

Session 3 (mercredi 18 mai, 9H00-11H00)

*Les conditions juridiques et politiques de l'investissement privé dans les infrastructures  
Climat des affaires et gouvernance, sécurité juridique, existence de mécanismes de  
régulation sectorielle crédibles*

Les Etats africains, notamment les pays les moins avancés d'Afrique, présentent un **déficit considérable en matière d'infrastructures**, qui constitue un des principaux freins au développement et à la croissance du continent. Ce goulot d'étranglement se traduit notamment par des coûts moyens deux fois plus élevés que dans le reste du monde, une qualité de service défailante, une offre insuffisante (pénuries énergétiques).

Le diagnostic sur les infrastructures en Afrique (AICD, 2009) a démontré que les dépenses d'investissement annuelles couvrent moins de la moitié des besoins (45 sur **93 milliards de dollars**). Cet écart pourrait être comblé pour un tiers par des **gains d'efficacité-17 milliards** de dollars (entretien, maintenance, gestion). Un accroissement des investissements (31 milliards de dollars) demeure toutefois nécessaire. Le **secteur public**, qui supporte les 2/3 des financements actuels, **ne peut y faire face seul**. La participation des **acteurs privés** est indispensable.

De nombreux pays africains ont tenté, depuis le début des années 90, d'impliquer le secteur privé dans le développement et la gestion des infrastructures des services publics pour le bien être des populations, le développement et le recul de la pauvreté. La mobilisation des financements privés reste toutefois limitée à 10 à 15% des financements nécessaires. Les situations sectorielles sont très contrastées : les investissements dans les infrastructures de services où les risques sont plus facilement maîtrisables et les retours sur investissements plus rapides et qui ne comportent que peu de sujétions de service public, attirent facilement les investisseurs, exemple téléphonie mobile ou la gestion des terminaux à containers. En revanche, le « core secteur » c'est-à-dire celui des services publics essentiels et en particulier les secteurs des transports, services urbains, électricité, eau et équipements publics divers sont moins attractifs.

On constate un **désengagement de certains acteurs** privés implantés dans les années 90. Si ce reflux répond également à des causes économiques qui seront analysées lors de la seconde table-ronde, les insuffisances du cadre institutionnel et légal pour attirer les investisseurs et sécuriser les investissements sont déterminantes. Un très important travail d'amélioration du cadre institutionnel, juridique et contractuel qui est lui-même au coeur des avancées en matière de gouvernance apparaît désormais comme une priorité. L'étude du PPIAF et de

l'ICA intitulé « promotion des partenariats public-privé auprès des investisseurs en Afrique » le démontre abondamment.

### **1) Améliorer le cadre institutionnel et légal :**

On constate une grande diversité de situations à l'échelle du continent : l'Afrique du sud s'est dotée d'un cadre institutionnel et législatif sophistiqué pour certains types d'investissements et de gestion privée des infrastructures publiques. Des sous-régions se sont dotées de législation transnationale de grande qualité pour le droit des affaires générales (OHADA), mais des textes adaptés au développement des relations public privé dans le secteur des infrastructures de service public restent à rédiger. A l'autre extrémité de l'éventail, nombre d'Etats sortant d'un conflit sont pénalisés par des textes insuffisants ou dépassés, et par une insécurité et une instabilité juridiques endémiques.

Toutefois, l'application des textes est aussi importante que l'existence d'un cadre légal cohérent et prévisible. Une mise en œuvre inadaptée ou arbitraire de la réglementation par des administrations ne possédant pas suffisamment de capacité, dont certains agents sont motivés par l'intérêt personnel ou encore agissent sous l'emprise d'objectifs de recouvrements financiers de très court terme, sont très dissuasives pour les investisseurs.

Cette insécurité juridique est une des causes de la position défavorable de nombre d'Etats africains dans les classements internationaux : 25 pays d'Afrique figurent parmi les 30 Etats les plus mal classés pour la facilité à faire des affaires (Doing Business 2011) ; dans une moindre mesure, 8 pays africains occupent les 11 dernières places du Logistical Performance Index publié par la Banque Mondiale.

### **2) Prévoir des procédures efficaces de règlement des contentieux**

L'existence de recours efficaces face aux abus éventuels de l'administration et des autres acteurs économiques est indispensable. L'absence d'intégrité ou d'indépendance de la justice nationale est fréquemment mise en avant par le secteur privé comme facteur dissuasif pour les investissements. La compétence économique et financière des magistrats est en général très limitée, dans les relations économiques et juridiques entre le secteur public et le secteur privé.

Diverses solutions sont envisageables :

- un renforcement des efforts de formation spécifique et d'assistance technique du personnel judiciaire (magistrats, greffiers) dans le domaine économique et financier.
- la création de juridictions régionales, comme la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA dans le domaine du droit des affaires, ou les juridictions liées à des organisations régionales, qui pourraient voir leurs compétences élargies. Ces instances régionales permettent à la fois de mutualiser pour plusieurs pays des compétences techniques rares, et

d'offrir des garanties d'indépendance vis-à-vis de pouvoirs politiques nationaux nécessairement plus lointains.

- un développement de la médiation et de l'arbitrage dans un cadre adapté aux traditions et particularismes locaux : simplification des procédures administratives de l'arbitrage et administration de l'arbitrage par des instances de qualité comme le secrétariat du Centre d'arbitrage OHADA : mais il est tout aussi important que ces instances possèdent les moyens nécessaires et soient suffisamment proches des protagonistes du litige afin de démontrer leur efficacité au quotidien dans un environnement économique et juridique accepté par tous.

### **3) Faire preuve de pragmatisme dans la promotion et le choix des modèle de partenariat public-privé**

Au-delà d'une privatisation pure et simple des services publics, qui paraît souvent peu viable dans la durée pour les services publics essentiels, plusieurs familles d'association du secteur privé à la gestion des infrastructures de service public, préservant à la fois la propriété publique et les intérêts privés, existent.

Les pays de common law privilégient traditionnellement le contrat de partenariat (*private finance initiative*), où l'Etat rémunère l'entreprise durant toute la durée de l'exploitation, en contrepartie de la disponibilité du service d'un nouvel équipement. Ce système s'avère très efficace pour lancer certains investissements, et ses partisans estiment qu'il tire profit de la meilleure aptitude du secteur privé à respecter les contrats et optimiser les coûts. En outre, il contribue à l'amélioration de la gouvernance. Les critiques de ses détracteurs sont d'ordre divers : absence de réel transfert du risque d'entreprise, modalités et lourdeur du remboursement du coût du financement, risque de profit spéculatif, marge d'adaptation au service public très limitée, allègement artificiel de la dette publique...Surtout, un tel système s'avère à moyen terme pénalisant pour les finances publiques car des dettes nouvelles sont contractées par le secteur public sur de nombreuses années, notamment dans les Etats africains.

D'autres familles qui avaient été largement utilisées à travers le monde à l'époque de la révolution industrielle ont continué à évoluer et à se développer essentiellement dans les Etats de tradition civiliste possédant un droit administratif jurisprudentiel. Ces Etats ont en effet progressivement développé un droit des contrats pour des relations public-privé équilibrés qui se retrouve dans le modèle de la délégation de service public (concession, affermage). Dans ce cadre, la personne publique confie par contrat la gestion complète d'un service public essentiel à une entreprise privée qui se rémunère directement sur l'utilisateur. La viabilité du système est basée sur la mise en place d'un service adapté à la capacité contributive des usagers à son évolution et à ses besoins. En pratique, au regard de la satisfaction des besoins essentiels des populations générée par l'amélioration de ces services publics, ainsi qu'au regard de l'amélioration de la gouvernance et autres externalités, une subvention publique d'investissement répondant à certaines conditions est justifiée, si elle permet de réaliser un projet qui autrement ne pourrait voir le jour.

Contrairement aux idées reçues, il n'y a pas d'antagonisme entre les deux familles, mais bien un continuum. Le choix de l'une ou l'autre pour un projet donné est dicté par des considérations très pragmatiques et qui sont désormais bien connues et basées sur l'économie du projet, les capacités budgétaires des Etats et le degré de sécurité réelle apportée aux parties par le cadre institutionnel, juridique et contractuel du pays.

Il est donc souhaitable, afin de multiplier les projets de PPP facilement acceptables par tous sans avoir à multiplier dans une même proportion les coûts de transaction dissuasifs pour tout le monde, de valoriser dans les textes adaptés toute la palette des formes de partenariat public privé que l'expérience internationale a développé tant dans les pays développés que les PVD. Il sera alors facile de choisir de façon très pragmatique le modèle intégrant au maximum l'expérience cumulée pour des projets similaires, tout en privilégiant une approche adaptée au type d'infrastructures et d'utilisateurs concernés.

L'usage du parangonnage (benchmarking), l'échange de bonnes pratiques, notamment avec d'autres pays du sud (Amérique latine, Asie), paraissent particulièrement indiqués pour éclairer ces choix. Il serait ainsi envisageable de relancer les carrefours d'échanges d'expérience et les voyages d'études, telles ceux financés dans les années 90 par les bailleurs de fonds au profit d'experts africains.

#### **4) Prévoir des réglementations adaptées**

Cette table-ronde abordera la question de la régulation sous l'angle juridique et contractuelle, la question du partage des risques faisant l'objet de la table-ronde sur les conditions économiques et financières de l'investissement privé.

L'intervention d'un régulateur crédible, indépendant de l'Etat et des groupes de pression peut offrir également des garanties aux investisseurs privés. Il protège par ailleurs les utilisateurs d'éventuels abus de monopole de la part des fournisseurs de services.

Plusieurs types de régulateurs ou réglementations sont envisageables :

- régulateur extérieur sectoriel ou multisectoriel, fixant les tarifs ou agissant dans le cadre de tarifs plus ou moins administrés. La promotion de régulateurs sectoriels régionaux pourrait peut-être présenter des avantages en terme de mutualisation de compétences techniques rares, et d'indépendance.

L'instance de régulation peut par ailleurs prévoir un mécanisme de consultations des utilisateurs. Facile à mettre en place lorsque ces derniers sont des entreprises, ils exigent, si la clientèle est atomisée (eau, électricité), une certaine organisation de la société civile (associations de consommateurs représentatives).

Au-delà de cette régulation institutionnelle, une presse d'investigation indépendante, animée par des journalistes économiquement qualifiés, prompte à dénoncer les abus, est également un acteur de cette régulation.

- régulation contractuelle: il ne faut pas mésestimer la difficulté de créer un cadre institutionnel aboutissant à une régulation objective extérieure de qualité où les trois acteurs d'un PPP (à savoir les acteurs Privé, Public et Utilisateurs) sont concurremment satisfaits pendant tout le cycle du projet.

Un cadre de régulation contractuelle prévoyant des références objectives pour réguler et adapter le contrat assorti d'instances de facilitation ou médiation ad hoc peut, dans certaines situations, se révéler également très efficace et tout aussi transparent comme le révèle notamment la longue expérience des pays de tradition civiliste.

Ici encore, il convient de faire preuve de pragmatisme en évaluant à l'avance et ? en réglementant au minimum, pour différents types de projets ou famille de projets les options les plus adaptées.

\* \* \*

## Questions

### 1. Renforcement du cadre légal et réglementaire

- *Peut-on aider les Etats à se doter d'un cadre légal exhaustif et stable, en s'inspirant des meilleures normes existantes ?*
- *Comment renforcer la formation des personnels judiciaires aux questions économiques et financières ?*
- *Comment promouvoir Créer ou renforcer le champ d'action des mécanismes de règlement des contentieux à l'échelle régionale ?*
- *Comment favoriser le recours à la médiation et à l'arbitrage dans un cadre adapté aux réalités locales ?*
- *Comment mieux faire connaître les conditions du succès d'une bonne régulation ?*
- *Faut-il explorer la possibilité de mécanismes régionaux de régulation, s'il existe un marché régional.*

### 2. Promotion cadrée du Partenariat Public-Privé

- *Comment mieux faire connaître tous les avantages et les potentialités des différentes familles de PPP, qui sont incontournables pour atteindre les objectifs du millenium et les conditions de leurs succès en Afrique ?*
- *Comment promouvoir un processus de choix des types de partenariat public-privé adaptés à l'économie des Projets réalisés, à leur rôle dans le développement économique, au rendement de la production, et aux spécificités sectorielles et nationales*

### 3. Cooperation Sud-Sud et le rôle des médias

- *Doit-on relancer des échanges d'expertise et de missions d'études, notamment dans un cadre sud-sud.*
- *Comment renforcer les compétences économiques et financières des médias indépendants ?*

-  
-

- **Propositions d'orientations pour les travaux de l'ICA**

- Etudier la possibilité de la mise en place de mécanismes régionaux de régulation
- promouvoir un processus de choix des types de partenariat public-privé adaptés à l'économie des Projets réalisés, à leur rôle dans le développement économique, au rendement de la production, et aux spécificités sectorielles et nationales
- Promouvoir la coopération Sud-Sud en organisant des séminaires/conférences sur les échanges d'expérience.