



**Conférence
des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/C.I/CLP/2
28 avril 2009

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT
Commission du commerce et du développement
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence

Dixième session
Genève, 7-9 juillet 2009
Point 3 a) de l'ordre du jour provisoire
Consultations et discussions au sujet des examens collégiaux
du droit et de la politique de la concurrence; examen de la loi
type; études relatives aux dispositions de l'Ensemble
de principes et de règles

**MONOPOLES PUBLICS, CONCESSIONS ET DROIT
ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE**

Étude du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Les concessions d'infrastructure ont été encouragées afin de modifier des structures de marché inefficaces, d'améliorer l'efficacité et d'alléger les budgets publics. Les concessions étaient censées contribuer au développement économique et au bien-être des consommateurs. Mais le bilan de l'expérience des pays en développement et des économies en transition en matière de concession est mitigé. Dans ce contexte, la présente étude analyse les concessions du point de vue de la politique de la concurrence. Elle examine dans quelle mesure ce type de contrat peut contribuer au développement économique et quelles dispositions il faudrait prendre à cette fin. L'étude se fonde sur les réponses des pays membres au questionnaire du secrétariat de la CNUCED. Elle commence par présenter la fonction et la raison d'être des concessions, puis décrit différentes options concernant le cadre réglementaire. Elle expose certains effets des concessions sur le développement économique et considère les moyens de promouvoir la concurrence, notamment au niveau de la conception, de l'attribution et de l'exécution des concessions. Le rôle des autorités de la concurrence est examiné. L'étude conclut en se demandant comment faire, à partir du bilan des expériences nationales, pour améliorer les concessions.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
I. Concessions et développement.....	3
A. Définition.....	3
B. Pourquoi octroyer une concession	5
C. Cadre réglementaire des concessions	7
D. Implications des concessions pour le développement économique.....	9
E. Le rôle du droit et de la politique de la concurrence, et les moyens de stimuler la concurrence	13
F. Le rôle des réglementations sectorielles	20
II. Comment améliorer la «pratique» des concessions? Bilan de l'expérience et enjeux futurs	21
Références.....	22

Introduction

1. De nombreux pays en développement ont entrepris des réformes économiques dans les années 80 afin de mettre en place des économies de marché performantes pour promouvoir le développement. L'élargissement du champ de la concurrence entre acteurs privés encourage la recherche de gains de productivité. Investir pour mettre au point et adopter de nouvelles technologies et pratiques contribue au développement économique et augmente le bien-être de la population. Les réformes mises en œuvre visaient en partie à introduire la concurrence dans des secteurs jusqu'alors dominés par des monopoles publics. En dehors des privatisations classiques, à savoir le transfert au secteur privé de la propriété de sociétés publiques ou d'actifs publics, des partenariats public-privé ont été favorisés tant dans les pays en développement que dans les pays développés pour permettre au secteur public de bénéficier du savoir-faire, de l'expérience et de la surface financière des entreprises privées. Des concessions – forme particulière de partenariat public-privé – ont souvent été octroyées pour la fourniture de services d'infrastructure et la gestion d'actifs publics.
2. Mais les concessions n'ont pas toujours donné les résultats escomptés. Dans la plupart des pays en développement et des pays en transition, les expériences en la matière sont en fait mitigées¹ et beaucoup sont aujourd'hui considérées comme des échecs². Dans un certain nombre de pays d'Amérique latine – où les expériences ont été étudiées de façon approfondie –, la prestation de certains services qui avaient été attribués dans le cadre d'une concession a par conséquent été restituée aux entreprises publiques. Dans d'autres cas, en revanche, l'expérience a été réussie.
3. D'aucuns concluent, au vu de ce bilan mitigé, qu'une économie de marché caractérisée par la concurrence n'est pas le bon moyen de résoudre les problèmes économiques des pays en développement. D'autres, plus nombreux, attribuent l'échec des concessions à la manière dont elles ont été mises en œuvre, et se sont activement efforcés de mieux comprendre pourquoi les concessions n'avaient pas produit les résultats escomptés.
4. On analysera ici les concessions du point de vue du droit et de la politique de la concurrence. On verra dans quelle mesure ce type de contrat peut contribuer au développement économique et quelles dispositions il faudrait prendre à cette fin.

I. CONCESSIONS ET DÉVELOPPEMENT

A. Définition

5. La privatisation totale des entreprises publiques n'est pas toujours possible pour des raisons politiques ou juridiques³. L'octroi de concessions peut alors permettre d'assurer la

¹ Comparer les réponses faites par l'Argentine, le Malawi et le Chili au questionnaire de la CNUCED.

² Social Watch (2003); Estache A. *et al.* (2007), p. 22.

³ Banque mondiale (1995a).

fourniture de services publics par des entreprises privées, avec souvent l'utilisation d'actifs publics.

6. Dans le présent rapport, le terme «concession» a le sens suivant:

L'octroi à une entreprise privée du droit d'exploiter un service d'infrastructure défini et de percevoir des recettes tirées de cette exploitation. Le concessionnaire prend possession des actifs concernés (dont la propriété continue toutefois généralement d'appartenir à l'administration publique) et utilise ces actifs pour fournir le produit ou le service correspondant conformément aux termes du contrat de concession⁴.

7. Les concessions font souvent peser une grande partie des risques opérationnels et financiers sur le concessionnaire. La construction et la gestion de projets d'infrastructure de grande ampleur, comme des ports, des aéroports ou des autoroutes, sont des exemples typiques de situation où il est possible de recourir à des concessions. Il arrive souvent que l'investisseur privé finance en partie ou en totalité l'infrastructure qu'il sera en droit, en vertu du contrat de concession, d'utiliser puis d'exploiter en en tirant des recettes. Il se peut également que le concessionnaire prenne en charge l'exploitation d'une infrastructure existante. La réglementation adoptée par la suite définit la répartition des risques entre le concessionnaire, l'administration publique et les consommateurs.

8. Comme il ressort du tableau ci-dessous, les concessions ont représenté la forme juridique prédominante de l'investissement étranger direct dans les infrastructures des pays en développement et des pays en transition entre 1996 et 2006.

Tableau 1

Principales formes juridiques des engagements des investisseurs étrangers dans les infrastructures des économies en développement et en transition, par branche d'activité, 1996-2006

Branche d'activité	Forme juridique de l'investissement étranger direct dans les infrastructures (en %, selon le nombre de projets)			
	Concessions	Privatisations	IED dans des projets entièrement nouveaux	Contrats de gestion et de location
Transports	86	7	1	6
Eau	70	5	0	25
Énergie	62	26	10	2
Télécommunications	16	16	67	1
Toutes infrastructures	62	16	16	6

Source: Calculs du secrétariat de la CNUCED d'après des données provenant de la base de données PPI (participation privée dans l'infrastructure) de la Banque mondiale. Voir CNUCED (2008), p. 107.

⁴ OCDE (2007).

9. Outre les services d'infrastructure, le droit d'utilisation des ressources naturelles peut aussi faire l'objet de concessions. Les concessions sont la forme prédominante de la participation des sociétés transnationales dans le secteur de l'extraction de minerais métalliques dans les pays en développement⁵. Mais les concessions ne jouent pas le même rôle dans les industries du pétrole et du gaz puisque l'essentiel de la production pétrolière depuis les nationalisations des années 1950-1970 est le fait d'entreprises publiques⁶. En outre, ce sont les accords de partage de la production, et non les accords de concession, qui sont la forme contractuelle prédominante de la participation privée dans la production de pétrole et de gaz^{7, 8}.

10. Les problèmes de concurrence qui se posent dans le cas des concessions d'infrastructures diffèrent de ceux qui se posent dans le cas des concessions octroyées pour l'exploitation des ressources naturelles. Les marchés ont des champs d'application géographique différents: le marché des services d'infrastructure est local ou régional alors que les marchés des produits de base sont le plus souvent mondiaux. L'effet sur l'offre des concessions d'infrastructure se fait donc sentir localement, tandis que l'effet des concessions de ressources naturelles n'est ressenti localement que si les produits en question sont aussi utilisés dans l'économie locale et que la concurrence extérieure est inopérante. Les services d'infrastructure constituent en outre souvent des monopoles naturels, c'est-à-dire des situations où la production est assurée à un moindre coût par une entreprise unique⁹. Compte tenu de ces différences, on s'attachera ici aux concessions d'infrastructure. Mais on fera également allusion, le cas échéant, aux concessions concernant le secteur des industries extractives.

11. Dans certains systèmes juridiques, le terme «concession» est également employé pour désigner l'autorisation administrative d'entreprendre un certain type d'activité nécessitant un contrôle spécial de l'État, comme par exemple la vente au détail de boissons alcoolisées en Finlande¹⁰. Ce type de concession n'est pas considéré ici.

B. Pourquoi octroyer une concession?

1. Pour changer des structures de marché inefficentes

12. Dans les secteurs caractérisés par des monopoles publics et la défaillance de l'État, des concessions peuvent être octroyées pour mettre fin à une structure de marché inefficente.

⁵ CNUCED (2007b), p. 161, 125.

⁶ CNUCED (2007b), p. 125.

⁷ CNUCED (2007b), p. 104.

⁸ Les contrats de partage de la production ne répartissent pas les risques de la même façon que les contrats de concession. CNUCED (2007b), p. 160.

⁹ Le monopole naturel est un phénomène économique. Il diffère du monopole légal, dans lequel le droit d'exclure des concurrents du marché découle de la loi. Lorsqu'il y a monopole naturel, la productivité peut être compromise en situation de concurrence.

¹⁰ Voir la réponse de la Finlande au questionnaire de la CNUCED.

La multiplication des concessions peut favoriser l'entrée d'opérateurs privés concurrents, comme cela s'est passé sur plusieurs marchés des télécommunications. Les concessions multiples doivent parfois s'accompagner de mécanismes permettant d'assurer un accès effectif à l'infrastructure, ainsi que, éventuellement, d'incitations pour la reproduction de certains équipements. Elles peuvent permettre à la structure du marché d'évoluer dans le sens de la concurrence.

13. En revanche, l'octroi d'une concession unique pour l'exploitation d'une infrastructure existante ne peut que transformer un monopole public en un monopole privé. Cependant, même si l'infrastructure est un monopole naturel, elle peut être exposée à la concurrence. On peut citer l'exemple d'une route à péage située parallèlement à une autre route.

14. Lorsque le secteur en question est un monopole naturel, il est possible que la promotion de la concurrence, au lieu de favoriser la productivité, entraîne la présence de petites entreprises inefficaces¹¹. Cependant, si l'approvisionnement de chaque région constitue un monopole naturel, mieux vaut peut-être, pour faciliter la réglementation, avoir plusieurs monopoles naturels côte à côte plutôt qu'un monopole naturel unique.

2. Pour accroître l'efficacité des opérateurs

15. On attribue souvent une concession parce que l'on considère qu'un opérateur privé aura une gestion économiquement plus rationnelle que l'État. Mues par la recherche de profits, les entreprises privées sont jugées plus expérimentées en matière de rentabilité, d'amélioration des services et d'innovation. Certaines études montrent que, de façon générale, les entreprises privées dans les pays en développement ont été plus efficaces que les entités publiques et ont eu davantage tendance à réaliser les investissements nécessaires¹². Une amélioration du rapport coût-efficacité et une extension des services offerts bénéficient aux consommateurs et aux entreprises. Et les concessions contribuent au développement économique du pays et au bien-être des consommateurs. Le risque, cependant, est que l'opérateur privé, pour augmenter ses profits, ne répercute pas les gains d'efficacité et n'étende pas l'offre de services. Les contrats de concession et les réglementations sont censés remédier à une telle situation tout en incitant à l'efficacité.

3. Pour alléger le budget de l'État

16. Des concessions peuvent être attribuées pour réduire les dépenses publiques au titre de l'infrastructure et de la maintenance. Lorsque le secteur privé a plus facilement accès à des capitaux que le secteur public, ou que l'État ne peut pas engager de dépenses suivies au titre de

¹¹ Deux ou plusieurs concurrents, même en situation de monopole naturel, peuvent toutefois être plus efficaces qu'un fournisseur monopolistique très peu efficace.

¹² Guasch J. L. (2004), p. 1. Sri Lanka a répondu au questionnaire de la CNUCED que ses expériences en matière de concessions dans l'industrie pétrolière avaient été positives. D'après certains auteurs, il existe des données empiriques et des débats théoriques qui ne confirment pas le postulat selon lequel le secteur privé serait plus performant que le secteur public; voir Hall D. et Lobina E. (2005).

l'infrastructure et de la maintenance, une concession peut réduire les coûts de financement et permettre des engagements à long terme.

17. Les pays en développement n'investissent pas assez, loin de là, dans les infrastructures. Selon les estimations de la Banque mondiale, ils investissent tous les ans 3 à 4 % de leur PIB à ce titre, maintenance comprise, alors qu'ils devraient investir entre 7 et 9 % de leur PIB pour réaliser les objectifs plus généraux de la croissance économique et de la réduction de la pauvreté¹³. Les gouvernements cherchent à combler ce déficit en faisant appel à des fonds publics et à des investisseurs privés nationaux et étrangers.

18. Les concessions ne suppriment pas forcément la nécessité d'engager des dépenses publiques. Dans bien des cas, il n'est pas rentable de fournir des infrastructures aux utilisateurs vivant dans des régions reculées ou aux utilisateurs pauvres, et des subventions sont alors nécessaires.

C. Cadre réglementaire des concessions

1. Options législatives

19. Le cadre juridique régissant les concessions peut prendre diverses formes. L'une des options consiste à adopter une loi sur les concessions applicable dans toutes les branches d'activité. De nombreux pays d'Europe orientale et d'Asie ont des lois-cadres sur les concessions¹⁴. Une autre option est d'adopter, au lieu d'une loi spécifique, des dispositions régissant les concessions dans le cadre d'autres lois, comme la loi sur la concurrence, la loi sur les marchés publics, la loi sur la privatisation¹⁵, ou des réglementations sectorielles. La Communauté européenne, par exemple, ne prévoit pas de cadre législatif général pour les concessions. Certaines dispositions régissent différents types de concessions: s'agissant, par exemple, des concessions de travaux¹⁶, le droit communautaire relatif aux marchés publics prévoit la nécessité d'une certaine publicité. L'attribution de concessions de services¹⁷, en

¹³ CNUCED (2008), p. 92.

¹⁴ Selon la BERD (2005), p. 13, les pays ci-après avaient à l'époque une loi-cadre sur les concessions: Lituanie, Bulgarie, Bosnie-Herzégovine, Macédoine, Moldova, Roumanie, Serbie et Monténégro, Ukraine, Slovaquie, Fédération de Russie, Albanie, Croatie, Hongrie, Kirghizistan, Lettonie, Turkménistan, Ouzbékistan, Bélarus, Géorgie et Tadjikistan.

¹⁵ Voir la réponse du Malawi au questionnaire de la CNUCED. Dans la République de Corée, la loi sur la participation privée dans l'infrastructure établit le cadre juridique régissant les concessions dans le secteur des infrastructures; voir la réponse de la République de Corée au questionnaire.

¹⁶ Le droit de la Communauté européenne définit les concessions de travaux comme suit: «La "concession de travaux publics" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.»; voir Directive 2004/18/CE, art. 1, par. 3.

¹⁷ Le droit de la Communauté européenne définit les concessions de service comme suit:

revanche, ne fait pas l'objet d'une réglementation distincte mais est régie par les principes généraux du droit communautaire, tels que la transparence, l'égalité de traitement, la proportionnalité et la reconnaissance mutuelle¹⁸.

20. Le Mexique a incorporé des dispositions sur les concessions dans des réglementations sectorielles spécifiques. C'est ainsi que la loi fédérale mexicaine sur la radio et la télévision¹⁹ régit les concessions pour la transmission de programmes de radio et de télévision. De même, la loi fédérale sur les routes, les ponts et les transports²⁰ comprend des dispositions concernant les concessions pour les infrastructures de transport routier.

21. Lorsqu'il n'existe ni loi ni disposition sectorielle spécifique régissant les concessions, les politiques industrielles peuvent s'appliquer. C'est le cas en Arménie²¹.

22. Selon le projet de 2005 de la Banque européenne de reconstruction et de développement (BERD) sur l'évaluation des concessions, les pays qui n'ont pas de loi sur les concessions «se conforment dans l'ensemble aux principes internationalement acceptés des lois sur les concessions»²². On constate une tendance à l'établissement de cadres législatifs pour les concessions. D'après une étude réalisée en 2000 par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), de nombreux pays, en particulier des économies en transition, avaient mis au point ces dernières années des lois sur les accords de concession²³. Au niveau de l'Union européenne, les avantages d'une initiative législative sur les concessions ont été examinés²⁴.

«La “concession de services” est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix»; voir Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, art. 1, par. 4.

¹⁸ Commission des Communautés européennes (2004), par. 29, communication interprétative de la CE.

¹⁹ Ley Federal de Radio y Televisión du 19 janvier 1960.

²⁰ Ley de Caminos, Puentes y Autotrasportes du 22 décembre 1993.

²¹ BERD (2005), p. 23.

²² BERD (2005), p. 13. Il convient de noter que quatre des sept pays considérés ne disposant pas de lois sur les concessions ont adhéré à l'Union européenne en 2004 et étaient donc liés par d'autres instruments juridiques.

²³ OCDE. Éléments fondamentaux d'une loi sur les contrats de concession, p. 8.

²⁴ Commission européenne (2005).

23. Les principes fondamentaux sur lesquels reposent les lois relatives aux concessions sont notamment le caractère équitable, la transparence et l'accès aux règles et procédures relatives aux concessions. Ces principes s'appliquent à la sélection des concessionnaires, à l'attribution des contrats et à l'exécution. Conformément à un ensemble de recommandations, la loi devrait «prévoir la sélection des concessionnaires de manière transparente et, en principe, compétitive (avec un nombre limité d'exceptions autorisant les négociations directes), l'égalité de traitement des investisseurs potentiels, la possibilité de contester les règles et les décisions des autorités contractantes, et des règles de concurrence pour les propositions non sollicitées»²⁵.

24. Toute loi sur les concessions devrait assurer que l'importance de la concurrence soit prise en considération tout au long du processus, de la conception à l'exécution de la concession, en passant par son attribution. Le droit de la concurrence devrait s'appliquer aux concessionnaires, et des lois sectorielles spécifiques devront parfois être adoptées pour faire efficacement obstacle aux conduites anticoncurrentielles. Les rapports entre les dispositions contractuelles et la loi sur la concurrence doivent être soigneusement examinés afin d'empêcher toute atteinte accidentelle à la concurrence.

2. Options concernant la nature juridique des concessions

25. Il existe aussi plusieurs options s'agissant de la nature juridique des concessions. Les régimes juridiques qui s'appliquent aux industries extractives en Amérique latine en sont une bonne illustration. Selon ces régimes²⁶, les concessions peuvent être administratives, juridictionnelles ou contractuelles. Les concessions administratives sont accordées en tant que droit ou «titre minier» en vertu d'un acte administratif unilatéral exécuté par un organisme public. Ce type de concession, qui prévaut dans la plupart des pays latino-américains, comme au Brésil, au Mexique et au Pérou, a été critiqué pour sa flexibilité et parce qu'il a tendance à favoriser l'autorité minière. Dans les régimes juridictionnels, un magistrat est habilité à octroyer les droits d'exploitation minière et à y mettre fin, indépendamment de tout intérêt minier public. Les systèmes prévoyant ce type de concession requièrent un pouvoir judiciaire fort et indépendant. Les régimes contractuels définissent par contrat les droits et les obligations en matière d'exploitation minière au lieu de les inscrire dans une loi. On trouve ce type de régime en Colombie et au Honduras. Dans la République bolivarienne du Venezuela, les entrepreneurs du secteur minier concluent un contrat avec la Corporation vénézuélienne de Guyane.

D. Implications des concessions pour le développement économique

1. Attirer l'investissement étranger direct

26. En attirant l'investissement étranger direct (IED), les concessions contribuent au développement économique du pays. Au cours de la période 1996-2006, les concessions ont été la principale forme juridique de l'IED dans l'infrastructure des pays en développement et des pays en transition. Pour l'ensemble des secteurs d'infrastructure, 62 % de la totalité de l'IED

²⁵ BERD (2006), p. 4. De fait, différents principes fondamentaux ont été établis par un certain nombre d'organisations internationales: CNUDCI (2003); CNUDCI (2000); BERD (2006); OCDE – Éléments fondamentaux d'une loi sur les contrats de concession.

²⁶ Banque mondiale (1995b); Sánchez-Albavera F. et Lardé J. (2006), p. 24.

réalisé dans les pays en développement et les économies en transition l'a été dans le cadre de concessions, alors que l'IED sous la forme de privatisation et de projets entièrement nouveaux a représenté dans les deux cas 16 %. Les 6 % restants ont été réalisés dans le cadre de contrats de gestion et de location²⁷. L'infrastructure de transport a bénéficié de l'essentiel de l'IED réalisé dans le cadre des concessions, avec une part de 86 % sur la période 1996-2006, suivie par le secteur de l'eau (70 %) et par le secteur de l'énergie (62 %). Ce n'est que dans le secteur des télécommunications que les concessions n'ont pas représenté la principale forme juridique de l'IED, avec une part de 16 % seulement. Dans le secteur de la téléphonie mobile, 67 % des projets d'IED recensés ont concerné des installations entièrement nouvelles²⁸.

27. En ce qui concerne les industries extractives, les concessions sont la forme prédominante de la participation des sociétés transnationales dans le secteur de l'extraction de minerais métalliques des pays en développement²⁹ et sont donc la principale forme juridique de l'IED. Bien que les industries extractives ne représentent qu'une petite partie des flux mondiaux d'IED³⁰, le stock d'IED entrant dans les industries extractives des pays en développement et des pays en transition a augmenté de 50 % au cours de la période 2000-2005³¹.

2. Contribuer à des structures de marché plus efficaces

28. Comme on l'a déjà indiqué, l'octroi de concessions peut être motivé par le désir de changer des structures de marché inefficaces et de promouvoir l'initiative privée et la concurrence. Mais il ne suffit pas de céder la fourniture de biens et de services à un opérateur privé pour avoir des marchés concurrentiels. D'autres mesures sont nécessaires. Une étude du secteur des télécommunications réalisée en 1999 a fait le constat suivant:

La concurrence est associée à une progression de la pénétration des lignes fixes, des publiphones et de la capacité de connexion ainsi qu'à une baisse du prix des communications locales. La privatisation est en revanche fortement associée à une progression de la pénétration des publiphones, mais à aucun autre avantage. De fait, la privatisation, seule, est liée au recul de la pénétration des lignes fixes et de la capacité de connexion. Mais combinée à la présence d'un régulateur indépendant, elle est associée à une progression de la pénétration des publiphones et de la capacité de connexion et à une meilleure productivité du travail en termes de nombre d'employés par ligne fixe. La réglementation associée à la concurrence n'avait pas d'effet notable³².

²⁷ CNUCED (2008), p. 107.

²⁸ CNUCED (2008), p. 106.

²⁹ CNUCED (2007b), p. 161.

³⁰ CNUCED (2007b), p. 99.

³¹ CNUCED (2007b), p. 102.

³² Wallsten SJ (1999), p. 9 et 10. Dans sa réponse au questionnaire, le Nicaragua a indiqué que la productivité dans le secteur des télécommunications mobiles pouvait être accrue du fait des concessions, avec des prix en baisse de 50 %.

29. Le marché jamaïcain des télécommunications est un exemple réussi de fourniture de services par le secteur privé après libéralisation du marché³³. Les parts détenues par l'État dans le fournisseur attitré de télécommunications ont été cédées à un opérateur privé entre 1987 et 1989, celui-ci se voyant accorder des licences exclusives pour vingt-cinq ans avec droit de renouvellement automatique. Mais quelques années plus tard, la situation était jugée peu satisfaisante; en 1999, alors que 217 000 personnes se trouvaient sur liste d'attente pour l'obtention de services téléphoniques et que la demande croissante de nouveaux services de télécommunications n'était pas satisfaite par l'opérateur, il a été décidé de libéraliser le marché des télécommunications. L'une des premières mesures adoptées a été de mettre en adjudication deux licences de télécommunications mobiles. D'autres segments du secteur ont été progressivement libéralisés à partir de 2000. Deux statistiques illustrent bien la réussite du processus de libéralisation: le nombre de lignes cellulaires à la Jamaïque est passé de 118 000 à 1,2 million entre 1999 et 2002, et le montant de l'investissement annuel dans le secteur des télécommunications est passé de 4,58 à 12,82 milliards de dollars jamaïcains au cours de la même période. En 2005, on comptait 1,98 million de lignes mobiles et les grandes entreprises de télécommunications faisaient état d'un montant d'investissement annuel de 10,4 milliards de dollars jamaïcains³⁴. En somme, l'attribution concurrentielle de licences, couplée à la libéralisation du marché, a conduit à une situation où la demande des consommateurs a pu être satisfaite, et ce de façon rentable pour les investisseurs.

3. Améliorer l'infrastructure économique

30. Les améliorations que les concessions permettent d'apporter à l'infrastructure jouent un rôle important dans le développement économique: les services d'infrastructure sont des éléments essentiels de la production et de la fourniture de biens et services et influent sensiblement sur la productivité, les coûts et la compétitivité³⁵. Les comportements en matière de gestion des stocks et la logistique illustrent bien ce fait. Le niveau et la qualité de l'infrastructure déterminent en grande partie la quantité de stocks que les producteurs doivent maintenir. Les stocks étant coûteux, un niveau de stocks plus élevé entraînera un affaiblissement de la productivité ou de la compétitivité. Les coûts logistiques dépendent de même du niveau et de la qualité de l'infrastructure – notamment des routes, des ports et des télécommunications. Des études empiriques ont montré qu'une infrastructure de meilleure qualité augmentait la productivité de l'économie d'un pays³⁶. La qualité de l'infrastructure peut même avoir des répercussions sur l'ordre social et la stabilité politique lorsqu'elle suscite chez les consommateurs un mécontentement généralisé³⁷.

³³ Foga N. and Newman D.; Davis CE (2003).

³⁴ Jamaïque, Office of Utilities Regulation (2007), p. 28 et 33.

³⁵ CNUCED (2007a), deuxième partie, commentaires des chapitres de la loi type et formules différentes relevées dans des législations existantes, p. 56, par. 134 à 142.

³⁶ Guasch J. L. (2004), p. 2 à 6.

³⁷ CNUCED (2007a), Deuxième partie, Commentaires des chapitres de la loi type et formules différentes relevées dans des législations existantes, p. 56, par. 135.

31. La concession octroyée au Chili pour l'Autopista Central est un exemple positif³⁸ d'amélioration de l'infrastructure de transport. Au début du millénaire, l'Autopista Central avait besoin d'être refaite. L'Autopista Central est une autoroute qui relie les principales villes chiliennes, où sont produits 78 % des biens industriels et 94 % de la production agricole du pays. Le projet de reconstruction devait coûter 450 millions de dollars et durer six ans, de 2001 à 2007. Pour permettre au concessionnaire d'amortir les investissements nécessaires, la concession a été octroyée pour trente ans. L'appel d'offres mentionnait plusieurs types de tarifs maximum³⁹. La concession a été attribuée par voie d'adjudication ouverte aux entreprises nationales et internationales. Un consortium regroupant des entreprises chiliennes et internationales a remporté le marché et procédé à la reconstruction dans les délais fixés. Aujourd'hui, l'exécution par le concessionnaire de ses obligations contractuelles est jugée favorablement⁴⁰. La réussite de la concession de l'Autopista Central est attribuée à la stabilité, à la compétence technique et à l'indépendance politique des institutions qui ont géré le projet, ainsi qu'à l'utilisation d'une procédure concurrentielle pour l'octroi de la concession.

4. Élargir l'accès aux services

32. Si, comme cela est souvent le cas, l'extension de l'accès aux services est un objectif politique, la concession doit être conçue de façon à permettre la réalisation de cet objectif sur le plan économique.

33. Les concessions peuvent améliorer l'accès aux services d'infrastructure, comme le montre l'exemple des télécommunications jamaïcaines. Dans ce cas-là, les consommateurs n'ont véritablement bénéficié de la participation du secteur privé qu'après l'ouverture du marché à la concurrence. Un opérateur privé qui n'est soumis à aucune pression de la concurrence ni à aucune réglementation effective ne partagera pas forcément les gains de productivité avec les consommateurs ou n'étendra pas l'accès aux services. Il sera alors plus difficile d'assurer de façon rentable des services abordables aux consommateurs plus pauvres ou plus ruraux, comme cela a pu être fait dans le cas jamaïcain. L'accès aux services peut même diminuer une fois la concession attribuée: les concessionnaires de l'eau au Brésil ont tellement augmenté les prix que les pauvres ne pouvaient plus acheter d'eau et ont dû s'approvisionner à des sources d'eau non traitée⁴¹. Lorsque la fourniture de services à des prix abordables n'est pas rentable, il convient de prévoir un mécanisme de subvention. Il s'agit souvent d'une subvention publique,

³⁸ Pour d'autres exemples positifs, voir la réponse du Chili au questionnaire, ainsi que la réponse des États-Unis.

³⁹ Conformément à l'article 1.14.1 des dispositions de l'appel d'offres, le concessionnaire pouvait fixer trois types de tarifs maximum: i) un tarif maximum en dehors des heures de pointe; ii) un tarif maximum pendant les heures de pointe; et iii) un tarif maximum en cas de circulation dense en dehors des heures de pointe. Voir Autopista Central (2001), p. 64 et 65.

⁴⁰ Des améliorations pourraient être réalisées en ce qui concerne la sécurité des routes, les services de secours, des éléments pour les piétons, la décontamination, la décongestion du trafic; voir Skanska (2008), Gómez U. (2005) et Borsdorf A. et Hidalgo R. (2005).

⁴¹ Hall D. et Lobina E. (2003), p. 30.

d'une taxe sur des services rentables fournis par un opérateur du secteur ou d'une subvention croisée occulte prélevée sur les consommateurs rentables. Cette dernière formule présente l'inconvénient de limiter la concurrence à l'approvisionnement des clients rentables, ce qui, à moins que le service soit un monopole naturel, n'est pas souhaitable.

34. L'ampleur des investissements à réaliser pour étendre les services assurés, ajoutée à des engagements irréalistes au niveau des prix, peut conduire à la rupture du contrat. En 1992, Buenos Aires a octroyé une concession de trente ans pour l'approvisionnement de la ville en eau potable et en services d'assainissement. Selon les critères d'attribution, la concession devait être accordée à l'entreprise qui assurerait les prix de l'eau les plus bas durant les dix prochaines années et s'engagerait à réaliser les investissements nécessaires. La concession a été octroyée à une entreprise qui proposait une réduction de 26,9 % des prix de l'eau et de l'assainissement. Mais une fois la concession obtenue, l'entreprise n'a pas respecté ses obligations contractuelles en matière d'extension des services, de qualité et de prix. Plusieurs renégociations ont eu lieu, du fait notamment de la situation économique et politique qui régnait en Argentine. Le Gouvernement a résilié la concession en 2006 et aujourd'hui les services d'approvisionnement en eau et d'assainissement à Buenos Aires sont assurés par une entreprise publique⁴².

35. Pour résumer, les concessions peuvent contribuer au développement économique de plusieurs manières. Premièrement, elles peuvent attirer l'investissement étranger direct. Deuxièmement, elles peuvent faciliter la mise en place de structures de marché plus efficaces, permettant l'établissement de nouveaux concurrents. Troisièmement, en améliorant l'efficacité, de la fourniture de services d'infrastructure, elles peuvent améliorer celle de tous les biens, services et produits qui utilisent l'infrastructure comme intrant. Et enfin, elles peuvent assurer l'accès aux services d'infrastructure à des personnes et à des entreprises qui en auraient sinon été privées, leur permettant ainsi d'accroître leur activité économique et de promouvoir le développement général.

E. Le rôle du droit et de la politique de la concurrence, et les moyens de stimuler la concurrence

36. Le droit et la politique de la concurrence sont nécessaires pour que les concessions puissent porter leurs fruits. Les questions de concurrence doivent être prises en compte à toutes les étapes du processus, notamment lors de la conception, de l'attribution et de l'exécution de la concession, ainsi que dans le cadre de régulation des marchés concernés⁴³. Ce n'est que mis en concurrence les uns avec les autres que les concessionnaires potentiels seront incités à offrir des conditions plus favorables. Mais une renégociation risque de réduire à néant les avantages de la mise en concurrence ayant eu lieu au stade de l'octroi, et il convient d'en circonscrire soigneusement les conditions.

37. Une fois la concession octroyée, il faut empêcher d'éventuelles pratiques contraires aux lois de la concurrence pendant la durée du contrat. Les concessions, surtout pour les services

⁴² Loi 26.221 du 28 février 2007.

⁴³ Pour un aperçu, voir Brusick P. (2008).

d'infrastructure, confèrent souvent une position dominante sur le marché. Dans de telles conditions, un opérateur, qu'il soit public ou privé, n'est guère incité à baisser les prix ou à améliorer la qualité des services. Le droit et la politique de la concurrence, souvent associés à une réglementation sectorielle spécifique ou aux termes du contrat de concession, permettent de limiter les pratiques anticoncurrentielles. Les réglementations et les dispositions contractuelles imposent généralement des obligations en matière de qualité, de couverture et d'investissement. Lorsque la concurrence dans la prestation de services est possible, comme dans la téléphonie mobile, la pression de la concurrence contribue à maximiser les avantages découlant de la participation du secteur privé en termes d'investissements, de gains de productivité, de qualité et d'étendue des services et de prix.

38. Les résultats mitigés enregistrés par certains pays en développement et en transition avec les concessions ne sont pas tous attribuables à la faiblesse de la concurrence. La différence d'expérience entre les grandes entreprises transnationales et les représentants de l'État en matière de négociation des contrats peut par exemple se traduire par des concessions déséquilibrées au détriment du public. Une autre source de problèmes sans rapport avec la concurrence tient à l'existence de dispositifs inappropriés de règlement des différends.

1. Conception de la concession

39. Une concession devrait être conçue de façon à assurer une concurrence aussi forte que possible sur le marché considéré. Cela peut exiger une séparation verticale ou horizontale des activités soumises à concession. Bien entendu, il ne faut pas que cette dissociation entraîne des gaspillages inutiles: certaines activités constituent de fait des monopoles naturels et sont gérées plus efficacement lorsqu'elles sont groupées.

40. La séparation horizontale destinée à créer des entités concurrentes peut être envisagée même dans le cas des concessions d'infrastructure. Lorsqu'on veut, par exemple, concéder l'exploitation d'un port, on devrait envisager de concéder séparément chaque terminal et prévoir un processus d'attribution qui permette d'octroyer les concessions à différents opérateurs afin de stimuler la concurrence entre eux⁴⁴. On procède souvent à une telle séparation horizontale dans le cas des services de télécommunications mobiles. On stimule la concurrence en attribuant des licences à différents concessionnaires pour différentes bandes de fréquences. Les monopoles naturels, en revanche, sont plus efficaces lorsqu'ils sont gérés par un opérateur unique.

41. Il convient aussi d'envisager une séparation verticale des activités, c'est-à-dire de déterminer les activités d'amont et d'aval à inclure. Il est très important de limiter l'incitation ou la capacité d'une entreprise concessionnaire à intégration verticale à exclure ou défavoriser des concurrents non intégrés. Il s'agit des concurrents de l'entreprise qui ont besoin d'accéder aux services qu'elle fournit ou à l'infrastructure qu'elle contrôle. Le concessionnaire peut vouloir exclure ces concurrents du marché, alors que l'intérêt de l'efficacité ou de la concurrence exige leur maintien. Dans ces conditions, une solution est de demander au concessionnaire d'abandonner l'activité d'amont ou d'aval en question; une autre solution est de ne pas laisser

⁴⁴ Voir la réponse de l'Argentine au questionnaire de la CNUCED.

les entreprises verticalement intégrées participer à l'appel d'offres⁴⁵. La détention conjointe ou en groupe de l'opérateur de services essentiels par les utilisateurs en amont ou en aval est un autre moyen de limiter les incitations à la discrimination.

42. Le cas du port zambien de Mpulungu illustre les problèmes de concurrence qui peuvent se poser lorsqu'un concessionnaire verticalement intégré empêche la présence de concurrents sur les marchés se trouvant en aval de l'activité concédée. Le port de Mpulungu, situé sur le lac Tanganyika au nord de la Zambie, est le seul port important du pays. C'est le principal débouché des exportations de ciment, de maïs et d'autres produits agricoles vers la région des Grands Lacs. En 2000, le Gouvernement zambien a accordé à un opérateur privé une concession de vingt-cinq ans pour l'exploitation du port de Mpulungu. Cet opérateur était également engagé dans des activités d'aval en tant qu'utilisateur du port. Par la suite, le concessionnaire aurait abusé de sa position en tant qu'opérateur exclusif du port en se permettant de faire un usage discriminatoire de l'ensemble des installations portuaires afin d'obtenir un accès privilégié aux débouchés commerciaux et en augmentant les prix de manière excessive. En raison de la structure du contrat de concession, il n'a pas été possible de régler ces problèmes entre les parties contractantes. La Commission zambienne de la concurrence est donc intervenue. L'affaire est toujours pendante devant le tribunal⁴⁶. Elle montre que les dispositions contractuelles visant à assurer un accès non discriminatoire sont parfois difficiles à faire appliquer en temps voulu et de façon efficace.

43. Pour préserver la concurrence sur les marchés situés en aval du marché où le concessionnaire mène des activités, il faut garantir et faire appliquer l'égalité de traitement des utilisateurs. Sans justification valable, le concessionnaire ne doit pas pouvoir barrer l'accès à une infrastructure ni imposer aux utilisateurs des conditions différentes ou des prix excessifs.

44. La durée de la concession peut influencer sensiblement sur la concurrence⁴⁷. Des concessions de longue durée encouragent le concessionnaire à réaliser des investissements à long terme, y compris dans la maintenance, au début de la concession. Les concessions de courte durée exacerbent le problème du manque d'incitation à investir en fin de concession. Cela étant, les concessions de courte durée permettent de procéder plus fréquemment à des appels d'offres, ce qui peut faciliter les entrées sur le marché et faire apparaître plus rapidement les éventuels avantages d'une intensification de la concurrence⁴⁸.

45. Les licences non exclusives permettent la pression concurrentielle de nouveaux entrants, surtout si le marché en question était à tort considéré comme un monopole naturel ou cesse de

⁴⁵ Voir la réponse de l'Argentine au questionnaire pour une limitation de l'intégration verticale dans le secteur de l'énergie.

⁴⁶ Voir l'étude de cas zambien, OCDE (2005).

⁴⁷ La réponse de la République dominicaine au questionnaire de la CNUCED montre la durée pour laquelle des concessions peuvent être octroyées, de deux ans pour l'exploitation des loteries jusqu'à trente ans pour les concessions minières.

⁴⁸ OCDE (2006), p. 48.

l'être à cause de progrès technologiques⁴⁹. Mais l'exclusivité peut être nécessaire pour permettre au concessionnaire de récupérer des investissements engagés ou de compenser des pertes découlant d'obligations en matière de prestation de services, ainsi qu'on l'a vu plus haut.

2. Attribution de la concession

46. L'attribution de la concession est le moment où intervient la concurrence pour le marché et c'est donc une phase essentielle. Les modes d'attribution des concessions sont notamment les négociations, différentes formes d'adjudication ou de mise aux enchères, et ce qu'on appelle les «concours de beauté».

47. Les adjudications sont généralement considérées comme le moyen le plus efficace d'attribuer les concessions. C'est ce qu'a reconnu le Chili, où une réforme de la loi en vigueur sur les concessions est à l'examen. Le projet de nouvelle loi vise à pallier les défauts de l'ancien système des concessions, qui étaient dus en partie au fait que les concessions étaient attribuées, non pas par une procédure d'appel d'offres, mais au moyen de négociations bilatérales⁵⁰. Selon la législation indonésienne, les concessions d'infrastructures sont attribuées par voie d'adjudication⁵¹.

48. Mais les adjudications publiques ne permettront à la concurrence d'intervenir sur le marché que si les principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité sont respectés. La collusion entre soumissionnaires et la corruption d'agents publics nuiront à la concurrence, supprimant l'effet concurrentiel qu'implique l'adjudication en permettant de choisir le soumissionnaire le plus efficient. Prévenir et sanctionner la corruption et la collusion doit donc être une priorité. La remise des offres sous pli cacheté peut par exemple être plus judicieuse qu'une enchère à la criée pour limiter les possibilités de communication entre soumissionnaires, mais la corruption peut alors être plus difficile à détecter⁵². La conception des concessions est complexe, des différences apparemment anodines pouvant se traduire par des niveaux sensiblement différents de concurrence selon les situations.

49. Un nombre suffisant de soumissionnaires sérieux doivent participer à l'adjudication⁵³. Les raisons pour lesquelles un soumissionnaire potentiel ne fera pas d'offre sont diverses. L'une de ces raisons est la proximité de la date de dépôt des soumissions. Ce fut le cas, par exemple, pour une concession forestière au Pérou. Les soumissionnaires potentiels étaient censés pouvoir visiter la parcelle en question afin d'en évaluer la valeur commerciale avant de faire une

⁴⁹ OCDE (2006).

⁵⁰ Engel E. *et al.* (2008).

⁵¹ Règlement présidentiel n° 67 (2005) relatif à la «coopération entre le Gouvernement et la société privée dans les marchés d'infrastructures». Réponse de l'Indonésie au questionnaire de la CNUCED.

⁵² OCDE (2007), p. 4.

⁵³ D'après la réponse du Chili au questionnaire de la CNUCED, il semble difficile d'attirer un nombre suffisant de soumissionnaires.

offre. Or ils n'ont pas pu effectuer cette visite, l'autorité responsable ayant organisé l'adjudication au printemps 2002 à une date trop proche de la période de coupe⁵⁴. Nombre d'entre eux n'ont donc pas pu préparer une offre ni participer à l'adjudication. On aurait pu facilement éviter cela en organisant l'adjudication plus tôt.

50. La sous-information est un autre facteur de non-participation. Un soumissionnaire potentiel mieux informé que les autres de la valeur réelle de la concession sera grandement avantagé. Certains soumissionnaires ne feront pas d'offre parce qu'ils savent qu'ils ne sont pas aussi bien informés. Ce peut être le cas, par exemple, lorsqu'une concession est soumise à adjudication pour la deuxième fois et que l'entreprise en place participe aux enchères.

51. Pour attirer davantage de soumissionnaires, il faut notamment donner une plus large publicité aux enchères, fournir des informations de base et réduire le coût de préparation des offres. Le coût de l'adjudication peut être limité grâce à la standardisation des procédures, en particulier lorsque le même type de concession ou de licence est régulièrement mis aux enchères.

52. Les soumissions conjointes ont pour effet de réduire le nombre des soumissionnaires. L'autorité compétente peut vouloir limiter ce type de soumissions en le réservant aux soumissionnaires qui ne peuvent participer à l'adjudication que s'ils le font conjointement. Des consortiums peuvent être nécessaires pour soumettre une offre avec toute l'expertise voulue. Les soumissions conjointes qui sont organisées à proximité de la date limite de soumission ont un effet très semblable à celui de la collusion. Elles devraient être interdites ou fortement découragées.

53. Lorsque l'autorité compétente juge plus approprié d'organiser des négociations directes avec les concessionnaires potentiels plutôt qu'une adjudication, peut-être parce que le contrat présente de nombreux aspects complexes, elle peut stimuler la concurrence en engageant simultanément des négociations avec plusieurs candidats à la concession: ce processus est qualifié de «négociations concurrentes».

54. Les «concours de beauté» présentent nombre de caractéristiques communes avec les négociations. Selon cette formule, les concurrents sont évalués sur la base de critères prédéfinis, comme la compétence technique, la viabilité financière ou la couverture de réseau. On a cependant critiqué les «concours de beauté» pour leur manque de transparence et pour les risques de pressions et d'interventions politiques qu'ils comportent⁵⁵.

3. Critères d'attribution

55. Les critères de sélection de l'adjudicataire devraient être définis au préalable. Ces critères ont un impact déterminant sur le contenu des offres et sur la concurrence entre soumissionnaires. Les critères multiples ne sont pas souhaitables – même avec une formule de quantification bien définie – parce qu'ils ont tendance à manquer de transparence et à donner lieu à des manipulations et à la corruption et que l'attribution risque d'être contestée par les perdants,

⁵⁴ Galarza E. et La Serna K. (2005).

⁵⁵ OCDE (2007), p. 5 et 6.

provoquant des retards et des conflits durables⁵⁶. Si la variable n'est pas un paramètre économique, la concession apparaîtra moins efficiente et les renégociations poseront plus de difficultés⁵⁷. Les paramètres économiques doivent cependant être choisis avec soin. Les critères économiques d'attribution généralement utilisés dans le cas des infrastructures sont: i) le prix que le concessionnaire facturera aux usagers ou ii) la redevance que le concessionnaire paiera à l'administration publique. Dans le premier cas, le risque est que le prix qui l'emporte soit inférieur au coût marginal à long terme de la prestation du service, et les prix sont susceptibles de changer rapidement – généralement par suite d'une renégociation ou d'une révision⁵⁸. D'un autre côté, utiliser comme critère d'attribution le montant de la redevance à payer à l'État ne permet pas de stimuler l'efficacité ni d'améliorer le bien-être du consommateur puisque le concessionnaire devra répercuter sur les usagers le coût qu'entraîne une forte redevance.

4. Contrôle des obligations contractuelles du concessionnaire pendant la durée de la concession

56. L'expérience montre qu'il faut contrôler l'exécution par le concessionnaire de ses obligations contractuelles. Dans certains pays, un tel contrôle incombe à l'autorité concédante, tandis que d'autres pays assignent cette tâche à des organes de surveillance spécialisés: au Pérou, l'INRENA⁵⁹ octroie les concessions forestières et un autre organisme administratif, l'Office de supervision des concessions forestières⁶⁰, supervise leur exécution.

57. Le contrôle des obligations contractuelles du concessionnaire influe sur la concurrence: lorsque le contrat de concession oblige par exemple le concessionnaire à assurer l'égalité d'accès à ses installations, faire respecter les obligations contribue à la concurrence sur le marché d'aval. Il importe en outre de veiller au respect du droit de la concurrence, surtout si la concession confère une position dominante⁶¹. Les deux exemples évoqués ci-après, qui concernent respectivement les chemins de fer zambiens et un aéroport chilien, illustrent l'application du droit de la concurrence.

58. Une concession de vingt ans a été accordée en 2003 à un consortium privé pour l'exploitation du système ferroviaire zambien. Le contrat de concession ne prévoyait aucun tarif maximum bien que le système ferroviaire n'ait guère ou pas de concurrents pour la desserte de certains usagers. Les chemins de fer zambiens, avec plus de 900 kilomètres de voies principales et 300 kilomètres de voies secondaires, sont l'un des systèmes ferroviaires les plus importants de

⁵⁶ Guasch J. L. (2004), p. 98.

⁵⁷ Parades R. et Sanchez J. M. (2003).

⁵⁸ Guasch J. L. (2004), p. 99.

⁵⁹ Instituto Nacional de Recursos Naturales (Institut national des ressources naturelles).

⁶⁰ OSINFOR.

⁶¹ Pour un autre cas d'intervention de l'autorité de la concurrence destinée à faire cesser un abus de position dominante par un concessionnaire sur le marché du transport ferroviaire, voir la réponse du Pérou au questionnaire.

la région, couvrant l'ensemble du réseau, de Sakania (à la frontière) aux chutes Victoria, y compris la Ceinture de cuivre et d'autres lignes secondaires. En février 2007, l'Autorité zambienne de la concurrence a été saisie de plaintes faisant état de l'imposition par le concessionnaire de tarifs excessifs. Elle a ouvert une enquête en se fondant sur les dispositions législatives interdisant l'abus de position dominante. Elle a interrogé les usagers et analysé les plans d'investissement du concessionnaire et leur exécution. Les résultats de l'enquête réalisée auprès des usagers étaient mitigés: certains se plaignaient du niveau des prix, mais d'autres étaient satisfaits. Compte tenu de ces résultats et des investissements réalisés par le concessionnaire, l'Autorité zambienne de la concurrence a considéré que les tarifs du transport ferroviaire des marchandises étaient justifiés et a clos son enquête.

59. Au Chili, le Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia est intervenu dans une affaire similaire: l'exploitant du terminal de l'un des aéroports de Santiago était accusé d'abuser de sa position dominante en imposant aux transitaires des prix excessifs et en limitant leur accès au terminal. Le Tribunal a jugé que le concessionnaire n'avait pas respecté les limitations tarifaires fixées par les prescriptions techniques et avait abusé de sa position dominante⁶².

60. L'application du droit de la concurrence dans les cas chilien et zambien n'aurait pas été possible si le concessionnaire avait été dispensé d'appliquer le droit général de la concurrence⁶³. Des différends peuvent survenir lorsque le contrat de concession permet – ou lorsqu'on peut soutenir qu'il permet – un comportement anticoncurrentiel. Lorsqu'il y a interaction entre les dispositions législatives régissant le contrat de concession et le droit de la concurrence, le règlement effectif des différends peut créer des tensions au niveau des systèmes juridiques. Une conception judicieuse de la concession et l'existence d'un cadre réglementaire peuvent contribuer à réduire le temps et les coûts occasionnés par le règlement des différends et à faire en sorte que le règlement obtenu soit favorable à la concurrence.

5. Rôle de l'autorité de la concurrence

61. L'autorité de la concurrence devrait jouer un grand rôle dans la conception et dans l'octroi des concessions, ces deux phases étant importantes pour la promotion de la concurrence⁶⁴.

⁶² Pour la décision en question du Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia du Chili, ainsi que pour d'autres exemples, voir la réponse du Chili au questionnaire de la CNUCED.

⁶³ Le droit bulgare, par exemple, dispose expressément que les entreprises que l'État ou la municipalité ont chargées d'exploiter des services d'intérêt général sont soumises au droit de la concurrence pour autant que l'application de ce droit n'empêche pas de facto ou *de jure* la réalisation des tâches confiées à ces entreprises (réponse de la Bulgarie au questionnaire de la CNUCED). Le Chili a également répondu au questionnaire de la CNUCED que les concessions n'étaient pas soustraites au droit de la concurrence.

⁶⁴ Le Malawi, par exemple, a répondu au questionnaire de la CNUCED que sa Commission des privatisations, qui est responsable de l'attribution des concessions, consultait souvent la Commission de la concurrence et des pratiques commerciales loyales lorsque des problèmes de concurrence se posaient en matière de privatisation. Au Mexique, la loi sur la concurrence prévoit l'intervention de l'autorité de la concurrence dans les adjudications publiques (réponse du Mexique au questionnaire). Pour les États-Unis, «le plus difficile peut-être lorsqu'on fait face

Elle doit donc intervenir à un stade précoce du processus⁶⁵. Elle peut le faire en plaidant pour la concurrence et en aidant l'organisme concédant à organiser la concession de façon à maximiser la concurrence après attribution, par exemple en recommandant des formules appropriées de séparation horizontale ou verticale. Elle peut également apporter des conseils sur les critères d'attribution les plus pertinents ou sur l'organisation d'une adjudication publique. Au Chili, par exemple, le Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia est intervenu dans l'octroi de sept licences pour l'exploitation de la route aérienne Santiago-Lima. Afin de renforcer la concurrence sur cette route, le tribunal a interdit à l'autorité concédante d'attribuer plus de 75 % des routes au même soumissionnaire au premier tour d'adjudication. Cette limite ne devait s'appliquer au second tour que si aucun soumissionnaire n'avait participé au premier tour⁶⁶. Des conseils peuvent également être nécessaires au sujet des réglementations sectorielles. L'autorité de la concurrence devra parfois établir des priorités afin de limiter son intervention aux projets de concession les plus importants et publier des directives ou des positions de principe pour les autres projets⁶⁷.

F. Rôle des réglementations sectorielles

62. Une concession confère souvent une position forte, sinon dominante, sur le marché. L'autorité de la concurrence peut intervenir a posteriori en invoquant les dispositions interdisant l'abus de position dominante, mais il est parfois plus approprié de s'attaquer à l'emprise d'un concessionnaire sur le marché par des réglementations sectorielles *ex ante*⁶⁸. (Les dispositions du contrat de concession peuvent aussi permettre de remédier au problème.) Les réglementations sectorielles en vigueur avant l'octroi de la concession peuvent réduire l'incertitude dans laquelle se trouvent les concessionnaires potentiels⁶⁹. Les principaux objectifs d'un cadre de régulation consistent: i) à inciter l'entreprise soumise à réglementation à exploiter l'ouvrage moyennant des coûts (rentables) les plus faibles possibles et ii) à aligner les recettes sur les coûts, en permettant

à des problèmes de concurrence en matière de concessions est de reconnaître l'existence d'un problème de concurrence. Dans bien des cas, l'autorité concédante connaît mal l'aspect institutionnel des questions de concurrence et risque de surréglementer ou de sous-réglementer le secteur concerné» (réponse des États-Unis au questionnaire).

⁶⁵ Pour des exemples positifs d'intervention de l'autorité de la concurrence dans le processus d'octroi des concessions, voir la réponse des États-Unis au questionnaire.

⁶⁶ Réponse du Chili au questionnaire de la CNUCED.

⁶⁷ Pour des exemples de promotion de la concurrence concernant les concessions, voir la réponse du Chili au questionnaire.

⁶⁸ Voir à cet égard les réponses des États-Unis et du Mexique au questionnaire de la CNUCED. D'autre part, d'après la réponse du Panama, le fournisseur dominant des services de télécommunications locales de base au Panama fait l'objet d'un contrôle réglementaire, y compris un contrôle des prix, alors que, du fait du degré de concurrence dans le secteur des télécommunications mobiles, ces prix sont libres.

⁶⁹ OCDE (2006), p. 49; réponse de Madagascar au questionnaire de la CNUCED.

à l'entreprise de ne dégager que des bénéfices «normaux». Un compromis doit souvent être trouvé entre ces objectifs puisque les entreprises ne sont incitées à accroître leur productivité que si elles peuvent conserver une partie des gains qui en résultent. La réglementation peut aussi viser à augmenter le nombre des bénéficiaires, améliorer la qualité des services et assurer une couverture universelle⁷⁰.

II. COMMENT AMÉLIORER LA «PRATIQUE» DES CONCESSIONS? BILAN DE L'EXPÉRIENCE ET ENJEUX FUTURS

63. D'après les sondages, le sentiment prévaut dans les pays d'Amérique latine et des Caraïbes que les programmes de privatisation et de concession ont été injustes, bénéficiant aux riches et nuisant aux pauvres à cause des suppressions d'emplois et des hausses de prix, et que les procédures ont manqué de transparence, que les bénéfices ont été utilisés de façon abusive, que les gains de productivité réalisés par les opérateurs n'ont pas été partagés avec les usagers et que la corruption a été généralisée⁷¹. On peut supposer que ce sentiment est partagé par quelques citoyens au moins d'autres régions.

64. En dépit de cette mauvaise image, les concessions ont parfois contribué au développement économique et au bien-être des consommateurs. Elles ont permis d'améliorer et de développer les infrastructures et ont été facteur d'efficience. Mais il est bien sûr possible d'améliorer la «pratique» des concessions et l'expérience des pays peut aider à trouver les moyens d'y parvenir.

65. Questions pour stimuler le débat:

a) Quel bilan peut-on tirer de l'utilisation des licences multiples pour «créer» de la concurrence? La concurrence au stade de l'octroi de licence s'est-elle poursuivie au niveau de l'approvisionnement du marché? Peut-on tirer des enseignements en ce qui concerne la «création de concurrence» au moyen de licences multiples?

b) Quel bilan peut-on tirer de l'application du droit général de la concurrence aux concessionnaires lorsque le contrat de concession contient des clauses qui s'avèrent restreindre les conduites anticoncurrentielles?

c) Quel bilan peut-on tirer de la collaboration avec les autorités qui conçoivent les concessions? Quelles stratégies semblent le mieux permettre de se focaliser rapidement sur des résultats en termes de concurrence?

⁷⁰ Guasch J. L. (2004), p. 138.

⁷¹ Guasch J. L. (2004), p. 9.

Références

- Autopista Central (2001). Rapport annuel 2001.
http://www.autopistacentral.cl/quienes_somos/memoria2001/centralingles.pdf.
- Banque mondiale (1995a). Public policy for the private sector, concessions – the way to privatize infrastructure sector monopolies. Note n° 59.
<http://rru.worldbank.org/documents/publicpolicyjournal/059guislain.pdf>.
- Banque mondiale (1995b). Division de l'industrie et des mines du Département de l'industrie et de l'énergie. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTOGMC/0,contentMDK:20212273~menuPK:509429~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:336930,00.html>.
- BERD (2006). Principes fondamentaux d'une loi moderne sur les concessions – sélection et justification des principes. <http://www.ebrd.com/country/sector/law/concess/core/coreprin.pdf>.
- BERD (2005). Concession Assessment Project, cover analysis report.
<http://www.ebrd.com/country/sector/law/concess/assess/report.pdf>.
- Borsdorf A. and Hidalgo R. (2005). Los mega-diseños residenciales vallados en las periferias de las metrópolis latinoamericanas y el advenimiento de un nuevo concepto de ciudad: alcances en base al caso de Santiago de Chile. <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-194-03.htm>.
- Brusick P. (2008). Privatization, natural monopolies and sector regulators: an international perspective. Communication établie pour la Conférence sur la politique de la concurrence et la privatisation. Le Caire, 28 janvier 2008.
- CNUCED (2008). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2008, Les sociétés transnationales et le défi des infrastructures.*
- CNUCED (2007). *Loi type sur la concurrence.*
- CNUCED (2007). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007, Sociétés transnationales, industries extractives et développement.*
- CNUDCI (2003). *Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé.* <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/model/annex1-f.pdf>.
- Commission des communautés européennes (2004). Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:FR:PDF>.
- Commission des communautés européennes (2002). Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire. 2000/C 121/02.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:FR:PDF>.

- Commission européenne (2005). Marchés publics: la Commission propose une clarification de la réglementation de l'Union en matière de partenariats public-privé. IP/05. Communiqué de presse du 17 novembre 2005. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1440&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>.
- Davis CE (2003). Refocusing the Jamaican State: privatisation and regulation of key utilities. Speech for a joint workshop CARR CRC and Aston Business School Risk, Hulme University. Manchester, Royaume-Uni. 26 juin 2003. <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/mcrrcarr03/cdavis.pdf>.
- Engel E. *et al.* (2008). Renegociación de concesiones en Chile. <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/renegociaciones-de-contratos.pdf>.
- Estache A. *et al.* (2007). Infrastructure, reforms and the poor in Latin America.
- Foga N. et Newman D. The liberalization of the telecommunications industry in CARICOM: case study Jamaica and Dominica. http://www.fogadaley.com/Telecom_001.pdf.
- Galarza E. et La Serna K. (2005). ¿Son sostenibles las concesiones forestales en Perú? <http://cies.org.pe/files/ES/bol%2056/05-GALARZA.pdf>.
- Gómez U. (2005). Autopistas pasan test de calidad. <http://proquest.umi.com/pqdweb?did=876757031&sid=1&Fmt=3&clientId=23693&RQT=309&VName=PQD&cfc=1>.
- Guasch JL. (2004). *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*. WBI Development Studies.
- Hall D. et Lobina E. (2005). The relative efficiency of public and private sector water. Public Services International Research Unit, Business School, Université de Greenwich. Londres. <http://www.psir.org/reports/2005-10-W-ffic.doc>.
- Hall D. et Lobina E. (2003). Problems with private water concessions: a review of experiences in Latin America and other regions. Public Services International Research Unit, Business School, Université de Greenwich. Londres. <http://www.psir.org/reports/2003-06-W-over.doc>.
- Jamaica Office of Utilities Regulation (2007). *Annual Report & Financial Statements 2006-2007*.
- OCDE (2007). Politique de la concurrence et concessions. Synthèses. <http://www.oecd.org/dataoecd/12/47/38706036.pdf>.
- OCDE (2006). *Tables rondes sur la politique de la concurrence, Concessions*. DAF/COMP/GF (2006)6. <http://www.oecd.org/dataoecd/0/28/39531515.pdf>.
- OCDE (2005). Abuse of dominance in regulated sectors. Cas présenté par la Zambie au Forum mondial sur la concurrence. 14 janvier 2005. <http://www.oecd.org/dataoecd/50/9/34285468.pdf>.

OCDE. Basic elements of a law on concession agreements.
<http://www.oecd.org/dataoecd/41/20/33959802.pdf>.

Paredes R. and Sanchez JM. (2003). Government concession contracts in Chile: the role of competition in bidding process. http://www.economia.puc.cl/index/detalle_publica.asp?id_publicacion=865&id_subsecciones=123&id_seccion=3.

Sánchez-Albavera F. et Lardé J. (2006). *Minería y Competitividad internacional en América Latina*. Santiago de Chile, CEPAL.
<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/25949/lcl2532e.pdf>.

Skanska (2008). Autopista Central, Chili, étude de cas du 1^{er} mai 2008. http://skanska-sustainability-case-studies.com/pdfs/1/01_Autopista_v001.pdf.

Social Watch (2003). Country by country – Malaysia, 2003 report: the high cost of private monopolies. <http://www.socialwatch.org/en/informesNacionales/80.html>.

Wallsten SJ. (1999). An empirical analysis of competition, privatisation, and regulation in Africa and Latin America. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1999/09/14/000094946_99072206440581/Rendered/PDF/multi_page.pdf.
