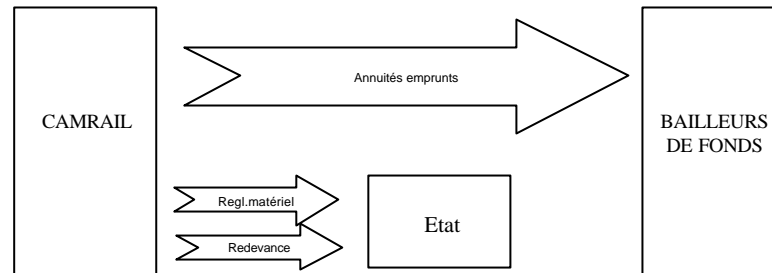


### (3) Principes directeurs Equation économique

#### ■ Pour CAMRAIL



21

## II. Etude de cas : mise en concession du chemin de fer d'Ifrikya

(cf. annexe 2b, disponible auprès du pôle transport de l'Isted)

Les participants au séminaire se sont penchés sur l'analyse du cas de « la mise en concession du chemin de fer d'Ifrikya » rédigé par la Banque mondiale.

L'essentiel des travaux ont porté sur la lecture critique et l'analyse du projet de convention type.

### Titre premier (page 20 de l'annexe 2b) : Généralités

#### **Sur le vocabulaire employé**

Contrairement au projet présenté, il est souhaitable que la convention comporte dans un préambule, une définition précise des termes employés comme les notions de « domaine public », de « biens de retour et de biens de reprise », « d'infrastructure ferroviaire », « d'amortissement de caducité »...

#### **Sur « l'esprit de la convention »**

On peut noter que la convention est qualifiée de « convention de concession » et qu'elle utilise des notions et des termes (comme les biens de reprise et de retour..) qui sont propres au régime juridique des concessions « à la française ». Néanmoins, la convention comporte des dérogations radicales et se déconnecte explicitement du droit français dans la mesure où elle précise que :

«L'exploitation de l'activité ferroviaire est réputée activité commerciale et... est soumise aux dispositions du code de commerce ... Le concessionnaire exerce son activité sur une base commerciale...» (Article 1-3). En droit français, une concession assurerait à titre principal des services d'intérêt général (ou de service public) et serait soumise au droit administratif.

«L'exploitation de l'activité ferroviaire s'effectue aux frais et aux risques et périls du Concessionnaire. Le concessionnaire ne peut en aucun cas prétendre à indemnisation de la part de l'Etat dans le cas où les conditions économiques qu'il rencontre, sont différentes de celles sur lesquelles il a établi ses prévisions d'activité. » (Article 1-3) En droit français, le concessionnaire pourrait demander sur la base de la théorie jurisprudentielle de «l'imprévision», une modification de son contrat et une indemnisation afin d'être en mesure d'assurer la continuité du service....

« L'Etat exerce sur l'activité du concessionnaire un contrôle technique dans les conditions de droit commun appliqué aux entreprises du secteur des transports » (Article 1-6). En droit français, dans le cadre d'une concession, l'Etat disposerait de prérogatives de puissance publique, lui permettant, par exemple, de se substituer au concessionnaire...

Pour marquer le caractère commercial de l'activité exercée par le concessionnaire, la convention traite, en outre, prioritairement au titre 2, les services ferroviaires commerciaux de fret et de voyageurs et renvoie au titre 3, la détermination du mode d'exercice des services relevant d'obligation de service public.

On doit par suite considérer la convention type comme une convention « sui generis » dite « de concession » mais s'écartant du régime juridique français des concessions.

### **Sur la cession du contrat (Article 1-4)**

La convention stipule que la cession du contrat est interdite et que, seule, la sous-traitance est autorisée.

Cette clause a pour objet de marquer le caractère « intuitu personae » du contrat.

Dans la pratique, il convient de recommander une rédaction différente car la disposition ne vise et n'interdit que les cessions de contrat ; elle autorise par suite, la cession des titres de la société attributaire du contrat.

Afin de garantir le caractère personnel du contrat, liant l'autorité concédante, non seulement à la société concessionnaire, mais aussi aux actionnaires de la société concessionnaire (et en particulier à « l'actionnaire de référence » de la société concessionnaire), il est souhaitable de soumettre à un agrément préalable de l'autorité concédante, la cession de tout ou partie des actions de la société concessionnaire, si cette cession entraîne une perte de contrôle par les actionnaires en place.

## **Titre deux (page 22 de l'annexe 2b) : Services ferroviaires commerciaux**

### ***Sur la nature des services assurés (Articles 2-1 2-3)***

La convention affirme le caractère commercial des services de base assurés par le concessionnaire.

En contrepartie des « risques et périls » (cf. article 1-3) supportés par le Concessionnaire, la convention reconnaît à l'exploitant la possibilité de définir librement les services qu'il assure et les prix qu'il pratique.

### ***Sur la politique tarifaire (Article 2.4)***

La convention autorise le concessionnaire à pratiquer des tarifs différents entre ses clients.

Il convient de noter, que cette liberté est importante à garantir mais, qu'à défaut de l'existence de dispositions de droit commun régissant le droit de la concurrence, il est souhaitable d'introduire dans la convention une interdiction de toute pratique discriminatoire. La convention n'accorde, dans ce cadre, de protection aux tiers que dans le cadre des dispositions de l'article 4-3 et suivants, ouvrant la possibilité au tiers discriminé de devenir exploitant ferroviaire.

### ***Sur le prix de revient des prestations ferroviaires et les tarifs (Article 2-8)***

Les concessions mises en place en Afrique constituant, après l'échec des contrats plan, l'un des derniers moyens de procéder au sauvetage des chemins de fer nationaux, la convention souligne l'importance de la rentabilité et de la viabilité économique des services. Elle interdit les pratiques durables de dumping.

## **Titre trois (page 25 de l'annexe 2b) : Obligations de service public**

### ***Sur les services répondant à des obligations de service public (Article 3-1) :***

La convention prévoit l'exploitation de services ferroviaires, à titre d'obligation de service public.

Elle recommande l'établissement, à cet effet, de conventions spécifiques entre l'Etat et l'opérateur (dont elle précise le contenu), et prévoit le versement de contributions de « compensation ».

Il convient de noter que les modalités de détermination de la contribution pour obligation de service public reste vague : La convention parle de couverture de « la totalité des charges imputables au service » mais elle ne précise pas s'il convient de travailler en coût complet ou coût marginal. Elle prévoit en outre une couverture « raisonnable » des frais de structure, terme qui reste très subjectif et imprécis.

Il est souhaitable à ce titre, qu'une annexe recommande la tenue d'une comptabilité analytique et séparée des activités de service public.

Les dirigeants de Camrail font remarquer que l'exploitation des services de transport de voyageurs, à caractère d'obligation de service public se fait en règle générale en

substitution de services de transport de fret rentables et que l'exploitant peut de façon fondée réclamer compensation de l'ensemble du manque à gagner et non seulement une couverture des coûts d'exploitation qu'il supporte.

Camrail note en outre que bien que la convention prévoit que « *le concessionnaire cesse d'assurer le service en cas de défaut de versement de la contribution pour obligation de service public...* », ce droit reste théorique dans la mesure où l'interruption d'un service de voyageur conventionné peut poser de graves problèmes de nature politique.

### ***Sur les obligations spécifiques imposées par l'Etat (Article 3-3)***

La convention protège le concessionnaire contre toute décision de l'Etat imposée spécifiquement au secteur ferroviaire, qui entraînerait des contraintes particulières engendrant une diminution du résultat du Concessionnaire.

Cette disposition protège l'exploitant des « faits du prince » mais elle n'interdit pas à l'Etat d'exercer souverainement son pouvoir en matière de prélèvement fiscal par exemple, dans la mesure où les décisions prises sont applicables à l'ensemble des opérateurs économiques

#### **Titre quatre (page 27 de l'annexe 2b) : Utilisation du réseau par des tiers**

### ***Sur l'ouverture du réseau à des tiers opérateur (Articles 4-1 à 4-6)***

La convention prévoit et autorise l'utilisation du réseau concédé par des tiers opérateurs. Cette utilisation peut être effectuée non seulement sur l'initiative du concessionnaire mais aussi à la demande de l'Etat.

Néanmoins, l'ouverture du réseau à des tiers, effectuée à la demande de l'Etat ne peut être imposée au concessionnaire que, dans des cas restrictivement définis, qui tiennent à une violation par le concessionnaire des règles de la concurrence (pratique discriminatoire, abus de position dominante) ou incapacité d'assurer les services.

En outre, afin d'éviter que cette ouverture du réseau à des tiers ne déstabilise économiquement le concessionnaire, le tiers ne peut faire concurrence au concessionnaire et ne peut assurer que l'acheminement ferroviaire de ses propres trafics.

Il convient de noter que ces dispositions ne peuvent être raisonnablement mises en œuvre qu'à la demande de gros chargeurs, comme des opérateurs miniers, par exemple.

### ***Modalité d'intervention du tiers exploitant ferroviaire (Article 4-5) :***

La convention prévoit un arbitrage de l'Etat au cas où les modalités d'intervention du tiers, imposé par l'Etat ne peuvent être définies par accord des parties.

La convention ne traite, en revanche pas des conditions pratiques de mise en œuvre des accords, en terme de gestion de circulation, de droits de passage, de d'octroi des priorités....

#### **Titre cinq (page 30 de l'annexe 2b) : Gestion du domaine**

Le titre cinq de la convention de concession traite de la gestion du domaine public ferroviaire.

Il convient de noter que la notion du domaine public ferroviaire obéit en droit français à un régime juridique particulier, dérogeant du droit commun. En effet, en France, un bien relevant du domaine public est incessible, imprescriptible et inaliénable. Une entreprise publique peut en outre disposer à la fois de biens du domaine public et de biens relevant de son domaine privé, comme des terrains, des bâtiments, ou des immeubles qu'elle aurait par exemple, acquis.

Il est plus souhaitable afin d'éviter toute confusion de ne pas faire allusion dans la convention, à la notion de domaine public et de lui préférer la notion de domaine ferroviaire.

Il convient de noter qu'il est essentiel lors de la reprise d'un chemin de fer de réaliser un inventaire complet de l'ensemble du patrimoine immobilier (qui dépasse d'ailleurs le domaine ferroviaire) et de procéder à une répartition préalable claire du patrimoine de l'ancienne compagnie ferroviaire.

En Côte d'Ivoire, la société patrimoniale (SIPF) et l'exploitant (SITARAIL) se sont longtemps opposés pour déterminer la liste précise des biens immobiliers relevant de la concession (si les logements d'astreinte relevaient du périmètre de la concession, la plupart des autres logements ont été exclus du périmètre...).

Au Cameroun, la régie Fercam avait effectué, avant la mise en concession, un inventaire du domaine public et privé ferroviaire mais cet inventaire n'a pas été annexé à la convention. Camrail a réalisé en trois mois, un état contradictoire de l'inventaire comprenant une fiche descriptive de l'état de chaque bien avec photo à l'appui.

La solution peut être de soumettre au soumissionnaire une liste de l'ensemble des biens « concédables » au cours de la « Data room », et de lui demander de faire son choix.

La convention ne prend pas en compte, à tort, la dimension environnementale des activités ferroviaires ; dans le cas de Camrail, des pressions très fortes des environnementalistes se sont exercées au moment de l'établissement et de la signature des accords de crédit. Il est préférable de tenir compte des contraintes existant en matière d'environnement, dans le cadre de la convention elle-même.

### ***Sur la protection du domaine ferroviaire (Article 5-11)***

La protection du domaine ferroviaire contre les occupations sauvages est essentielle en Afrique, d'autant plus que socialement et politiquement, les déplacements ou « déguerpissages » des populations occupant le domaine public sont coûteuses et difficiles.

Au Cameroun, pour les occupations anarchiques, ne représentant pas un obstacle à l'exploitation, des mesures de sécurité ont été mises en place à savoir : vitesse autorisée limitée, klaxon permanent, gyrophare, feu permanent. Des clôtures ont été installées, en particulier pour protéger les ateliers, mais elles sont peu dissuasives et Camrail envisage de les électrifier afin de prévenir les vols.

Camrail a essayé de lutter contre le piétinement des voies, afin de prévenir le déballastage des plate-formes et les problèmes d'écoulement des eaux d'assainissement. Dans ce but à la demande des bailleurs de fonds, Camrail a tenté d'instaurer un reculement de 35 mètres de sécurité de part et d'autre des voies. Mais cette mesure n'est pas appliquée et n'est pas applicable dans les agglomérations.

Une cellule d'hygiène et de sécurité a été créée au Cameroun pour sensibiliser les populations par l'intermédiaire des assemblées de chefs de quartier, et des tracts.

Pour les bailleurs, le concessionnaire doit être une entreprise citoyenne, au sens large. Le non-respect des obligations imposées peut entraîner des suspensions de décaissements.

## ***Statut de la police ferroviaire***

La police ferroviaire peut être assurée :

- Soit par des agents assermentés, intégrés au sein des effectifs de l'entreprise ferroviaire,
- Soit par des agents détachés de la police nationale, mis à la disposition de l'exploitant.

Au Cameroun, c'est la seconde solution qui a été retenue ; les agents détachés sont payés par l'Etat mais ils bénéficient d'avantages particuliers (prime, logement, véhicule...) assurés par l'exploitant. La société Camrail emploie ainsi 386 policiers détachés (elle estime que 150 agents suffiraient) qui représentent, selon elle, un coût important.

Camrail préférerait ne pas disposer de cette police spéciale en détachement, sur laquelle elle n'a aucune maîtrise.

### **Titre six (page 34 de l'annexe 2b) : Infrastructures ferroviaires**

#### ***Sur les standards de maintenance (Article 6-2)***

La convention reconnaît au concessionnaire le droit d'organiser selon son choix et selon les standards et critères qu'il définit la maintenance des infrastructures.

L'objectif de la convention est d'éviter un interventionnisme lourd et mal fondé de l'autorité concédante.

L'Etat ne peut intervenir qu'au cas où « les dispositions arrêtées par le Concessionnaire » seraient de manière flagrante en contradiction avec les règlements généraux de sécurité ferroviaire.

#### ***Sur l'indemnisation du concessionnaire au terme de la convention (Article 6-7)***

Afin d'éviter que le concessionnaire ne mette un terme à toute opération d'investissement, au cours des années précédant la fin de la concession, la convention reconnaît un droit à indemnité pour les investissements agréés par l'autorité concédante et non amortis.

La convention fixe le montant de l'indemnité à la partie non amortie des biens figurant au bilan.

Le principe de l'indemnisation des travaux agréés est essentiel à la dynamique de la convention mais il est souhaitable de fixer de façon plus précise les modalités d'indemnisation en intégrant les notions de valeur vénale et en fixant les modalités d'amortissement à utiliser par nature de bien.

Il convient, en outre, au cas où l'entreprise exécuterait elle-même tout ou partie des travaux (travaux faits par l'entreprise pour elle-même) que leurs méthodes de valorisation de ces travaux soient pré établis.

### **Titre sept (page 38 de l'annexe 2b) : Matériels ferroviaires**

La convention prévoit le transfert à l'exploitant de la propriété des matériels ferroviaires. Ce montage n'avait pas été retenu au moment de la convention Sitarail, où la propriété des matériels ferroviaires est conservée par les sociétés de patrimoine (SIPF et Sopafer).

Le concessionnaire est libre d'aliéner les matériels ferroviaires qu'il a acquis, sauf au cours des dernières années précédant l'échéance du contrat (entre 5 et 1 an avant l'échéance), afin de permettre à l'autorité concédante d'assurer la continuité des services. En outre, l'Etat dispose toujours d'un droit de préemption.

### **Titre huit (page 39 de l'annexe 2b) : Personnels**

Les conventions de concession ferroviaires mises en place en Afrique prévoient des solutions alternatives pour la reprise du personnel :

- Soit un transfert du personnel avec droits et avantages acquis (solution retenue dans le cas de Camrail)
- Soit un licenciement de l'ensemble des agents précédemment employés par la compagnie ferroviaire publique, suivi de leur embauche par le nouvel exploitant (solution retenue dans le cas de Sitarail).

Les conventions fixent en général un niveau minimum d'effectif, correspondant aux engagements souscrits par le concessionnaire au moment de la soumission de son offre.

En cas de ré-embauche, elles laissent, en général, le concessionnaire libre du choix des agents qu'il souhaite recruter.

### **Titre neuf (page 40 de l'annexe 2b) : Redevance de concession**

Les conventions retiennent en général une formulation des redevances de concession avec deux termes :

- Un terme fixe, indépendante du niveau d'activités ferroviaires
- Un terme variable, égal à un pourcentage du chiffre d'affaire.

### **Titre onze (page 44 de l'annexe 2b) : Durée et fin de convention**

#### ***Résiliation anticipée (Article 11-2 et suivants)***

La convention prévoit des cas de résiliation anticipée de la convention :

- Soit par résiliation automatique : en cas de dissolution, liquidation, ou faillite
- Soit, par résiliation sur l'initiative de l'Etat : en cas de manquement grave

On peut noter que la convention ne prévoit pas de résiliation, ni de sanction en cas de non mise en œuvre du programme d'investissement prévu.

Il convient de remarquer que certaines conventions prévoient aussi des possibilités de dénonciation sur l'initiative du concessionnaire en cas d'ingérence grave et manifeste de l'Etat.

#### ***Droit de substitution des prêteurs (Article 11-6 et suivants)***

La convention confère aux prêteurs un droit de substitution c'est à dire qu'elle les autorise à désigner un nouvel exploitant en cas de défaillance du concessionnaire en place.

Ce droit a donné lieu à un large débat ; les représentants de Camrail et du Transgabonais trouvant de telles dispositions excessives.

Il convient de noter que la convention signée entre l'autorité concédante et le concessionnaire se contente de faire état d'un droit qui, généralement, « figure expressément dans les contrats de prêt », signés entre les concessionnaires et les prêteurs.

Dans les faits, il semble que le droit de substitution constitue une menace dissuasive, qu'il serait juridiquement possible mais serait pratiquement difficile à mettre en œuvre.

#### **Titre quatorze (page 51 de l'annexe 2b) : Entrée en vigueur**

##### ***Entrée en vigueur (Article 14-1)***

La convention prévoit une entrée en vigueur 100 jours après son approbation par Décret en Conseil des Ministres.

L'entrée en vigueur doit en outre être soumise à la levée d'un certain nombre de conditions suspensives :

- L'Etat doit s'assurer que l'actionnaire de référence détient 51% des actions pendant une période minimum de x ans à compter de la date de signature de la convention.
- Le concessionnaire doit souscrire une police d'assurance.
- Le concessionnaire doit conclure un accord de rachat du matériel roulant..

Il convient en outre de se demander s'il n'y a pas lieu de faire coïncider le démarrage de la concession et la mobilisation des crédits (voir débat du jour précédent)