivité, que la fonction réglementaire soit exercée par un ministère ou par un organisme réglementaire autonome. Les règles et procédures doivent être objectives et claires de façon à garantir équité et l'impartialité des décisions. Pour plus de transparence, la législation devrait exiger leur publication. Les décisions réglementaires devraient être motivées et communiquées aux parties intéressées par voie de publication ou par quelque autre moyen que ce soit.

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

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

c) Règlement des différends

90. L'offre de services d'infrastructure peut donner lieu à un grand nombre de désaccords ou de litiges relevant, pour la plupart, de la compétence des tribunaux; ce serait le cas de différends survenant entre des prestataires de services publics et leurs fournisseurs et employés. Il en va de même des différends survenant entre des prestataires de services publics et des usagers, bien que les consommateurs (ou associations de consommateurs) puissent souvent, en outre, porter plainte auprès de l'organisme réglementaire. La plupart des principaux différends que devra régler l'organisme réglementaire surviendront probablement entre des prestataires de services d'infrastructure (procédures relatives à l'accès ou au raccordement à des réseaux, par exemple).

91. Un autre type de conflit susceptible de survenir entre les entreprises sous tutelle et l'organisme réglementaire ou les pouvoirs publics concerne la modification d'une licence ou d'un barème. Ces conflits sont souvent traités par l'organisme réglementaire et peuvent faire l'objet d'un appel.

92. Par ailleurs, la législation sectorielle, les traités de protection des investissements et les dispositions de licences ou contrats accordent souvent aux pouvoirs publics et à l'entité concernée le droit de recourir à un arbitrage commercial international lorsqu'ils estiment qu'il y a rupture de contrat (voir chap. XI, "Règlement des différends" ...).

93. Étant donné que ces différends risquent de compromettre le bon fonctionnement de l'entreprise concernée et compte tenu de la nature publique de la plupart des services d'infrastructure, de nombreuses législations (et dispositions des licences ou des contrats) prévoient des mécanismes permettant de régler rapidement les désaccords sans recourir ni aux tribunaux, ni à l'organisme réglementaire ni à une instance d'arbitrage. Il pourra s'agir d'une expertise technique, d'une vérification ou d'une homologation par une tierce partie indépendante, ainsi que de groupes ou de mécanismes de conciliation.

d) Sanctions

94. Dans de nombreux pays, la législation confère aux organismes réglementaires le pouvoir de faire appliquer les règlements. Ils peuvent, par exemple, modifier une licence, une concession ou une autorisation, la suspendre ou l'abolir; fixer les conditions contractuelles liant les différents prestataires de services publics (par exemple, les accords de raccordement ou d'accès aux réseaux); prendre l'initiative de fragmenter un prestataire de service public occupant une position dominante; émettre des injonctions et des ordres à l'intention des prestataires de services publics; imposer des amendes administratives, y compris des pénalités pour retard dans l'exécution de ses décisions, et intenter des poursuites pénales ou autres.

e) Appels

95. Les législations prévoient souvent des procédures d'appel contre les décisions d'un organisme réglementaire. Elles limitent cependant souvent les motifs d'appel afin de prévenir toute incertitude qui risquerait de découler d'appels interjetés essentiellement pour retarder l'effet de décisions réglementaires. C'est pourquoi il est souhaitable de trouver un équilibre entre la protection des droits légitimes des sociétés réglementées et la crédibilité des systèmes réglementaires. Il est souvent essentiel qu'une décision soit prise rapidement. Le refus, par exemple, d'accorder l'accès à un réseau à un concurrent risque de mener ce dernier à la faillite si le litige ne peut être réglé rapidement. Lorsque le droit d'interjeter l'appel est accordé, il doit l'être auprès d'un organisme ayant les compétences et l'expérience requises pour statuer. Certaines législations accordent aux prestataires de services publics le droit de faire appel de certaines décisions de l'organisme réglementaire auprès soit des services nationaux chargés de la concurrence, soit de tribunaux administratifs, soit encore d'organes judiciaires.

* * * * *