

VI. Choix concernant le mode de financement et en particulier l'actionnariat de la société concessionnaire

1.) Finalement, le choix qui a le plus d'influence sur le schéma juridique est le choix concernant l'actionnariat de la société concessionnaire. Nous avons envisagé :

- *soit une SEM concessionnaire dont la majorité serait détenue par les entités publiques et semi-publiques ;*
- *soit une Société Anonyme concessionnaire à majorité privée.*

2.) Il résulte cependant de l'analyse juridique sommaire que nous avons effectuée sur les dispositions des Directives européennes concernant les marchés publics (travaux, services, secteurs exclus), et sur la loi Sapin concernant les délégations de services publics que les procédures de mise en concurrence par appel d'offres seront vraisemblablement applicables pour le choix du concessionnaire.

Il nous paraît donc exclu pour l'Etat concédant d'attribuer de gré à gré une concession à une SEM.

Il est même vraisemblable qu'il sera nécessaire de prévoir une procédure d'appel d'offres respectant les règles européennes (publicité au JO CE, délais, etc...) étant donné la nécessité de subventions de l'Union Européenne et d'interventions du FEI (Fonds Européen d'Investissement) et/ou de la BEI (Banque Européenne d'Investissement).

Une analyse plus approfondie de ces différents textes sera nécessaire dès lors que sera arrêté de façon plus précise le schéma définitif. Il serait à ce stade certes possible de confronter ces différents textes à différentes hypothèses afin de déterminer s'ils sont ou non applicables.

Cet exercice ne nous semble toutefois pas utile à ce stade compte tenu, en particulier, du caractère évolutif des textes envisagés. Il est en effet fort possible que lesdits textes soient modifiés ou que leur interprétation soit différente (notamment pour la notion de concession de service public) dans quelques années. Il convient, à ce stade, de retenir que, selon nous, l'évolution de la réglementation se fera dans le sens de l'élargissement du champ d'application de ces différents textes.

3.) Il conviendra d'indiquer clairement les critères objectifs de notation des groupes candidats et le traitement des divers critères pour assurer une transparence des choix et éviter les critiques dont ont été l'objet certains appels d'offres qui mettaient en concurrence des candidats concessionnaires comparant une SEM d'une part et des groupes privés d'autre part (pour l'autoroute A14 par exemple).

Les critères de notation pourraient être notamment les suivants :

- *la capacité du candidat à être maître d'ouvrage pour la construction et son organisation du project management ;*
- *la capacité du candidat à être opérateur technique de l'infrastructure nouvelle ou son organisation de la délégation ;*
- *la capacité du candidat à définir une politique commerciale et son organisation de la délégation de certaines fonctions à la SNCF ou d'autres opérateurs ;*

- *l'expérience de société concessionnaire ;*
- *la structure financière de la société concessionnaire ;*
- *l'offre financière, c'est à dire le montant minimum de subvention et/ou de péage demandé pour la construction et l'utilisation de l'infrastructure respectivement ;*
- *les conditions minima exigées par les candidats pour s'engager à mener à bonne fin la construction des 1ère et 2ème phases et les garanties financières ou engagements des actionnaires d'y parvenir.*

Ceci ne constitue évidemment qu'une première liste des critères de notation dont l'importance respective devra être appréciée et reflétée dans la notation. Le plus important apparaît être la qualité de l'offre financière.

4.) La durée de la concession et les autres conditions d'engagement des investisseurs et prêteurs

Les premières analyses montrent qu'une durée minimum de concession de 30 ans après la fin de la construction de chaque phase est un minimum indispensable. Cette analyse financière est parfaitement compatible avec les impératifs fixés par la loi Sapin qui concerne les délégations de services publics.

Ceci conduit à prévoir une concession jusqu'en 2040 pour la 1ère phase, puis une prolongation de l'ensemble de la concession jusqu'en 2045 pour les deux premières phases.

Les simulations financières seront également effectuées sur 30 ans à partir de 2015, soit 2045 pour la 3ème phase.

Il est cependant probable :

- a.) qu'il sera souhaitable d'avoir une expérience minimum de deux ou trois ans d'exploitation de la ligne voyageurs avant d'entreprendre la construction des tronçons pour le fret.

Même si le succès de la ligne voyageurs ne constitue pas une garantie de succès de la ligne fret, ce préalable est nécessaire car la société concessionnaire pourrait difficilement continuer à lever des financements pour la 3ème phase, si les deux premières phases ne sont pas couronnées de succès.

L'obtention d'un trafic voyageurs satisfaisant constitue en quelque sorte une condition nécessaire mais pas suffisante.

- b.) il serait également souhaitable de constater que la société concessionnaire a eu une maîtrise satisfaisante des coûts et délais de construction au début de la 1ère phase avant qu'elle continue à lever les financements de la 2ème phase et a fortiori ceux de la 3ème phase.
- c.) il est clair que les travaux du tunnel de Chartreuse devront progresser au même rythme que ceux du Tunnel de Base pour que l'ouverture ait lieu en même temps. Ils seront accélérés ou ralentis selon le cas pour parvenir à une ouverture simultanée.

Comme indiqué précédemment, des engagements d'indemnisation croisés du retardataire éventuel seront indispensables pour atténuer les conséquences pour celui

qui respecterait les délais, d'un non respect de ceux-ci pour l'autre ouvrage.

Mais cet engagement d'indemnisation sera nécessairement plafonné, donc partiel.

- d.) il sera encore plus souhaitable qu'un engagement croisé de respect des délais soit conclu avec les FS ou TAV pour la réalisation des lignes Turin-Milan et Milan-Florence. L'engagement concernerait dès lors les 3 parties.
- e.) il est également nécessaire que l'engagement croisé concerne la performance du système de transport, c'est à dire la capacité du tronçon à acheminer un trafic prédéterminé à une certaine vitesse.
- f.) il est vraisemblable qu'au delà des engagements croisés des gestionnaires des infrastructures d'offrir une capacité de passage, il faudra aussi des engagements des opérateurs ferroviaires de faire circuler les trains à une certaine vitesse, avec des retards maxima tolérés et différentes obligations concernant le niveau des dessertes et prestations.
- g.) enfin, rappelons qu'en contrepartie de l'engagement des investisseurs et prêteurs, certains engagements seront nécessaires de la part des pouvoirs publics.

5.) Engagements des pouvoirs publics

Rappelons que dans notre analyse des risques, nous avons identifié divers engagements des pouvoirs publics.

- a.) L'engagement de verser des subventions générales de construction.

En règle générale, les subventions d'Etat à la construction sont versées de façon échelonnée au cours des travaux et inflatées selon les dates de versement.

Il serait souhaitable que ces subventions soient versées pari passu avec les tirages des prêts en respectant chaque année la proportionnalité globale entre subventions et prêts fixée au départ.

Chaque année, le montant de subventions correspondant devait être inscrit dans la loi de finances et voté par le Parlement en même temps que celle-ci.

Un problème se pose en raison de l'annualité du budget et du risque de remise en cause par le Parlement d'une partie de l'engagement global pris au départ.

Le contrat de concession devrait fournir des garanties d'indemnisation appropriées pour le cas d'une telle remise en cause.

Il est probable, étant donné l'importance des montants concernés, que la concession devrait être elle-même approuvée par une loi.

En plus de la modification de la LOTI qui sera nécessaire pour assurer la séparation entre RFF et SNCF et permettra des concessions privées d'infrastructures, il sera souhaitable d'avoir une loi particulière pour cette concession de construction et d'exploitation d'une ligne de chemin de fer par une société et engager l'ensemble des

concours financiers qui devront être consentis dans le cadre d'une programme pluriannuel.

- b.) L'engagement de verser des subventions particulières pour couvrir certains surcoûts du foncier et des exigences d'environnement ou de sécurité particulières des pouvoirs publics devrait être pris dès le départ. Il serait possible que cet engagement figure dans le même texte mais sous un point séparé. Dans le cadre d'un protocole entre pouvoirs publics, une partie de cet engagement concernant le foncier et les surcoûts d'environnement pourrait éventuellement être reportée sur les collectivités territoriales concernées. Cependant, le problème de la répartition des engagements entre pouvoirs publics n'a pu être traité dans le cadre de notre étude.
- c.) L'engagement par l'Etat de garantir un crédit stand by pour couvrir des dépassements de coûts et de délais dû à des cas de force majeure ne peut figurer qu'en principe dans la loi.

Cet engagement ne serait actionné qu'au moment où les dépassements de coûts deviendraient prévisibles, c'est à dire au cours de la période de construction.

Ce faisant, l'Etat prendrait certains engagements nouveaux mais il ne ferait en fait que contractualiser une obligation qu'il devrait assumer en application de la théorie de l'imprévision si le risque de force majeure venait à se concrétiser.

Il serait sans doute souhaitable pour les investisseurs et prêteurs que le crédit stand by garanti par l'Etat ou les collectivités territoriales soit mis en place dès le départ. Mais le coût en serait prohibitif.

Malgré l'habitude du marché de monter un tel crédit stand by en même temps que le prêt à recours limité, nous pensons qu'il serait acceptable d'un différer la mise en place, à condition que le principe en soit clairement acquis, que le contrat soit prénégocié, et que la mise en place de celui-ci puisse être effectué de façon automatique sans risque de contestation par les pouvoirs publics.

Par contre, si un cas de force majeure justifiant le montage d'un crédit stand by pour dépassement de coût se produisait, la totalité de celui-ci devrait être montée et mise en place en une fois pour un montant de 15% du coût de construction (tranche entre 20% et 35%) même si au départ les conséquences apparaissaient moindre que 15%. On pourrait difficilement engager des mises en place successives de petites tranches.

Il resterait possible d'annuler avec l'accord des banques une partie de ce crédit stand by par la suite au fur et à mesure des progrès de la construction et de la décroissance du risque d'avoir à utiliser la totalité du crédit stand by.

Il y aura donc tout intérêt à se référer à l'arbitrage pour établir si le cas est de force majeure ou pas.

- d.) La part respective de l'Etat et des collectivités territoriales dans ces divers engagements des pouvoirs publics est difficile à déterminer aujourd'hui.

Il se pose la question de savoir si les collectivités territoriales doivent et peuvent participer aux subventions générales de 30 ou 40% ou tel autre pourcentage qui serait fixé. Ceci suppose qu'on examine des problèmes de justifications économiques et juridiques pour une telle participation, mais aussi d'opportunité. Ceci est envisagé pour

le TGV Est où des contributions forfaitaires ont été déterminées en tenant compte des retombées socio-économiques du projet pour les diverses collectivités.

- e.) Enfin, les subventions nécessaires pour réserver pendant les 1ère et 2ème phases les possibilités du trafic fret et du service de l'autoroute ferroviaire ultérieure devront être chiffrées séparément.

Ces subventions qui anticiperont celles qui seront nécessaires pour la 3ème phase viendront s'imputer sur ces dernières quand la 3ème phase sera réalisée.

Il est vraisemblable toutefois, étant donné les incertitudes du trafic fret et encore plus du service d'autoroute ferroviaire que des coefficients de sécurité plus élevés exigés par les prêteurs aboutiront pour la 3ème phase à un pourcentage de subventions plus élevé que pour les 1ère et 2ème phases, par rapport aux coûts de construction.

La décision d'engager dès l'an 2000 de tels surcoûts constitue un choix politique coûteux qui ne peut être financé que par des fonds publics.

C'est seulement en 3ème phase, et si les prévisions sont alors favorables qu'on peut envisager une contribution financière du secteur privé à la construction d'un tronçon tel Ambérieu-Avressieux, nécessité par le seul trafic fret et surtout d'ailleurs pour l'autoroute ferroviaire.

Mais s'il apparaît que la ligne actuelle n'est pas saturée et s'il n'y a pas d'engagement de la SNCF de reporter le trafic fret sur la ligne nouvelle spécialisée, c'est seulement au delà de 2020 que cette ligne trouverait sa pleine justification, et à condition que l'instauration du service d'autoroute ferroviaire à partir d'Ambérieu apparaisse alors économiquement viable.

f.) Engagement de prolongation de la concession

Nous avons indiqué dans l'analyse des risques la nécessité de disposer d'un engagement du concédant de prolongation de la concession afin de couvrir les risques résiduels de trafic et recettes du concessionnaire, qui reste important malgré les dispositions proposées de partage de ces risques.

Nous rappelons les raisons de cette prolongation :

- ♦ *assurer le service et le remboursement de toutes les dettes sur la durée totale de la concession,*
- ♦ *offrir un taux de rentabilité minimum à déterminer au concessionnaire.*

Il convient, en revanche, de rappeler que la légalité de la prolongation de la concession pourrait être remise en cause.

En effet, s'il était avéré que la présente concession rentre dans le champ d'application de la loi Sapin (hypothèse dans laquelle il y a exploitation d'un service public par une société concessionnaire autre qu'un établissement public ou qu'une société investie d'un monopole légal) la prorogation ne pourrait être accordée à des conditions très restrictives.

La durée de la concession, qui ne peut excéder la durée normale d'amortissement des

installations ne peut être prolongée que dans les deux hypothèses suivantes :

- ♦ *pour tous motifs d'intérêts général (mais dans cette hypothèse pour une durée inférieure à 1 an) ;*
- ♦ *lorsque le titulaire de la concession est contraint pour la bonne exécution du service de réaliser des ouvrages matériels non prévus au contrat initial et qui ne pourraient pas être amortis dans le cadre de la concession sans augmentation excessive de la redevance.*

Si le contrat se situe hors du champ d'application de la loi Sapin, aucune disposition particulière ne devrait faire obstacle à cette prorogation.

- ♦ *Une prorogation de la concession ne rentrerait en effet pas dans le champ d'application de la direction travaux dans la mesure où cet avenant ne donnerait pas lieu à la réalisation de travaux supplémentaires.*

Enfin, pour les directives "Services" et Secteurs exclus", si dans le cadre actuel de la réglementation, une telle prolongation ne semble pas rentrer dans leur champ d'application (les concessions ayant été exclues de leur champ d'application en vertu d'une position du Conseil Européen du 18/12/1991), on peut légitimement s'interroger sur la pérennité d'une telle exclusion.

Nous rappelons la nécessité d'approfondir l'analyse juridique et de trouver une base pour assurer la compatibilité d'un tel mécanisme avec les dispositions françaises et européennes existantes et un automatisme de cette prolongation.

6.) Pacte d'actionnaires

Etant donné la nature différente des actionnaires de la société concessionnaire, certains étant publics, d'autres privés, il est essentiel que leurs rapports futurs soient gouvernés par un pacte d'actionnaires. Cela est particulièrement nécessaire si la société concessionnaire est une SEM dont l'actionnariat est en majorité public.

En effet, les actionnaires privés pourraient craindre que la recherche d'un profit maximum ne soit pas le principe gouvernant les décisions de la société concessionnaire, et les actionnaires publics pourraient craindre que les décisions ne tiennent pas suffisamment compte de l'intérêt général et des obligations de service public.

Il sera nécessaire d'analyser la compatibilité d'un tel pacte d'actionnaires au regard des principes d'ordre public qui régissent le fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales (SEML).

Pour pallier à ces craintes qui pourraient nuire au rassemblement d'un tour de table mixte suffisamment équilibré, le pacte d'actionnaire devrait refléter les principes suivants :

- a.) toutes les obligations de service public et obligations non commerciales devraient clairement être fixées dès le départ dans le cahier des charges de la concession et être compensées si nécessaire par des subventions d'exploitation. Il serait cependant préférable de les éviter et d'obtenir une subvention unique dès le départ. Toute adjonction de contraintes non commerciales au cours de la vie de la concession devrait faire l'objet d'une compensation adéquate par les pouvoirs publics.
- b.) l'objectif de la gestion de la société concessionnaire devrait être de maximiser le profit,

tout en respectant les contraintes du cahier des charges. Le taux prévisionnel de rendement sur dividendes de 15% ne constitue pas un maximum. La fixation d'un maximum aurait pour effet de décourager la participation d'investisseurs privés. Par contre, le taux prévisionnel de l'ordre de 8% par exemple³ de rendement sur dividendes constituerait un minimum. Si au cours de la vie de la concession, les prévisions de revenus et dividendes ne permettaient plus d'atteindre ce minimum, les actionnaires auraient le droit de réclamer ensemble une prolongation de la concession.

- c.) les actionnaires s'engageront de manière ferme pour les 1ère et 2ème phases seulement de construction et d'exploitation, et se réservent toute liberté de participer au financement de la 3ème phase. Tous les actionnaires auraient un droit de préférence à participer proportionnellement au financement de la 3ème phase.

Si l'un des actionnaires souhaitait ne pas participer à cette 3ème phase, il accepterait une dilution de sa part dans le capital. Toutefois, cette dilution devrait se faire en tenant compte de la valeur acquise par chaque action au moment où elle interviendrait, avec en cas d'appréciation une prime d'émission appropriée.

- d.) les engagements des actionnaires sont en principe limités au capital versé. Toutefois, deux types d'engagements supplémentaires devront être pris par tous les actionnaires dès le départ :

- ♦ *un engagement de participer à un prêt subordonné par rapport à tous autres prêts, y compris le prêt à recours limité.*

Ce prêt subordonné étant le seul moyen de réduire à 15% la proportion du capital par rapport à l'ensemble du besoin de financement, tous les actionnaires devraient participer au prêt subordonné dans la même proportion que leur participation au capital.

Ce prêt subordonné s'avère être plus sécurisé que le capital, mais sa rentabilité est moindre.

Dans la mesure où cette participation poserait un problème réglementaire aux collectivités territoriales, celles-ci pourraient se substituer un autre prêteur

- ♦ *un engagement de couvrir par des avances d'actionnaires subordonnées les besoins de financement complémentaires nécessaires pour achever le projet en cas de surcoût supérieur à 35% du budget initial ou de délai de construction supérieur à 6 mois au delà du délai de construction initial.*

De la même manière que pour l'engagement précédent, les collectivités territoriales pourront se faire substituer par un autre prêteur.

- ♦ *un engagement de ne pas céder ses actions jusqu'à la fin de la période de construction à moins que le repreneur des actions ne souscrive les deux engagements précités et soit agréé par la majorité des autres actionnaires*

³ Le taux exact sera à déterminer en fonction des taux du marché et devrait se situer à un niveau un peu plus élevé que celui d'obligations du secteur privé d'un émetteur de bon rating. Ce point devrait être approfondi ultérieurement.

VII. Caractéristiques de la concession et relations entre le concédant et le concessionnaire

A ce stade de la réflexion, il nous paraît nécessaire de souligner quelques aspects juridiques qui mériteront un approfondissement par la suite.

- 1.) En ce qui concerne la compatibilité du schéma envisagé avec la LOTI, il sera nécessaire d'approfondir l'analyse au regard des modifications qui devraient intervenir prochainement, liées à la création de l'établissement public RFF. En fonction de ces changements et du schéma retenu, il sera nécessaire d'examiner la nécessité ou non de modifier la LOTI. Il convient de noter qu'une loi qui octroierait un monopole à une société concessionnaire, présenterait sans doute des avantages, en particulier au regard des contraintes posées par la loi Sapin la possibilité de soumettre le contrat à un arbitrage.
- 2.) Il faut également souligner que les schémas proposés impliquent l'intervention de financements publics. Il sera indispensable de s'assurer de la compatibilité de ces financements avec les principes posés par le droit de la concurrence communautaire, en particulier l'article 92 du Traité de Rome qui interdit les aides publiques aux entreprises.

L'analyse devra être menée en deux étapes. La première étape consistera à étudier si les mesures constituent des aides au regard du Traité de Rome. La seconde étape consistera à analyser si ces aides sont susceptibles d'être tolérées par la Commission Européenne au regard des exceptions de l'article 92 (en particulier au titre des projets d'intérêt européen). Ce qui est fortement possible, d'autant que la Directive 91/440 met à la charge de l'Etat le financement des infrastructures.

Nous soulignons enfin que l'ensemble des relations entre les pouvoirs publics et le concessionnaires devront être analysées à l'aune de ce critère, en particulier les différentes garanties octroyées par les pouvoirs publics.

- 3.) En ce qui concerne les obligations de mise en concurrence, il s'agira de vérifier l'éventuelle application des textes d'origine communautaire et des textes français. Trois Directives seraient susceptibles de s'appliquer selon le type de relation envisagé et le schéma retenu (directives "travaux", "services" ou "secteurs exclus"). Ces textes (ou leur interprétation) sont susceptibles d'être modifiés avant la mise en oeuvre du projet. C'est pourquoi une analyse précise des contraintes qu'ils induisent serait prématurée. En outre, il est nécessaire, pour mener une telle analyse, de définir précisément les fonctions de la société concessionnaire. Nous pensons toutefois qu'un appel d'offre communautaire sera sans doute nécessaire.

Par ailleurs, la loi Sapin relative aux délégations de service public pourrait également être une contrainte si la société concessionnaire était en charge de la gestion d'un service public. Dans une telle hypothèse, la prolongation de la concession pourrait soulever quelques difficultés à moins que la société bénéficie d'un monopole légal.

Enfin, il n'est pas exclu que la société concessionnaire soit contrainte de mettre en oeuvre un appel d'offre pour le choix des entrepreneurs de travaux (mais il existe des exceptions pour les "entreprises liées").

Les directives du 14 juin 1993 n° 93-37 "Travaux" et n° 93-38 "Secteurs exclus" prévoient en effet que les procédures de publicité et de mise en concurrence ne sont pas applicables

aux entreprises qui ont le caractère "d'entreprises liées" avec le bénéficiaire de la concession. Les directives (et les textes de transposition) précisent que sont considérées comme des entreprises liées celles sur lesquelles le concessionnaire "exerce une influence dominante" ou celle qui exercent sur ce dernier une telle influence : deux entreprises sont en effet présumées liées lorsque l'une détient sur l'autre plus de la majorité de son capital ou des voix attachées à ses parts émises, ou désigne plus de la moitié des membres de son conseil d'administration, de direction ou de surveillance.

Le concessionnaire pourrait ainsi confier de gré à gré des marchés de travaux à une filiale remplissant ses conditions ou à son actionnaire majoritaire.

4.) Problème de l'exclusivité consentie à certains opérateurs

Un problème fondamental consiste à savoir si le concessionnaire peut consentir l'exclusivité d'usage du tronçon qu'il construit à un ou plusieurs opérateurs ferroviaires (SNCF et FS par exemple) qui auront pris des engagements de péages minima tels que décrit dans le chapitre concevant l'analyse des risques, à savoir :

- *une partie fixe, quel que soit le trafic, mais indexée partiellement sur le coût de construction ;*
- *un plancher pour le total de la partie fixe et de la partie variable permettant le remboursement de 90% de la dette à recours limité sur 30 ans d'exploitation.*

Par un arrêt en date du 22 octobre 1996, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes a censuré une décision de la Commission statuant dans le cadre des dispositions de l'article 85 du Traité de Rome, imposant à Eurotunnel de réserver une partie des sillons du Tunnel à d'autres opérateurs ferroviaires que British Rail et la SNCF.

Bien que l'apport juridique de cet arrêt paraisse à première vue très limité, le Tribunal ayant statué sur une erreur de fait commise par la Commission, l'intérêt de cette affaire n'est pas à négliger. Il convient en effet de revenir sur la motivation adoptée par la Commission pour l'accès aux infrastructures à d'autres opérateurs ferroviaires que British Rail et la SNCF.

Retenant que le Tunnel sous la Manche constituait une "facilité essentielle", la Commission déduit que l'exclusivité accordée aux deux opérateurs a pour effet de restreindre la concurrence sur le marché des sillons.

Toutefois, l'exclusivité ainsi accordée étant justifiée au regard des garanties qu'apporte la stabilité du financement du projet, les engagements financiers de la SNCF et British Rail, justifient ainsi une exemption de trente ans. Mais l'exclusivité accordée n'est que partielle et doit laisser une proportion satisfaisante de sillons aux autres opérateurs ferroviaires.

La prise en compte par la Commission de la nécessité du financement des voies nouvelles est à rapprocher de la Directive n° 95/19 du 19 juin 1995 qui prévoit la possibilité d'accorder des droits spéciaux en ce qui concerne la répartition des capacités d'infrastructure si ces droits sont indispensables pour assurer le financement d'infrastructures nouvelles.

Les opérateurs ferroviaires devront faire leurs propres analyses et voir par eux-mêmes les intérêts qu'ils ont à financer de tels engagements.

5.) Caractéristiques du contrat

Le contrat de concession sera un contrat de droit administratif. Selon les fonctions dont aura

la charge le concessionnaire, il s'agira d'un contrat de concession de travaux publics ou plus vraisemblablement d'un contrat de concession de travaux et de service public.

Les tribunaux administratifs seront compétents pour trancher les litiges, entre les parties nés du contrat. Le recours à l'arbitrage ne serait possible que si une loi le permettait ou si le caractère international de l'opération permettait de respecter les critères de la définition de l'arbitrage international. Le recours à l'arbitrage est nécessaire pour déterminer dans des délais brefs les hypothèses de force majeure.

Une étude complémentaire est donc indispensable afin de respecter cet objectif. En tout état de cause, l'intervention du législateur permettrait de régler cette question.

Nous soulignons que la théorie de l'imprévision implique une charge pour le concédant dans l'hypothèse où un événement de force majeure bouleverse l'économie générale du contrat.

Cette théorie s'applique même en dehors de toute stipulation contractuelle, dès lors que le contrat est un contrat administratif.

Ainsi, un mécanisme contractuel qui mettrait à la charge de l'Etat l'obligation de garantir un "crédit stand-by" en cas de survenance d'un cas de force majeure serait moins lourd à mettre en oeuvre que l'application classique de la théorie de l'imprévision.

- 6.) Il s'agirait d'une concession de construction et d'exploitation de services publics donnée par l'Etat. Les études juridiques antérieures du groupe de banques ont démontré que le concédant ne pouvait être que l'Etat et qu'une loi nouvelle serait nécessaire pour modifier la Loti ou du moins y déroger afin qu'il puisse consentir une telle concession ferroviaire.

Il n'entrait pas dans notre mission d'analyser le bien fondé de cette conclusion que nous n'avons donc pas remise en cause.

- 7.) Le fait que la société soit concessionnaire pour la construction ou l'exploitation ne l'empêche pas de déléguer certaines fonctions.

Par contre, on peut se demander si la société concessionnaire devrait nécessairement être le transporteur. Nous avons conclu dans notre analyse antérieure des diverses options de délégation que ce n'était pas opportun sur un plan technique et commercial.

A notre avis, tel n'est pas le cas puisque le concessionnaire partage tous les risques avec des constructeurs opérateurs ferroviaires et les pouvoirs publics mais garde une part appréciable de tous les risques.

Or, c'est le fait de garder une part des risques qui constitue l'élément le plus important pour qualifier un concessionnaire puisqu'il doit rembourser son investissement par l'exploitation du projet. C'est bien ce que ferait la société d'infrastructure en réservant des capacités de trafic à un ou plusieurs opérateurs ferroviaires.