

# La loi sur les concessions en Ukraine

**Une loi d'inspiration française  
vient d'être adoptée en Ukraine  
sur les concessions de service  
public et d'infrastructures :  
une amorce de sécurité  
juridique pour les investisseurs  
étrangers dans ce pays ;  
un espoir pour la rénovation  
des services publics ukrainiens.**

**par Gilles Le Chatelier  
Maître des Requêtes au Conseil  
d'Etat**

Une des conditions nécessaires au développement des partenariats publics / privés est l'existence d'un cadre juridique clair et stable qui incite à la réalisation d'investissements durables et qui soit de nature à établir une relation de confiance entre propriétaire public et opérateur privé. Dès lors, fréquemment, les investisseurs français sont amenés à s'interroger sur la présence d'un contexte juridique favorable à d'éventuels projets d'investissement à l'étranger. Souvent, dans cette recherche, l'existence d'une loi générale sur les concessions ou plus simplement de textes permettant la réalisation d'opérations de ce type dans des secteurs déterminés, peut constituer un élément de forte incitation.

Encore faut-il que le régime en cause soit vraiment de nature à donner des assurances réelles et des garanties sérieuses de ce que l'opération envisagée ne se déroulera pas dans un

contexte juridiquement défavorable. La protection des investissements, la question de la propriété des installations, la possibilité de rapatrier librement des bénéfices réalisés sur place sont des questions habituelles. Plus globalement, la stabilité dans le temps et dans l'espace des règles existantes, la capacité de les faire appliquer par l'administration ou le juge et l'assurance que les contrats conclus seront exécutés de bonne foi par le ou les cocontractants sont des questions de plus grande ampleur que des investisseurs éventuels doivent se poser nécessairement, ce qui les conduit alors à une évaluation plus globale des systèmes juridiques des pays dans lesquels ils envisagent de s'implanter.

Pour le pays d'accueil, l'enjeu est différent : il s'agit d'attirer les investisseurs étrangers dans des conditions qui n'apparaissent pas spoliatrices des ressources nationales et qui préservent les compétences des autorités administratives et politiques de ce territoire. En effet, les libertés accordées aux agents économiques ne peuvent s'exprimer au détriment des intérêts essentiels de la nation, surtout quand l'indépendance de cette dernière est récente.

Dans la recherche de cet équilibre, le mécanisme de la concession où un opérateur privé exploite pour le compte d'une personne publique un service ou un équipement public présente un intérêt certain. D'une part, la gestion de l'activité doit obéir aux principes de l'économie de marché et préserver l'autonomie de l'entreprise chargée d'exploiter le service. D'autre part, la propriété des installations demeure à la personne publique – c'est ce trait qui distingue d'ailleurs fondamentalement la concession de la privatisation pure et simple – et celle-ci dispose également d'un pouvoir de définition des charges

du service et de contrôle de la manière dont les objectifs impartis à l'opérateur privé seront remplis.

C'est à partir de ce constat de départ que les autorités françaises ont décidé de mettre en place un programme de coopération bilatérale entre la France et l'Ukraine afin d'assister les autorités de ce pays dans l'élaboration d'une loi sur les concessions. Une entreprise de conseil française – le BCEOM – s'est vu ainsi chargée de mener à bien ce programme à travers sa filiale ukrainienne – EURO UKRAINA CONSULTING. Appelé comme expert à l'appui de ce programme par le directeur de cette structure, Jean-Luc Poget, j'ai eu l'occasion de travailler directement avec les services de la Rada Suprême, qui était en réalité la destinataire directe de ce programme bilatéral. Après des travaux approfondis de près de deux ans et diverses péripéties liées davantage à des considérations de politique intérieure qu'à des difficultés liées au fond du sujet traité, la loi a été adoptée par la Rada Suprême le 16 juillet 1999. Cette expérience intéressante mérite d'être ici décrite pour montrer les difficultés que l'élaboration d'une loi sur les concessions peut rencontrer concrètement, mais aussi pour examiner quels avantages ce type de démarche peut apporter au développement des partenariats publics / privés.

## **Les avantages de la concession pour l'Ukraine**

Les avantages des mécanismes concédés ont été très rapidement perçus par nos interlocuteurs ukrainiens à travers l'organisation de séminaires de sensibilisation et de diverses rencontres de format plus réduit.

L'Ukraine, comme la plupart des pays issus de l'ancien bloc communiste, souffre d'une situation de grave défaillance de ses services publics essentiels. Or, sans les moyens essentiels de transports, d'approvisionnement en énergie ou en eau, le développement économique de ces pays ne sera qu'un vain mot. Aujourd'hui, l'Ukraine souffre ainsi d'un réseau de voies de communication insuffisant. De

même, un port comme Odessa dont la situation idéale sur la Mer

Noire au carrefour de zones en développement potentiel (Balkans, Caucase, Russie, Asie Centrale) et porte d'entrée des exportateurs turcs vers le marché ukrainien et russe, voit son développement bloqué par l'insuffisance de ses installations portuaires.

Or, devant cette situation, l'Ukraine n'a pas les moyens financiers de ses besoins en ce domaine. Là encore, un des traits marquants des pays issus du bloc communiste est l'insuffisance de leur épargne interne pour pouvoir faire face aux besoins d'investissement en général colossaux qu'ils connaissent. Le recours aux investisseurs étrangers est une nécessité, sauf si on dispose de ressources naturelles si abondantes qu'elles soient de nature à dégager le surplus initial nécessaire à lancer le processus de développement. Hélas, l'Ukraine ne dispose pas de telles richesses. De même, la situation plus que difficile des finances publiques est un puissant facteur d'externalisation, notamment de l'endettement induit par la réalisation de certains équipements publics lourds. Une nouvelle fois, la concession, en faisant appel puissamment à la capacité de financement du secteur privé et notamment du secteur privé étranger, offre une solution possible à un tel handicap.

Enfin, le recours aux investisseurs étrangers doit se faire dans un contexte de protection des richesses et du patrimoine national. Dans un pays d'indépendance récente (l'Ukraine a acquis son indépendance en 1991 et n'avait jamais vraiment connu auparavant, sauf pendant des périodes réduites de son histoire nationale, une telle situation),

cette question est vite apparue comme essentielle. Nos interlocuteurs ont toujours été rassurés par nos propos expliquant que, dans le système de la concession, la personne publique restait toujours propriétaire du bien exploité sous ce régime. L'hostilité à la privatisation a été en effet un trait commun de la plupart des responsables ukrainiens que nous avons assistés.

Cette spécificité du régime des concessions a notamment permis de confier à un député communiste le soin de porter le projet de loi devant la Rada suprême, alors même que ce texte visait aussi à développer le recours à l'économie de marché en Ukraine.

Mais, ces avantages n'ont pas empêché certaines incompréhensions de se manifester à diverses reprises. C'est aussi le propre de la coopération internationale – et aussi son charme inégalable – que d'être parfois confronté à des malentendus substantiels liés à des différences majeures de concept qu'une traduction parfois incertaine ou approximative ne fait qu'aviver. Ainsi, très souvent nos interlocuteurs ont abordé le sujet sous un simple angle patrimonial : la concession était un moyen de valorisation de la propriété publique et, dans cette approche, la question du montant des droits versés par le concessionnaire à l'autorité publique devenait déterminante. Il a ici fallu un long travail d'explication pour convaincre nos partenaires ukrainiens que l'intérêt majeur de ce mécanisme résidait dans les possibilités qu'il offrait de développer les équipements publics de base.

De même, le sujet des concessions est souvent entré en conflit avec la question de l'exploitation des ressources naturelles. A ce titre, le vocabulaire était ici susceptible de générer ce type de malentendus, le terme de concession renvoyant souvent, en français comme en ukrainien, à l'exploitation minière. Le danger aurait sans doute été ici de vouloir définir un même cadre juridique pour les deux sujets qui aurait apporté davantage de confusion qu'autre chose. Remarquons cependant que les points de jonction entre ces

deux thèmes existent nécessairement, comme le montre l'exemple de l'approvisionnement en eau.

## La méthode suivie

Un des intérêts du programme de coopération mis en œuvre à l'occasion de ce projet a été la méthode suivie. Il ne s'agissait pas d'écrire pour les Ukrainiens une loi sur les concessions qu'ils n'auraient plus eu qu'à recopier telle quelle sans nécessairement en comprendre la portée et les principaux aspects. La conviction forte qui animait ce projet tenait à ce qu'il apparaissait essentiel que les Ukrainiens s'approprient complètement l'objet traité, identifient les avantages du mécanisme suggéré et l'adaptent aux réalités ukrainiennes.

C'est pourquoi le travail d'assistance conduit auprès des autorités de Kiev a principalement visé à présenter les principales questions que, selon nous, une loi sur les concessions devait comprendre et traiter et à présenter pour chaque point quelles étaient les options possibles et les conséquences que ces choix emportaient. Ensuite, il revenait aux partenaires ukrainiens de procéder à un certain nombre de choix politiques et techniques compte tenu des contraintes auxquelles ils devaient faire face.

Une des grandes difficultés du projet tenait à l'identification du bon interlocuteur ukrainien pour « porter » le projet. Une des clés d'une mission d'assistance réussie dépend de l'identification de ce chaînon. Il doit à la fois allier les compétences techniques nécessaires et disposer d'un poids politique suffisant dans l'architecture institutionnelle du pays considéré. A cet égard, la question apparaissait difficile à résoudre en Ukraine, compte tenu de la multiplicité des initiateurs possibles du projet de loi (Parlement, Présidence, Cabinet des ministres, autorités ministérielles) et de l'absence de structure de coordination du processus normatif dans le pays.

Notre choix s'est porté sur le Parlement ukrainien – la Rada suprême – qui nous paraissait à la fois constituer le circuit le plus court et le plus efficace pour élaborer le texte. De même, compte tenu

de la place très forte de cette assemblée unique dans les institutions ukrainiennes, il nous est apparu que son acceptation du texte très en amont pouvait être un gage de réussite du dispositif mis en œuvre.

## **Le dispositif mis en place par la loi sur les concessions du 16 juillet 1999**

La loi adoptée par le parlement ukrainien le 16 juillet 1999 s'inspire largement du modèle français de la concession.

La loi procède d'abord à une définition de la notion de concession comme étant le contrat par lequel un organe compétent du pouvoir exécutif central ou une collectivité locale concède à titre payant et pour une durée déterminée le droit de créer ou de gérer une installation en vue de satisfaire les besoins publics, sous réserve que le concessionnaire prenne à sa charge la responsabilité pécuniaire de l'opération et les risques possibles.

La loi prévoit donc bien la conclusion d'un contrat pour la mise en place d'une concession. Dès lors, la loi renvoie nécessairement au contrat pour la définition précise des obligations pesant sur chacune des parties. Néanmoins, le texte fournit un cadre général dans lequel les contrats de concession devront s'insérer et prévoit également les questions qui devront être nécessairement traitées par les futurs contrats de concession.

La loi énumère également les secteurs dans lesquels des contrats de concession peuvent intervenir. Il s'agit de secteurs aussi variés que l'approvisionnement en eau, l'assainissement, les transports, la collecte et le traitement des ordures ménagères, les prestations de services relatifs à la distribution de chaleur, la construction et l'exploitation des ports, aéroports et voies de communication, les services postaux et de télécommunication, l'énergie, la restauration, la construction et la réhabilitation immobilière, les services sociaux et culturels, les parcs de stationnement et les prestations de

services funéraires. Cette énumération permet de clarifier le débat sur le champ de la concession et évitera peut-être certaines discussions que nous connaissons périodiquement en France sur le point de savoir si telle ou telle activité peut donner lieu à concession (voir l'exemple récent du câble).

La loi prévoit une procédure d'attribution des concessions très proche de la technique de l'appel d'offres en matière de marchés publics. Cette procédure répond surtout au souci des Ukrainiens de respecter les standards de transparence et de libre concurrence fixés par l'Union européenne, notamment par l'accord de partenariat et de coopération.

Plusieurs caractéristiques majeures du contrat de concession sont également fixées par la loi. Ainsi, la durée maximale de la concession doit être comprise entre 10 et 50 ans. On retrouve ce type de clauses dans de nombreuses lois sur les concessions, qui s'expliquent notamment par le souhait des pays concernés de ne pas voir certaines de leurs installations accaparées par des opérateurs étrangers sur des durées trop longues, ce qui pourrait faire naître un sentiment de dépossession. De même, le niveau des redevances dues par le concessionnaire au concédant est également fixé par le contrat, ainsi que toutes les caractéristiques techniques du service exploité (travaux à réaliser, situation des biens d'assiette de l'activité du concessionnaire, conditions d'établissement et de modification des tarifs, situation de la main d'œuvre employée, renouvellement des biens, assurance, modalités de prolongement ou de cessation du contrat...).

La loi énumère également les droits et obligations des parties au contrat de concession. Cette partie est peut-être la plus importante du texte. Elle reconnaît ainsi le droit à l'autonomie de gestion du concessionnaire, ainsi que celui à l'exploitation équilibrée du service qui lui est concédé. De même, il dispose d'un droit d'exclusivité pour l'activité concernée. Le concédant a la possibilité de contrôler l'activité du concessionnaire et de demander la résiliation

anticipée du contrat si le cocontractant ne respecte pas ses obligations contractuelles.

Le régime des biens prévoit que la propriété des installations concédées ou à construire demeure à l'autorité concédante qui n'en transfère qu'un droit d'usage au concessionnaire, cette notion étant déjà définie dans d'autres textes de la législation ukrainienne.

Plusieurs dispositions veillent à ce que les biens en cause soient protégés contre toute

détérioration de la part du concessionnaire. En sens inverse, des dispositions prévoient la garantie d'utilisation exclusive de ces biens par le concessionnaire.

Une clause intéressante mérite d'être signalée, celle qui permet le recours à l'arbitrage pour régler les différends qui pourraient naître de l'exécution du contrat de concession. Cette disposition est importante, car elle accorde une garantie supplémentaire aux investisseurs étrangers qui peuvent avoir certaines réticences à envisager que leur cas pourrait être soumis aux juridictions ukrainiennes. La question de la désignation de la juridiction arbitrale éventuellement compétente dépendra du contrat. Diverses formules peuvent être ici envisagées, même si les concepteurs de ce texte continuent de souhaiter que soit mise en place une juridiction arbitrale compétente pour examiner en priorité les litiges intéressant les contrats de concession mettant aux prises avec les autorités nationales un investisseur étranger. A ce titre, la France, compte tenu de son expérience sur les questions de concession, pourrait certainement offrir le cadre nécessaire à la mise en place d'une telle initiative.

## **La nécessité d'un contexte de sécurité économique et juridique**

Bien évidemment, une fois la loi votée, son succès ne se mesurera qu'à sa capacité à voir se conclure sur le territoire ukrainien des contrats de concession. Les leçons de l'expérience montrent que

**La loi adoptée par le parlement ukrainien le 16 juillet 1999 s'inspire largement du modèle français de la concession**

L'existence d'une telle loi ne suffit pas toujours pour que des opérations de nature concessive soient lancées. Ainsi, la Slovaquie s'est dotée en 1996 d'une loi générale sur les concessions qui, à ce jour, n'aurait connu qu'une seule application, au demeurant sans grand rapport, en fait, avec le champ d'application que la loi définit elle-même.

La mise en place de concessions en Ukraine dépendra à la fois de conditions économiques et juridiques plus globales qui dépassent le simple cadre de la loi particulière sur les concessions. Ainsi, la rentabilité d'opérations susceptibles d'attirer des investisseurs étrangers dépendra notamment du niveau des tarifs de fonctionnement des services demandés aux usagers. Le pouvoir d'achat moyen sera-t-il ici suffisant pour assurer l'équilibre d'exploitation ? Cette question est d'autant moins simple qu'elle suppose au préa-

lable une révolution des esprits – aujourd'hui heureusement déjà engagée – où les usagers acceptent désormais de payer pour une prestation qui, auparavant, était le plus souvent gratuite. Toutefois, l'exemple des transports privés urbains de Kiev où les clients acceptent de payer un tarif 10 fois supérieur à celui exigé des transports publics pour un niveau de service lui aussi incomparablement supérieur, est encourageant. D'autres éléments économiques cruciaux pour les investisseurs étrangers, tels que la stabilité monétaire interne évitant la réalisation d'un risque de change trop élevé, ne pourront être assurés que par la stabilisation de certains indicateurs macro-économiques.

D'autres facteurs juridiques doivent aussi être ici pris en considération. Les opérations concessives qui impliquent le plus souvent des investissements à

long terme exigent un contexte de sécurité juridique le plus assuré qui soit. A cet égard, des efforts doivent encore être entrepris aujourd'hui en Ukraine pour rapprocher ce pays des standards de l'Europe occidentale. Ainsi, en matière de fiscalité et de législation économique, des cadres fiables d'application de la règle de droit restent à établir. Plus particulièrement, s'agissant plus spécifiquement des concessions, il convient de préciser deux séries de régimes législatifs : d'abord, celui relatif à la propriété publique, concept particulièrement flou aujourd'hui en droit ukrainien où la notion de « propriété collective » introduit un certain doute quant à l'ensemble du régime ; ensuite, la question du statut et des compétences des autorités locales, acteurs essentiels de la mise en place de futures concessions pour les services publics locaux. ●