

CLAUSE INSIGHTS



Accès de tiers aux infrastructures :
redéfinir les clauses relatives aux capacités excédentaires figurant dans les contrats de concession

LE CONTEXTE

Les infrastructures sont exigeantes en capital et nécessitent généralement une certaine échelle minimale pour fonctionner efficacement. Par exemple, il est impossible de construire une ligne de chemin de fer qui fonctionnerait sans au moins une voie complète. Cette échelle minimale crée inévitablement une capacité de base qui dépasse parfois les besoins immédiats ou à long terme de l'usager principal. C'est typiquement le cas d'infrastructures telles que les lignes de chemin de fer, les ports, les usines de dessalement et les systèmes de transmission d'énergie et d'électricité. Cette problématique prend de plus en plus d'importance aujourd'hui vu la multitude de projets de corridors actuellement en développement dans le monde.

Dans les contrats de concession, en particulier dans le domaine de l'extraction minière, de la production d'énergie ou de la fabrication d'hydrogène vert, l'infrastructure n'est peut-être pas le sujet principal mais elle peut être cruciale pour la viabilité de l'exploitation. Dans ce type de cas, l'exploitation de l'infrastructure est souvent sous-traitée à des prestataires de services spécialisés tandis que l'infrastructure en elle-même demeure la propriété publique. Voici l'un des scénarios possibles :

L'investisseur A a développé la mine A et construit la ligne de chemin de fer A pour exporter son minerai. Cet investisseur construit essentiellement la ligne et il y aura totalement accès mais l'État devrait rester propriétaire. Que se passe-t-il si un investisseur B arrive, découvre du minerai dans la région et souhaite avoir accès à la ligne de chemin de fer A ? Les réserves, à moins d'être immenses, justifieront difficilement une deuxième ligne. Donc la question centrale est la suivante : dans quelles conditions l'investisseur A (et le gouvernement) peuvent-ils autoriser l'investisseur B (ou tout autre investisseur) à accéder à la ligne de chemin de fer ?

Tout dépend de la manière dont l'accord entre l'investisseur A et le gouvernement a été négocié. De fait, la possibilité qu'un autre investisseur accède à la ligne de chemin de fer a-t-elle été même abordée, voire réellement discutée, au moment des négociations entre l'investisseur A et le gouvernement ? En dehors d'un autre investisseur, qu'est-ce que le gouvernement a négocié sur le transport des marchandises et des personnes ? Ou a-t-il négocié ? Une affaire de taille est en jeu, l'investissement en capital étant estimé à plus d'un milliard d'euros.

Les contrats de concession devraient inclure des dispositions autorisant des tiers à utiliser les disponibilités ou les capacités excédentaires des infrastructures. De telles clauses sont surtout pertinentes lorsque l'exploitant

privé (le « titulaire ») bénéficie de droits d'usage de l'infrastructure publique sans en être propriétaire. Généralement, ces dispositions visent à octroyer un droit d'accès à des tiers (investisseur B) dans la mesure où cela n'a pas d'impact négatif sur l'exploitation de l'infrastructure par l'usager actuel (investisseur A) et n'entraîne pas de coût supplémentaire pour ce dernier.

L'ENJEU

Si le principe est clair, l'application pratique en revanche présente quelques difficultés.

1. Ambiguïté dans la mesure des capacités excédentaires

Il est compliqué de déterminer objectivement les capacités excédentaires. Cela implique de calculer la capacité totale et d'en soustraire l'usage actuel et l'usage prévu, les deux pouvant varier considérablement du fait de la variation également des conditions du marché. En plus, la capacité proprement dite n'est pas fixe, elle dépend de la manière dont l'infrastructure est exploitée. Par exemple, la capacité d'une ligne de chemin de fer dépend de la vitesse, de la fréquence et de la configuration des trains. Il est donc possible que les titulaires hésitent à accepter des études basées sur des hypothèses qu'ils ne maîtrisent pas, qui engendreraient des coûts d'exploitation supplémentaires ou qui leur imposeraient de modifier leurs systèmes d'exploitation existants. Ils pourraient être obligés, par exemple, d'utiliser des trains plus longs, d'investir dans du matériel roulant et de modifier leurs installations de chargement et de déchargement ainsi que les procédures opérationnelles.

2. Impact opérationnel d'un usage partagé

L'usage de l'infrastructure par des tiers réduit souvent sa flexibilité opérationnelle. Or, cette flexibilité entre généralement en ligne de compte dans la planification du titulaire et les opérations effectuées au quotidien. Cet « usage » caché de l'infrastructure peut réduire considérablement les capacités excédentaires disponibles. La perte de flexibilité peut être considérée comme un impact négatif légitime et acceptable si le titulaire est censé exploiter l'infrastructure publique d'une manière qui optimise l'efficacité de son utilisation .

3. Interruption due à une extension

Si une extension des capacités est nécessaire pour accueillir des tiers, les travaux d'extension risquent d'interrompre temporairement le fonctionnement de l'infrastructure. Même lorsqu'ils sont engagés par des tiers, ces travaux peuvent compromettre l'efficacité et la fiabilité de l'utilisation de l'infrastructure par le titulaire. L'interruption est généralement de courte durée et peut être compensée mais cela doit être négocié au départ.

4. Affectation des coûts

Les tiers accèdent à l'infrastructure sans en supporter les coûts (irré récupérables) que représente l'investissement initial. Même si les coûts marginaux d'utilisation sont faibles, cette situation crée des inégalités car les nouveaux venus bénéficient de l'infrastructure sans avoir contribué aux investissements précédents.

RECOMMANDATIONS : STRUCTURER LES CLAUSES EN VIGUEUR

Pour relever ces défis et veiller à ce que les dispositions relatives aux capacités excédentaires aient force exécutoire et soient en même temps équitables, il est recommandé de prendre les mesures suivantes :

1. Objectifs communs d'orientation générale

Le contrat doit stipuler clairement que le gouvernement et le titulaire ont comme objectif commun d'optimiser et de partager l'infrastructure pour éviter des discussions sur l'impact négatif légitime (voir point 2 ci-dessus).

2. Maintien des droits d'extension

Le gouvernement devrait se réserver le droit d'étendre les capacités des infrastructures selon les besoins, lorsqu'elles demeurent la propriété publique, en fixant les limites des droits d'usage privé.

3. Droits d'accès unilatéraux

Le gouvernement devrait conserver le pouvoir d'octroyer l'accès de l'infrastructure à des tiers sans demander l'autorisation du titulaire, dans la mesure où les études indépendantes qui ont été menées ne prévoient pas d'impact négatif déraisonnable à long terme qui ne soit pas correctement compensé. Toute latitude devrait être expressément accordée pour déterminer ce qu'est une « perturbation raisonnable » ou l'usage d'une infrastructure existante dans le contexte d'un système à plusieurs

usagers. En effet, un projet d'extension ou de réaménagement a souvent un impact temporaire sur les capacités disponibles de l'infrastructure.

4. Modèles à usagers multiples

En cas de capacités excédentaires importantes, ce qui est très souvent le cas lorsque l'infrastructure a été construite pour un seul usager, il convient d'envisager un modèle à usagers multiples avec une gestion indépendante de l'infrastructure. Cela garantit un usage juste et efficace entre les différentes parties prenantes. Selon ce modèle, non seulement des entreprises différentes et souvent concurrentes peuvent utiliser une même infrastructure de transport telle qu'une ligne de chemin de fer ou un port, mais cette infrastructure peut servir également à transporter différentes catégories de marchandises et même des passagers. Il est ainsi plus facile de mettre en place des corridors à usages multiples pouvant avoir un impact majeur sur le développement d'une région.

5. Évaluation transparente des capacités

Le contrat de concession doit définir une méthode claire de calcul des capacités de l'infrastructure qui sera appliquée par une entité indépendante. Cette méthode intégrera, dans l'idéal, des modèles opérationnels dynamiques ne donnant pas un poids démesuré aux insuffisances opérationnelles que connaît le titulaire.

6. Partage équitable des coûts

L'extension d'une infrastructure existante peut revenir comparativement moins cher que l'investissement initial pour la construction de l'infrastructure. Il convient de mettre en place des mécanismes de partage des coûts pour compenser les coûts irrécupérables engagés par le titulaire (comme les dépenses en capital engagées par l'investisseur A dans le scénario ci-dessus) ainsi que les pertes de flexibilité. Cela assure un juste équilibre entre les avantages et les charges.

7. Définition précisée de l'impact négatif

La notion d'« absence d'impact négatif » devrait se limiter aux perturbations déraisonnables telles qu'elles sont évaluées par une entité tierce neutre et s'aligner sur l'objectif plus général qui vise à optimiser l'utilisation de l'infrastructure. Une fois de plus, si l'utilisation de l'infrastructure est optimisée et augmente les capacités pour tous, les investisseurs devraient tous s'en réjouir malgré la période d'interruption à court terme.

8. Règlement séparé des litiges

Dans l'idéal, les litiges relatifs à l'utilisation de l'infrastructure par des tiers devraient être réglés en dehors des mécanismes prévus par le contrat de concession plus vaste. Le fait que cet aspect soit convenu en amont clarifie la position du gouvernement sur l'usage multiple de l'infrastructure, dissociant les droits et les obligations concernant l'infrastructure d'autres droits économiques octroyés à un investisseur. Étant donné les revenus en jeu pour l'entreprise privée et pour le gouvernement, il est essentiel de promouvoir une culture et une pratique du dialogue pour résoudre les différends.

9. Définition du processus consistant à octroyer l'accès à des tiers

Les parties ne devraient pas se contenter de consigner par écrit les principes d'un usage multiple mais s'efforcer de détailler le processus consistant à octroyer l'accès à des tiers ou l'extension de l'infrastructure. Cela permettrait de préciser en amont l'organisme ou les organismes décisionnaire(s), la manière dont les garanties sont appliquées aux usagers existants et si une compensation doit être versée ou non.

TRANSFORMER LES CLAUSES CONTRACTUELLES EN MOTEURS DE CROISSANCE

L'accès octroyé à des tiers dans les grandes concessions peut être crucial pour dégager une valeur économique

dépassant le cadre d'un seul projet ou exploitant. Toutefois, pour être efficaces, ces clauses doivent être rédigées avec une extrême prudence. Elles doivent comporter des définitions claires, des évaluations indépendantes et des conditions de partage équilibré des coûts pour garantir que l'infrastructure publique réponde à des objectifs de développement plus larges, sans compromettre les droits et l'intégrité opérationnelle du titulaire. Si les dispositions du contrat sont bien conçues, le gouvernement peut s'appuyer sur l'infrastructure de manière plus stratégique et donc promouvoir la croissance, l'efficacité et une concurrence loyale.

L'article ci-dessus présente le point de vue de son auteur et ne reflète en aucune manière celui de l'Unité d'assistance CONNEX, de son conseil d'administration, de son comité consultatif ou de son secrétariat.



Kees Hörchner est co-proprétaire et directeur de RebelGroup, Rotterdam, Pays-Bas.

Mention légales

Cette publication a été réalisée avec le soutien financier du ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement (BMZ), de l'Union européenne (UE), de la Norvège et de UK International Development. Son contenu relève de la seule responsabilité de la GIZ et ne reflète pas nécessairement les opinions du BMZ, de l'UE, de la Norvège ou du Royaume-Uni.

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Sièges de la société :
Bonn et Eschborn, Allemagne

Friedrich-Ebert-Allee 32+36
53113 Bonn, Allemagne
T +49 228 44 60-0

E info@giz.de
I www.giz.de

Conception :
flmh – Labor für Politik und Kommunikation GmbH, Berlin

Crédits photos :
RebelGroup, potowizard/Depositphotos

Contact :
CONNEX Support Unit
Potsdamer Platz 10
10785 Berlin, Germany
E support@connex-unit.org

Août 2025



www.connex-unit.org