

l'autorité portuaire parfois...) peut renforcer le risque social. L'actualité des ports français montre les problèmes considérables que peuvent poser les différences entre les statuts de la convention collective des dockers et celle des agents des ports autonomes.

3.3.7 Conclusion

Il semble normal que la majorité des « risques projet » tel qu'ils ont été définis restent à la charge de l'entreprise. Cela suppose toutefois une définition préalable et claire du contour du projet et des règles applicables, qui évite de mixer les interventions des parties afin d'éviter la dilution des responsabilités qui en résulterait. Une régulation technique conduisant à imposer des contraintes et des surcoûts au projet peut se justifier (cf. ci-dessous), mais ses modalités doivent être définies à l'avance et permettre ensuite à l'entreprise de prendre les risques liés à la mise en œuvre du projet.

Il convient par ailleurs de veiller à ce que les dispositions contractuelles ne reviennent pas sur le principe de cette affectation du risque à l'entreprise, en particulier par l'introduction de mesures de régulation économique ou de garanties inadéquates. Ainsi, les dispositions contractuelles par lesquelles l'Etat ou le concédant garantit un certain taux de rentabilité minimum sont à éviter. Elles consistent en fait à exonérer le concessionnaire de l'ensemble des risques projet et conduisent par conséquent à supprimer toute incitation à la réduction des coûts par le concessionnaire.

3.4 LE RISQUE COMMERCIAL OU RISQUE TRAFIC

Les deux paramètres du risque commercial sont le trafic et les tarifs. Le risque trafic est un risque majeur dans ce type de projet, en raison de la forte incertitude qui entoure toujours les prévisions d'activité portuaire à moyen ou long terme. Il est entre autre, affecté par la politique tarifaire (élasticité de la demande), et donc par la régulation imposée. Outre son impact sur le risque trafic, cette régulation tarifaire a une influence évidente sur le risque de revenu.

L'existence d'un partenariat de double nature " verticale " et " horizontale " entre l'opérateur et l'autorité portuaire (cf. 2.2.) conduit presque toujours à un partage de ce risque en terme de responsabilité comme en terme de conséquences. Les modalités de ce partage sont dès lors un élément central dans l'élaboration du cahier des charges. Or les deux parties ont généralement une tendance naturelle à soutenir des approches différentes en ce qui concerne le contenu du partenariat vertical :

- **une approche d'entrepreneur** recherchant à limiter ce partenariat vertical : le concessionnaire sera généralement attaché à défendre l'idée que son activité doit être régulée par les lois du marché, et par conséquent à rechercher une grande liberté d'action dans la gestion de son projet de façon à disposer du maximum de moyens pour gérer ce risque.
- **l'approche du concédant** qui, ayant le souci de protection de l'utilisateur, de prise en compte de l'intérêt général, et craignant d'instaurer des rentes de situation, cherchera au contraire à limiter cette liberté d'action de l'entreprise par des mesures de régulation techniques ou économiques.

La recherche d'un juste équilibre entre la régulation imposée par le concédant et la régulation par les lois du marché est complexe et conditionne le partage du risque commercial.

L'intervention du concédant comme régulateur de l'activité, si elle peut s'avérer indispensable, n'est pas toujours nécessaire avec le même degré d'implication. Or **la régulation**, qui consiste principalement à imposer des contraintes, apporter des garanties, partager les risques ou partager les bénéfices, **entraîne des surcoûts**. Surcoûts pour le concédant, par le biais des contreparties qu'il peut être conduit à accorder, mais aussi simplement par le coût direct du contrôle. Surcoûts pour le concessionnaire qui, supportant plus de risque et disposant de moins de liberté d'action, attendra une rémunération de ce risque accru. Ces surcoûts sont, *in fine*, supportés par les usagers du port ou par les contribuables. Il convient donc de rechercher à les réduire au maximum, c'est à dire de **ne réguler l'activité que si (et seulement si) c'est nécessaire**.

L'objectif est donc d'ajuster les mesures de régulation, les garanties et les contreparties accordées afin de parvenir à un partage équitable des risques et à une situation acceptable par les parties. Ce partage ne peut résulter que d'une analyse fine de la situation et il serait illusoire de prétendre proposer une règle applicable en toutes circonstances. On se propose d'analyser ici, dans un premier temps, les différents outils de régulation dont dispose l'autorité portuaire. On proposera ensuite une typologie des terminaux portuaires et, pour chaque cas de figure ainsi identifié, une analyse de la légitimité du système de régulation et de contrepartie à mettre en œuvre.

3.4.1 Les outils de régulation

La nécessité de régulation conduit à fixer certaines contraintes et dispositions techniques et financières dans le cahier des charges de la concession. Ces éléments, dont le principe doit être défini par l'autorité concédante peuvent être :

- soit fixés par elle avant le lancement de la procédure de sélection ;
- soit définis dans leur principe et fixés par les candidats dans leurs offres (tarif maximum, redevance, subvention..). Ils sont alors un moyen de comparer les offres des candidats et leur analyse fait partie du processus de sélection.

Les outils de régulation dont dispose le concédant peuvent être classés en deux grandes catégories en fonction de leur nature, technique ou économique :

3.4.1.1 Régulation technique

La régulation technique comprend l'ensemble des dispositions que l'autorité impose à l'entreprise concernant la définition du " projet ". Elle participe à définir un cadre de contraintes que l'entreprise devra accepter et à l'intérieur duquel elle sera en mesure de gérer les " risques projet " tels qu'ils ont été définis dans le chapitre précédent.

i) Régulation des investissements

La question de la régulation des investissements ne se pose évidemment que lorsque l'entreprise a la charge de réaliser elle-même le projet. L'autorité portuaire peut alors être conduite, de façon plus ou moins complète selon les cas de figure, à imposer :

- une définition fonctionnelle en matière de capacité, avec éventuellement des seuils en fonction de l'évolution du trafic, afin d'assurer un niveau de service minimal dans le cas où les lois du marché risquent de conduire à une sous-capacité ;
- des normes de construction à respecter, afin de s'assurer que les travaux sont réalisés selon les " règles de l'art " ;
- des contraintes en matière de sécurité ou de respect de l'environnement, voire de spécifications particulières.

Il ne semble pas souhaitable d'aller au-delà dans la définition du jeu de contraintes imposées à l'entreprise. Le contrôle de l'autorité concédante se limitera alors à vérifier le respect des dispositions ainsi définies, mais ne portera pas sur les solutions techniques mises en œuvre dès lors qu'elles sont en conformité avec ces dispositions. Toute obligation imposée à l'entreprise d'obtenir de la part de l'autorité portuaire une approbation du projet au-delà de ces normes prédéfinies conduit en fait au risque de " fait du prince " tel qu'il a été exposé dans le chapitre sur les risques politiques. L'entreprise n'est alors pas en mesure d'estimer les coûts prévisionnels de son projet industriel.

Toutefois, si les principes exposés ci-dessus semblent les plus appropriés en raison de leur cohérence en matière d'allocation de risque, il arrive que l'autorité portuaire ne fasse appel à l'entreprise qu'après avoir elle-même étudié le projet et défini des spécifications précises. Cela conduit alors à compléter le jeu de contraintes imposées à l'origine du projet, mais ne remet pas en cause le principe énoncé ci-dessus.

On peut noter ici que l'introduction de dispositions visant à imposer un montant minimal d'investissement ou à juger les offres sur le montant proposé par le candidat n'est pas souhaitable. En effet, la maximisation du montant investi n'est pas un but en soi (sauf peut être pour l'entreprise de construction). De telles dispositions présentent donc des effets pervers évidents en incitant à un surinvestissement pas forcément utile économiquement. Il est donc préférable d'imposer à l'entreprise des obligations fonctionnelles.

ii) Régulation de l'entretien et de la maintenance

Les risques induits par un défaut d'entretien ou de maintenance des installations sont de trois ordres :

- d'une part un risque commercial pour l'entreprise, par les conséquences de la détérioration du niveau de service proposé aux clients ;
- d'autre part un risque de défaillance de l'entreprise au regard de ses obligations de service public ;
- enfin un risque de détérioration du patrimoine pendant la durée du contrat.

Le risque commercial est sanctionné par le marché. Il ne nécessite donc pas de régulation par l'autorité concédante.

L'obligation de service public, et en particulier celle de continuité du service, lorsqu'elle est imposée comme indiqué ci-dessous (régulation économique et financière) conduit en fait à appliquer à l'entreprise une obligation de résultat. Toute interruption de service résultant d'un défaut d'entretien peut alors donner lieu à des pénalités et une régulation technique visant à imposer une obligation de moyen ne semble pas nécessaire.

Dans le cas d'une concession avec remise des biens à l'autorité à la fin du contrat, la nécessité de réguler peut aller delà de ces obligations fonctionnelles. Il est en effet normal que l'autorité concédante s'assure que les opérations de réparation et de maintenance soient effectuées correctement afin que lui soient remises des installations en bon état de fonctionnement à l'issue de la période de concession. Elle pourra alors imposer le respect de normes spécifiques afin de s'assurer de la bonne conservation de ces biens.

iii) Standards de performance

Enfin, lorsqu'il estime que le manque ou l'absence de concurrence risque de ne pas inciter l'opérateur à assurer un niveau de service suffisant et que cette situation est préjudiciable pour les usagers, le concédant peut imposer des standards de performance, en termes de niveau minimum de productivité par exemple. Une telle approche, si elle est parfois nécessaire, se heurte à trois difficultés majeures :

- cela suppose que le concédant soit en mesure de définir et de codifier un niveau de service, alors que le contenu du service et le niveau normal d'exigence peuvent évoluer au fil des années ;
- cela suppose d'autre part qu'il soit capable de contrôler le respect de ces normes par l'opérateur ;
- cela suppose enfin qu'il mette en place et qu'il applique un système d'incitations ou de sanctions financière en cas de manquement ou de dépassement des objectifs ainsi définis.

Par ailleurs, au-delà des critères de productivité, les standards de performance peuvent porter sur une capacité minimale du terminal portuaire. Il est alors souhaitable que cette capacité soit définie en termes d'obligation de résultat. L'entreprise pourra en effet souvent arbitrer entre diverses solutions alternatives permettant de remplir ces obligations, pouvant porter sur les investissements ou sur les modalités d'exploitation (extension de terre-pleins vs achat de matériel de parc plus performant par exemple pour la capacité de stockage d'un terminal à conteneur).

3.4.1.2 Régulation économique et financière

i) Objet de la concession : limitation du champ d'activité autorisé

Le premier niveau de régulation économique porte sur la définition des activités que l'entreprise est autorisée à exercer sur la zone définie par le contrat. Etant chargée de la gestion du domaine portuaire et de son développement, l'autorité portuaire peut être conduite à limiter le champ de ces activités autorisées. Cette limitation peut, par exemple, interdire à l'entreprise d'effectuer, sur le domaine du projet, toute autre activité que celles de manutention et de stockage des marchandises, ou encore définir les types de trafic que l'entreprise sera autorisée à traiter à l'exclusion de tout autre. Dans ce dernier cas, la limitation peut être simplement justifiée par une garantie d'exclusivité que l'autorité portuaire aurait préalablement accordée à un autre opérateur présent sur le port.

Ce faisant, l'autorité portuaire augmente le risque commercial pour l'entreprise, car elle limite ses capacités d'adaptation ou de diversification de son activité en fonction de l'évolution ultérieure des marchés.

A l'inverse, l'autorité portuaire peut, en contrepartie d'une obligation de service public sur une activité non rentable pour l'entreprise, l'autoriser à valoriser des terrains avec une grande liberté d'initiative et d'action.

ii) Obligations de service public

L'autorité portuaire peut être conduite à imposer à l'entreprise de se conformer aux principes régissant l'exploitation d'un service public. Cela conduit principalement à imposer :

- la continuité du service, et donc des pénalités voire une résiliation anticipée dans le cas où le service est interrompu pour des raisons dont l'entreprise est responsable ;
- l'égalité d'accès et de traitement des usagers afin d'éviter les risques de discrimination (tarifs, priorités, niveau de service...).

Dans les faits, quelles que soient les dispositions contractuelles, il est parfois impossible d'éviter toute discrimination d'un opérateur envers ses clients, et par exemple de contraindre un exploitant, filiale d'un armateur, de servir les armateurs concurrents dans les mêmes conditions que son actionnaire. La personnalité même du candidat et son indépendance vis à vis des clients du port sont donc des éléments à prendre en compte au moment de l'attribution du contrat.

Le principe d'égalité de traitement des usagers n'interdit toutefois aucunement une gestion " commerciale " transparente de l'activité, y compris par des discriminations tarifaires, sous réserve que celles-ci soient fondées sur des critères objectifs, tels que le volume annuel de trafic, la durée de l'engagement des parties, ou les caractéristiques de l'escale ou du navire, et qu'elles soient appliquées de façon uniforme à l'ensemble des usagers.

iii) Garanties de non concurrence

La nécessité de mise en place d'une régulation forte de l'activité de l'entreprise par l'autorité portuaire résulte le plus souvent de l'absence de régulation par le marché, et donc de l'insuffisance de la concurrence.

Il peut dès lors apparaître équitable d'accorder au concessionnaire, en contrepartie de cette régulation forte, une garantie de non concurrence, puisque celui-ci ne dispose plus des moyens habituels d'une entreprise pour se positionner sur un marché concurrentiel. Ce type de garantie est généralement limitée dans le temps et tombe soit après une période prédéfinie, soit lorsque le trafic atteint un seuil également prédéfini.

Toutefois, la constitution de monopoles de droit ne saurait être recommandée lorsque cela n'est pas indispensable. Une solution plus pertinente est donc de prévoir une renégociation du contrat en cas de modification de la situation concurrentielle, comprenant une révision des clauses de régulation pour les adapter aux nouvelles conditions du marché. Elle peut légitimement conduire, dans certains cas, à une indemnisation de l'entreprise si la nouvelle situation remet en cause la viabilité du projet.

iv) Contrôle tarifaire

Les modalités de fixation des tarifs sont un élément central du dispositif. Elles conditionnent à la fois le niveau de trafic du terminal considéré, la rentabilité de l'opération pour le délégataire, et le prix du service rendu à l'utilisateur, qu'il est légitime de protéger contre les abus de position dominante dans le cas d'un service public. La régulation des tarifs par l'autorité publique concerne deux niveaux de liberté pour l'entreprise :

- d'une part, la liberté de négocier au cas par cas les conditions de sa prestation avec son client, ou au contraire l'obligation de publier un tarif public applicable à tous les usagers ;
- d'autre part la liberté de fixer le niveau du tarif dans le cas d'un tarif public.

La liberté de fixation des tarifs est souhaitable lorsque :

- *soit la concurrence régule le marché.* Cette concurrence peut provenir d'un autre terminal du port, mais aussi d'un autre port, voire d'un autre mode de transport dans certains cas (aérien, terrestre pour le cabotage). L'appréciation du degré réel de concurrence est donc parfois délicate, mais l'objectif reste l'estimation des risques d'abus de position dominante. Comme indiqué ci-dessus, cette liberté de fixation du tarif

peut être assortie d'une obligation d'égalité de traitement des usagers interdisant des négociations au cas par cas, et imposant une publication des tarifs de service public ;

- *soit l'activité ne relève pas du service public*. C'est le cas lorsque l'entreprise n'effectue les opérations que pour son propre compte ou pour le compte de ses actionnaires. C'est également le cas lorsque les clients du port ne sont pas des agents économiques nationaux (trafic de transit ou activité de transbordement). L'entreprise peut alors être libre de négocier ses tarifs au cas par cas avec ses clients.

Une régulation tarifaire est nécessaire dans les autres cas, c'est à dire lorsque l'entreprise rend un service public et qu'elle est en situation de monopole ou de concurrence insuffisante. Au-delà de l'obligation d'égalité de traitement des usagers et de publication du tarif, l'autorité administrative devra alors intervenir dans la fixation d'un tarif maximum (*price cap*). La fixation initiale de ce tarif maximum peut alors se faire par les lois du marché, lors de la mise en concurrence des candidats à la gestion du terminal. Les dispositions sont généralement assorties de formules de révision indexées sur des indicateurs adaptés. Mais ces formules de révision ne sont généralement pertinentes que sur le court terme, sur une période de l'ordre de cinq ans. Au-delà, une renégociation périodique de ces dispositions est nécessaire, et se pose le problème des modalités de cette renégociation, de la nature et du pouvoir du régulateur.

Le problème est en fait d'ajuster les tarifs de façon à ce que les usagers supportent des prix couvrant « raisonnablement » les coûts. Or fonder les négociations sur le niveau de coûts *a posteriori* de l'entreprise n'est pas une bonne solution, puisque cela conduit finalement à lui garantir un niveau de rentabilité quelle que soit la qualité de sa gestion du projet, et ne l'incite donc pas à la réduction des coûts. De plus, de telles dispositions nécessitent une analyse financière détaillée des comptes du concessionnaire, que le concédant n'est jamais en mesure d'effectuer correctement et peuvent conduire à des manipulations comptables. Ce modèle de régulation utilisant le taux de profit comme instrument de contrôle des entreprises, utilisé aux Etats Unis pour réguler les monopoles publics (*rate cap*), n'est donc pas satisfaisant.

Le « modèle britannique » consistant schématiquement à créer une instance de régulation indépendante à laquelle les usagers peuvent être associés ne permet qu'imparfaitement d'arbitrer entre les intérêts (opposés) des usagers et des actionnaires de l'entreprise. Il conduit le régulateur à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise et se heurte évidemment à un problème d'asymétrie de l'information. Par ailleurs, la difficulté de mise en place dans les PVD d'instances de régulation intervenant de façon équitable et donc acceptables par l'entreprise est évidente.

D'autres solutions de régulation sont parfois recommandées : institutionnaliser un « contre-pouvoir » des usagers ou clients, et/ou faire appel à une législation générale de la concurrence définissant et sanctionnant, entre autres, l'abus de position dominante.

Le problème de la régulation des monopoles publics reste, dans les pays développés, une question d'actualité à laquelle aucune réponse évidente et entièrement satisfaisante n'est apportée [12]. Il se pose de façon encore plus aiguë dans les PED.

Une méthode radicale consiste à remettre en concurrence de façon périodique l'ensemble de la concession et de s'en remettre au marché pour fixer les nouveaux tarifs, mais cela n'est évidemment pas toujours envisageable tous les cinq ans ! Cela suppose en outre d'avoir prévu des conditions de sortie équitables pour le concessionnaire, d'où la difficulté de définition des clauses de rachat. Celles-ci se fondent généralement sur la valeur actualisée, au moment du rachat, de l'espérance des bénéfices de la concession jusqu'à l'échéance initialement prévue. Le montant dépend donc directement d'hypothèses tarifaires sur la période résiduelle.

Finalement, la solution d'un unique gestionnaire de terminal intégré n'est peut être pas la meilleure formule dans ce cas. D'autres solutions peuvent être envisagées, afin de réintroduire la concurrence sur une partie de la prestation, comme par exemple :

- une concession de travaux pour l'infrastructure, voire un simple marché de travaux, l'autorité portuaire restant alors maître d'ouvrage ;
- un GIE regroupant les manutentionnaires pour l'outillage, qui reste mis en commun ;
- plusieurs entreprises de manutention concurrentes mais utilisant les mêmes moyens.

Port Réunion : un unique terminal à conteneurs, mais plusieurs manutentionnaires

La Réunion ne génère pas, comme la majorité des économies insulaires, un trafic suffisant pour justifier plusieurs terminaux à conteneurs. La majorité des conteneurs est donc manutentionnée sur l'unique terminal à conteneurs. Pourtant, plusieurs acteurs concurrents manutentionnent les conteneurs. Cela n'a pas empêché d'avoir recours à l'investissement ou à la gestion privée, les moyens nécessaires aux opérations ayant été regroupés, en particulier au sein de GIE auxquels participent ces manutentionnaires et d'autres partenaires (CCI) : matériel de parc (GPA), gestion du stockage à terre (TCR), et même portiques.

v) Redevance ou subvention

Le partenariat vertical consiste aussi à mettre en place des flux financiers entre le concédant et le concessionnaire, sous forme de redevance ou de subvention, ce qui constitue une autre forme de régulation, le niveau des redevances ou des subventions étant étroitement lié à la politique tarifaire. Ces mécanismes, qui relèvent de la même logique, permettent d'une part un ajustement des conditions d'acceptabilité du projet par les deux parties (partie fixe annuelle ou *upfront fee*), d'autre part un partage du risque commercial ou du bénéfice (partie variable).

La partie fixe, moyen d'ajustement :

- Pour une redevance versée par l'entreprise à l'autorité portuaire, la partie fixe permet la rémunération de l'occupation du domaine public et de la mise à disposition des ouvrages ou équipements réalisés par le secteur public. Elle permet également un partage des bénéfices lorsque le contour de la concession conduit à une situation structurellement excédentaire : la redevance rémunère alors la possibilité donnée par l'autorité concédante de réaliser un profit en exploitant le terminal (*goodwill*) ;
- A l'inverse, la partie fixe d'une subvention permet de parvenir à des conditions acceptables par l'entreprise lorsque le contour de la concession conduit à une situation structurellement déficitaire (rentabilité économique mais pas financière). C'est en quelque sorte une contrepartie aux obligations de service public conduisant à la non rentabilité de l'activité.

La partie variable, moyen de partage :

- Le versement par l'entreprise, en plus de la partie fixe, d'une redevance variable dépendant du niveau de l'activité permet un partage du bénéfice entre les parties. C'est en fait une solution alternative à une baisse tarifaire, en particulier lorsque l'autorité portuaire souhaite exploiter une rente de situation au détriment des clients et en retirer un profit.
- Symétriquement, l'introduction d'une subvention variable indexée sur le trafic, avec un éventuel effet de seuil, permet de partager le risque trafic en indemnisant l'entreprise si le trafic est inférieur à un seuil prédéfini. Cette logique, qui peut aller jusqu'à la garantie par l'autorité d'un trafic minimal, peut se justifier en contrepartie d'une forte régulation technique et tarifaire, en particulier lorsque les appréciations des parties sur le trafic potentiel divergent.

Quoi qu'il en soit, il semble souhaitable que les modalités de calcul des redevances et subventions soient fixées *a priori*, assorties de formules de révision, et qu'elles soient fondées sur le niveau de trafic plutôt que sur le niveau de rentabilité de l'entreprise.

La fixation des niveaux initiaux des parties fixes et variables des subventions ou redevances peut être imposée par l'autorité portuaire, mais elles constituent le critère financier de jugement des candidats le plus fréquemment retenu.

3.4.1.3 Golden share ou minorité de blocage

Au-delà des dispositions contractuelles incluses dans le cahier des charges, le concédant peut garder " un droit de regard " sur les décisions du concessionnaire en étant présent au capital de la société projet et s'octroyant une *golden share* ou une minorité de blocage. Cela permet en fait une forme de régulation très poussée, mais conduit dans une large mesure à remettre en cause tous les principes de partage et de gestion des risques exposés dans le présent rapport en introduisant une " interférence légale " du concédant dans la gestion de la société concessionnaire.

Il faut noter que dans plus du tiers des terminaux portuaires privatisés dans le monde, l'autorité portuaire ou la collectivité publique qui la possède détient une participation dans la société qui gère le terminal. A Hambourg, la part du port (Land de Hambourg) est même majoritaire.

En dépit de l'évident conflit d'intérêt actionnaire / concédant qui en résulte, cette formule peut permettre de régler le problème des statuts des différents types de personnel intervenant sur le port (cf. QPO au Port Autonome de Dunkerque). Elle peut également apporter des avantages en termes de montage financier ou de fiscalité.

3.4.2 Typologie des terminaux portuaires

Au-delà de la distinction classique entre situation de monopole ou de concurrence, on propose ci-après une analyse des différentes configurations que l'on peut rencontrer dans le domaine portuaire et des implications qui en découlent en matière de besoin de régulation de l'activité de l'opérateur. Plusieurs distinctions s'imposent, selon qu'il s'agit d'un trafic national ou de transit, que l'opérateur agit pour son propre compte ou pour compte d'autrui, et enfin en fonction du degré de concurrence. Quatre cas de figure ont été identifiés :

S'agissant du trafic national

1. Cas d'un opérateur pour compte propre - On trouve souvent cette configuration lorsqu'il s'agit d'un terminal traitant des vrac industriels (terminal minéralier ou pétrolier...), mais aussi des marchandises diverses (bois, fruits,...). C'est également le cas, comme au port d'Algésiras en Espagne, des terminaux dédiés à un armateur de ligne régulière (conteneur ou RORO). C'est alors souvent le chargeur (ou un groupement de plusieurs chargeurs) ou l'armateur qui prend le terminal en gestion.

Dans ce cas, l'activité ne relève pas nécessairement d'un service public, et ne nécessite donc pas toujours de régulation de la part de l'autorité portuaire. Des normes en matière d'entretien des ouvrages peuvent toutefois être imposées (conservation des biens remis).

L'acte administratif formalisant la relation contractuelle entre l'autorité portuaire et l'entreprise doit alors simplement autoriser l'exercice de l'activité et l'occupation du domaine. Une redevance fixe rémunère l'occupation du domaine public et l'éventuelle mise à disposition d'infrastructures ou d'équipements par le secteur public. A noter que les droits de port facturés directement aux usagers (armateurs et chargeurs) par l'autorité portuaire rémunèrent déjà l'utilisation des infrastructures " générales " .

L'entreprise prend tous les risques et en supporte les conséquences, et il n'y a pas lieu de prévoir de redevance variable.

L'autorité portuaire dispose dans ce cas d'un pouvoir discrétionnaire pour l'attribution de l'autorisation d'occupation du domaine public : choix du candidat, durée de l'autorisation, montant de la redevance.

Le terminal minéralier d'Owendo au Gabon

Le port minéralier d'Owendo a été construit en 1987 pour permettre les exportations de minerai de manganèse de la province de Moanda. Plusieurs conventions ont été signées à l'époque : une convention pour la construction du port et une convention d'occupation du domaine public et d'installation et d'exploitation d'un outillage privé. Sans entrer dans les détails du montage réalisé, l'appréciation conjointe de ces conventions permet d'assimiler la situation à celle d'une concession accordée à la Comilog, société qui exploite la ressource. Une redéfinition de la répartition des attributions avec l'OPRAG, autorité portuaire, devrait conduire à transférer à l'entreprise la responsabilité de l'entretien des ouvrages et du dragage le long de l'appontement, en contrepartie d'un allègement de la redevance, affectant ainsi à l'entreprise l'ensemble de la maintenance et de la gestion du terminal qu'elle utilise.

2. Cas d'un opérateur pour compte d'autrui en situation de concurrence :

Dans ce cas, il est souhaitable que le risque de trafic soit pris intégralement par le concessionnaire. Cette situation implique en contrepartie que ce dernier soit en mesure de " gérer " ce risque en maîtrisant les paramètres de son positionnement concurrentiel. Cela suppose une grande liberté du concessionnaire en termes d'investissement, de niveau de service de même qu'en matière tarifaire, mais une forme « légère » de régulation peut rester nécessaire :

- obligations de service public : continuité, égalité de traitement, publication des tarifs ;
- régulation technique : pour imposer la conservation des éventuels biens publics et éventuellement une capacité minimale si le marché risque de conduire à une sous-capacité globale préjudiciable à l'usager ;

En revanche, la fixation des tarifs peut rester libre puisque le marché est régulé par la concurrence. Le montant de la redevance (ou de la subvention) sera alors proposé par les candidats dans leurs offres, le projet étant attribué à celui proposant la redevance la plus élevée ou la subvention la plus faible.

Les terminaux à conteneurs du range Nord européen

La situation existant en Europe du Nord est un exemple typique de concurrence réelle entre différents terminaux au sein des ports, et entre les différents ports situés sur la rangée Le Havre-Hambourg. L'importance du trafic, l'ouverture des frontières et la qualité des dessertes terrestres justifie l'existence de nombreux terminaux à conteneur et offre aux chargeurs et armateurs des choix réels entre les opérateurs. Cette situation permet la coexistence de terminaux publics et de terminaux dédiés à des armateurs. La situation est malheureusement souvent très différente en Afrique, en particulier sur la COA.

3. Cas d'un opérateur pour compte d'autrui en situation de monopole :

Cette situation est assez fréquente dans les pays en voie de développement, en Afrique en particulier, ou dans les pays insulaires. L'existence d'un monopole naturel sur une activité de gestionnaire de terminal portuaire confère alors, de façon indiscutable, une dimension de service public à l'activité et nécessite l'intervention d'une régulation « forte ».

La régulation technique peut alors porter sur tous les aspects exposés au chapitre précédent. Une régulation économique est également nécessaire. Elle peut consister soit à fixer les tarifs et à attribuer la concession au candidat proposant la redevance la plus élevée (resp. subvention la plus faible) soit à fixer le montant de la redevance (resp. subvention) et à attribuer la concession au candidat proposant le tarif moyen pondéré le plus bas. Dans les deux cas, des clauses d'indexation et de révision sont nécessaires.

En outre, le risque trafic et le bénéfice peuvent être partagés dans une proportion variable en fonction de l'appréciation des parties, les modalités de partage pouvant porter sur les points suivants :

- **Garantie de non concurrence** ou clauses prévoyant une modification du système de régulation en cas de disparition du monopole, voire une indemnisation du concessionnaire ;
- **Garantie de trafic par le concédant**, limitation ou partage du risque trafic si le trafic attendu par le concédant est jugé incertain par le concessionnaire. Cela permet alors de limiter le montant de la part fixe de la redevance, en introduisant une part variable (réduction) sous un certain seuil de trafic afin de couvrir partiellement ou en totalité le manque à gagner pour l'entreprise ;
- **Partage des bénéfices** au-delà d'un certain seuil de trafic (solution alternative à une baisse de tarif) ;

ECT, opérateur du terminal à conteneurs du port de Klaipéda

Le port de Klaipéda en Lituanie s'est doté d'un nouveau terminal à conteneurs dans le double objectif de desservir le pays et de traiter un important trafic de transit (concurrentiel) entre les pays européens d'une part et les pays baltes et la Russie d'autre part. Le terminal a été financé par des fonds d'aide publique au développement (BEI), mais une concession d'exploitation a été accordée à l'opérateur hollandais ECT, en association avec des partenaires locaux.

4. S'agissant du trafic de transit ou de transbordement

L'activité de transit concerne le trafic dont la provenance ou la destination terrestre est située dans un autre pays que celui du port. L'activité de transbordement est une prestation de service rendue aux armateurs et consistant à décharger des marchandises d'un navire dans le but de les recharger ultérieurement sur un autre navire. Ces deux activités ont un impact positif sur l'économie du pays, car elles génèrent de la valeur ajoutée, de l'emploi et donc de la richesse nationale.

Lorsque le client n'est pas un agent économique du pays, l'autorité publique n'a pas, sauf convention particulière, à le protéger contre les risques d'abus de position dominante.

C'est en fait le pays qui peut bénéficier d'une rente de situation plus ou moins forte et plus ou moins durable en fonction de l'existence même de chaînes de transport alternatives (transit), de la capacité des ports de la zone à concurrencer l'activité (transbordement), ou du degré de concurrence internationale. L'autorité cherchera alors à tirer un maximum de bénéfices de cette situation favorable, qui s'apparente à une ressource naturelle. L'autorité portuaire confie, dans ce cas, la gestion de cette « ressource naturelle » à un délégataire dans l'objectif d'en maximiser les retombées pour le pays.

Dès lors, une régulation de l'activité ne s'impose pas, hormis une autorisation et une éventuelle obligation de conservation des biens existants. Il n'y a pas lieu de subventionner l'activité, ni de partager les risques commerciaux qui seront pris intégralement par l'entreprise. L'autorité cherchera en revanche à maximiser son profit et accordera la concession au plus offrant, c'est à dire à celui proposant le partage des bénéfices le plus intéressant (redevance fixe et variable).

PAID : transit et transbordement

L'indépendance de l'Erythrée a privé l'Ethiopie de sa façade maritime (ports d'Assab et de Massawa), en faisant un pays enclavé. Les récents conflits entre les deux pays rendent l'Ethiopie largement dépendante du port de Djibouti pour ses échanges maritimes. Le manque de ressources budgétaires conduit les autorités djiboutiennes à avoir recours au financement privé pour réaliser les aménagements nécessaires (terminal céréalier en particulier). Ce projet, qui relève d'une rente de situation, devra permettre une juste rémunération des investisseurs. Il apportera des recettes nouvelles pour le Port Autonome International de Djibouti et une activité économique pour le pays.

Le PAID bénéficie par ailleurs, depuis longtemps, d'une situation stratégique pour l'activité de transbordement de conteneurs, qui lui a apporté une part significative de son trafic et de ses ressources. Le terminal à conteneurs du PAID reste géré par l'autorité portuaire.

Des situations mixtes

Dans les faits, les situations réelles sont souvent un mélange des cas de figure exposés ci-dessus, ce qui complique la définition des modalités à retenir. Elles doivent conduire à une logique mixte avec des systèmes de contreparties, l'exploitation d'une rente de situation ou d'une activité fortement rentable pouvant permettre de financer un service public structurellement déficitaire.

Djibouti Pêche : service public et activité semi-industrielle

La République de Djibouti s'est dotée d'un port de pêche dans l'objectif de favoriser le développement de la pêche artisanale et d'apporter ainsi au pays de nouvelles sources de protéines animales pour l'alimentation humaine. Financé par des fonds d'aide publique au développement (prêt concessionnel de la Banque Africaine de Développement), ce projet, qui présente une rentabilité économique pour le pays, ne peut être rentable financièrement grâce à cette seule activité artisanale. Or les ressources halieutiques de la zone et certains avantages accordés au pays (Lomé 4) permettent d'envisager le développement d'une activité de pêche semi-industrielle orientée vers l'exportation. Le projet a, par ailleurs, conduit à réaliser des espaces en remblai, dont la localisation privilégiée permettra d'y développer des activités diverses. La mise en concession de l'ensemble devrait permettre à un concessionnaire de rentabiliser l'opération tout en remplissant ses obligations de service public sur la pêche artisanale.

3.4.3 Les autres garanties du concédant

L'existence d'un partenariat horizontal entre les différents intervenants de la communauté portuaire d'une part, de la chaîne de transport d'autre part, a été mis en avant au point 2.2.2. L'entreprise sera naturellement conduite à rechercher soit une intégration dans son activité propre des missions nécessaires à son client, soit des garanties contractuelles sur le niveau de service de ces missions.

Il est logique que l'autorité portuaire accorde à l'entreprise des garanties sur des standards de performance pour des prestations rendues sur le port (profondeur des accès, balisage, horaires d'ouverture, services au navire...), qu'elle les réalise directement ou qu'elles les délègue dans le cadre d'un partenariat vertical avec d'autres opérateurs. Ces engagements, souvent regroupés dans un article intitulé « obligations du concédant », peuvent prévoir des contreparties financières en cas de manquement à ces obligations.

Le risque commercial qui en découle est alors théoriquement transformé en risque de crédit sur l'autorité portuaire. De façon plus pragmatique, l'analyse du fonctionnement de l'ensemble de la communauté portuaire et de sa réputation reste un élément à prendre en compte par l'entreprise lorsqu'elle s'engage sur le projet. Quelles que soient les clauses prévues par son contrat, elle subira forcément les conséquences des dysfonctionnements du port.

De même, s'il peut être utile de prévoir des garanties sur les modes de transport terrestre (non restriction de pavillon maritime ou routier, construction d'infrastructures nouvelles, privatisation de tel opérateur, tarif maximal ou capacité minimale d'une ligne de chemin de fer...), la qualité de la desserte terrestre du port fait partie de l'environnement du projet qu'il convient d'analyser et souvent d'inclure dans l'analyse du positionnement commercial du port.

Le port de Maputo au Mozambique

Partenariat au sein du port : l'autorité portuaire publique a concédé le terminal de Matola à un opérateur privé dans le but de développer un trafic de transit d'exportation de charbon en provenance d'Afrique du Sud. Le tirant d'eau admissible des navires étant un élément stratégique important pour l'opérateur, le contrat prévoyait la garantie par l'autorité portuaire d'une profondeur minimale dans le chenal d'accès. Le non respect de cet engagement a été invoqué par le concessionnaire pour se dispenser de verser la redevance prévue.

Partenariat au sein de la chaîne de transport : anciennement gérés par un organisme public, le port et les chemins de fer qui le desservent sont en cours de privatisation. L'analyse financière a montré que les tarifs pratiqués conduisaient à une forte rentabilité du port et à un déficit important du chemin de fer. La privatisation séparée nécessite des ajustements, pour permettre l'équilibre des deux concessions sans remettre en cause le coût global de la chaîne de transport pour les clients, fondement des études de marché. Une solution envisagée consiste à créer une instance commune de régulation des tarifs des concessions portuaire et ferroviaires.

3.4.4 Gestion du risque commercial par l'entreprise

Une fois définis et acceptés les principes de régulation et de garantie tels qu'ils ont été mentionnés ci-avant, l'entreprise se trouve finalement face à ses clients. Même en situation de monopole, la qualité et le prix des services qu'elle leur rend ont alors un impact direct sur la demande portuaire, ce qui est hautement souhaitable. L'entreprise développera donc des actions marketing ou commerciales.

Lorsque les clients de la concession sont en nombre limité, ou que certains d'entre-eux représentent une part importante de l'activité, le concessionnaire peut se protéger du risque trafic au moyen d'un contrat de type " take or pay ", c'est à dire d'un contrat long terme par lequel l'acheteur s'engage sur un niveau de trafic minimum pour lequel il paiera une somme déterminée, que le service soit ou non utilisé.

Ces clients principaux, armateurs de ligne régulière ou gros chargeurs, seront alors souvent eux-mêmes sponsors du projet, selon une logique similaire à celle qui a été mise en avant pour les constructeurs ou exploitants : c'est alors l'actionnaire client qui prend en charge une partie du " risque client " ...

Cette approche présente toutefois certaines limites qui ont déjà été évoquées : le risque de discrimination vis à vis des clients non actionnaires. Dans pareil cas, la signature de contrats " take or pay " entre un opérateur de terminal indépendant et les clients est une solution satisfaisante.

Richard's Bay Coal Terminal : un terminal entièrement privé

L'Afrique du Sud est l'un des tout premiers exportateurs mondiaux de charbon. Les sept principales sociétés exploitant les ressources minières du pays ont financé, construit, et exploitent un gigantesque terminal charbonnier, avec des accès ferroviaires exceptionnels, afin de servir leurs exportations. Ce terminal, qui n'a pas d'obligation de service public, sert en priorité le trafic de ses actionnaires et met les petits producteurs en situation de dépendance, les conduisant soit à vendre leur production aux gros exploitants, soit à rechercher d'autres ports de sortie (Durban, Maputo) moins compétitifs et plus chers.

3.4.5 Conclusion

Les principes de partage du risque commercial entre concédant et concessionnaire sont complexes. Ils dépendent principalement du niveau de régulation imposé au second par le premier et ne peuvent résulter que d'une analyse fine au cas par cas.

Il semble en règle générale souhaitable de laisser le risque commercial au concessionnaire, le positionnement de sa prestation par rapport à la concurrence d'une part, à l'attente du marché d'autre part, étant un élément essentiel de la gestion d'une entreprise et constituant une incitation à la réduction des coûts. Lorsqu'une régulation s'impose, les contraintes seront définies à l'avance et formalisées dans le cahier des charges afin que le cadre dans lequel l'entreprise agit librement -mais à ses risques et périls- apparaisse clairement.

Dans le cas d'un service public en monopole, le niveau de régulation nécessaire conduit toutefois à mettre en place des règles strictes qui limitent la liberté d'action de l'entreprise dans son positionnement commercial et donc sa capacité à gérer ce risque. Il peut alors être nécessaire que le risque commercial soit limité ou partagé avec l'autorité concédante, et il est souhaitable de prévoir des clauses de révision périodique des conditions de la concession afin de les adapter à l'évolution du contexte, selon des modalités à préciser.

Par ailleurs, par les services qu'elle fournit ou qu'elle maîtrise, l'autorité portuaire influe sur la compétitivité du port. Elle est à cet égard pour l'entreprise un partenaire comme un autre,

ce qui justifie qu'elle s'engage sur le niveau de ses prestations comme le ferait une entreprise.

3.5 RISQUES CONTRACTUELS

Les partenariats entre l'autorité portuaire et le concessionnaire d'une part, entre le concessionnaire et ses fournisseurs, prêteurs, clients ou sous-traitants d'autre part, sont formalisés par des contrats de natures diverses. L'objectif n'est pas, dans cette dernière partie, de revenir de façon détaillée sur le contenu de ces contrats, mais de mettre en avant les principaux risques résultant de cette approche contractuelle.

3.5.1 Gestion du contrat

Au-delà des clauses mettant en place les modalités du partenariat, le contrat passé entre l'autorité portuaire et l'entreprise doit également définir les principes régissant sa gestion, qui sont également une source de risque pour les parties. Les principaux aspects concernent :

- **les clauses de révision** : l'accent a été mis à plusieurs reprises sur l'impossibilité de prévoir dès l'origine du projet l'ensemble des dispositions qui s'appliqueront ensuite pendant plusieurs dizaines d'années. Dès lors, des révisions du contrat sont nécessaires pour ajuster ses conditions aux évolutions. Les conditions et modalités de ces révisions doivent être définies : révision périodique avec une période prédéfinie, révision prévue à des dates clés du projet, révisions soumises au franchissement d'un seuil de trafic, révision à la demande de l'une ou l'autre des parties...
- **les clauses de fin ou de renouvellement du contrat** : la durée initialement prévue pour le contrat est évidemment un élément majeur du risque de l'entreprise. Les possibilités de renouvellement ou de prolongation éventuelle doivent être définies, de même que les modalités de reprise ou de rachat des différents actifs du projet à l'expiration du contrat.
- **les clauses de résiliation anticipée** : elles définissent les causes de déchéance ou de résiliation anticipée à la demande de l'une ou l'autre des parties ainsi que les modalités applicables en matière de pénalités ou d'indemnisation. Elles doivent également être cohérentes avec les conventions de prêt lorsque celles-ci prévoient un droit de substitution des prêteurs en cas de défaillance de l'entreprise.
- **les modalités de règlement des litiges** : ce point a été abordé dans le chapitre sur la gestion du risque politique. Les modalités portent sur l'organisation de règlements amiables, l'éventuelle intervention d'experts indépendants préalablement acceptés par les parties, et bien entendu sur les clauses d'arbitrage (lieu, loi, arbitre, frais...)

3.5.2 Risque d'indexation

La mise en place de formules d'indexation a été citée à plusieurs reprises : évolution des tarifs, contrats long terme avec les clients ou fournisseurs, contrat d'exploitation... Cette méthode, qui peut permettre à l'entreprise de couvrir ou de réduire certains risques, en particulier le risque d'inflation, présente elle-même d'autres risques :

- risque de déviation de la formule d'indexation par rapport à la réalité au-delà d'une certaine période ;
- risque de divergence entre les conditions d'indexation des différents contrats (approvisionnement, exploitation, vente).