

# Nouveaux partenariats entre le public et le privé : conditions d'émergence d'un modèle québécois

Par **Pierre Bernier**

Professeur associé à l'École nationale d'administration publique du Québec

pierre.bernier@enap.ca

Depuis plusieurs années, au Québec comme dans toutes les démocraties occidentales, l'idée d'un partenariat accru entre les secteurs public et privé fait son chemin car il est jugée souhaitable, voire nécessaire, dans l'intérêt public. Toutefois, le vocable « partenariat » recouvre à l'évidence des réalités dont la portée et l'ambition sont très diverses selon les pays, les époques, l'idéologie des gouvernants et, surtout, les valeurs entretenues au sein de la société à l'égard du service public.

De fait, tous les pouvoirs publics des sociétés développées reconnaissent aujourd'hui être continuellement à la recherche d'un difficile équilibre entre plusieurs exigences incontournables : maîtriser les déficits publics, contenir les charges fiscales, rembourser la dette, assurer la croissance économique, respecter les engagements pris devant l'électorat pour faire face aux besoins anciens et nouveaux des diverses composantes de la société et se conformer aux exigences des traités internationaux. Face à ces défis de la gouvernance contemporaine, les modes classiques d'action publique ne suffisent plus et divers types de « relations de partenariats public-privé » sont envisagés, sous certaines conditions, comme des voies de solutions innovantes et judicieuses.

Or la notion de « partenariat public-privé » pour la production et la prestation de biens et de services publics dont il est abondamment question ces temps-ci ne se résume évidemment pas à une élémentaire affaire de rapports économiques harmonieux entre un client public et un producteur privé comme c'est le cas pour l'acquisition de simples fournitures. L'enjeu est beaucoup plus important. Le statut, l'origine, les ressources du producteur ou du dispensateur d'un service public

ne sont évidemment pas sans effets. S'il relève du droit privé, les objectifs corporatifs focalisent légitimement sur des priorités et des façons de faire qui, poussées au-delà d'un certain seuil, peuvent s'avérer incompatibles avec l'intérêt général. De même, le recours par les pouvoirs publics au partenariat en tant que mode de production et de gestion exige que les représentants de la partie publique maîtrisent et fassent partager les préceptes des « services publics d'intérêt général » valorisés par la collectivité desservie pour que les textes des conventions qui régissent le partenariat, quel que soit le secteur ou le produit, se conforment aux exigences éthiques et juridiques qui se rattachent à ces préceptes.

Ainsi, les principes et les contraintes qui différencient les services publics de ceux offerts habituellement dans le libre marché doivent imprégner les contrats et baliser les rapports entre les trois catégories d'acteurs concernés par toutes prestations de services publics : l'administration, les entreprises et les citoyens en tant que contribuables et usagers. Tous sont détenteurs d'obligations et de droits que ces ententes doivent respecter et garantir de façon pérenne.

## Les PPP, une actualité québécoise

Dans cette perspective, on comprend mieux que le Gouvernement du Québec, publiant une « politique cadre sur les partenariats public-privé » et faisant adopter le 15 décembre 2004 une loi organique (Loi 61) visant à créer une agence des partenariats public-privé, organisme mandataire de l'État doté d'emblée de larges pouvoirs, n'a pas seulement fait connaître les contours d'une doctrine permettant la réorganisation de la production et de la prestation en partenariat de services publics dans tous les

champs de l'action de l'État. Il a ouvert simultanément un large débat qui conduira à l'éclaircissement de la notion de « partenariat public-privé à la québécoise », mode d'action publique que le gouvernement entend promouvoir au cours des prochaines années et à la clarification de la substance et de la portée du précepte québécois de « service public d'intérêt général » qui a progressivement pris forme au cours des dernières décennies.

Pas étonnant non plus que les enjeux mis en lumière par une telle formalisation de cette orientation gouvernementale mobilisent depuis lors l'attention des députés et de nombreuses composantes de l'opinion publique même après l'adoption de la loi créant l'agence. De fait, divers facteurs intrinsèques à la société québécoise peuvent expliquer la manifestation d'un intérêt aussi vif à l'égard de ce qui touche, directement ou indirectement, à la notion de service public d'intérêt collectif. Les effets conjugués de ces facteurs combinés aux analyses des écueils structurels inhérents à ce mode de gestion publique continueront vraisemblablement de susciter une attention dont l'ampleur dépasse déjà les prévisions de nombreux acteurs et observateurs.

## ■ ATTACHEMENT DE LA SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE À L'ÉVOLUTION DES SERVICES PUBLICS

### Au Québec, un attachement singulier aux services publics

La notion « service public » est aujourd'hui un sujet de réflexion dans de nombreux pays. Sous la pression de facteurs internes et externes dont les effets s'additionnent, on met sous examen aussi bien les finalités des services publics que leur qualité et leur quantité ainsi que les contrôles démocratiques qui doivent s'exercer sur ces produits générés par l'action des pouvoirs publics et financés par les ressources provenant des contribuables.

Au Québec, l'attachement de la population aux services publics d'intérêt collectif est un phénomène d'une importance et d'une intensité singulières. Le préjugé favorable, largement partagé, conduisant à l'acceptation de divers mutualismes sous l'autorité de l'État le caractérise par rapport à ce qu'on observe généralement dans les sociétés limitrophes.

De ce point de vue, la société québécoise semble plus près des valeurs caractéristiques de la plupart des démocraties d'Europe continentale que de celles de ses voisines nord-américaines.

### Le fait d'une culture française en Amérique ?

L'État québécois est le seul État francophone en Amérique du Nord. Son expérience historique illustre et explique l'existence, aujourd'hui, d'une société dont les caractéristiques sont uniques. Majoritairement francophone, elle est, sur le plan linguistique, largement minoritaire à l'échelle continentale. Néanmoins, l'administration québécoise pense et agit en français et les services publics sous son égide sont conçus et dispensés dans cette langue. Cette administration publique est ainsi objectivement au centre des stratégies visant le maintien et le développement de la culture française et se doit d'incarner dans ses actions la prédominance des croyances et des convictions manifestées par la collectivité.

Dans cette perspective, l'État du Québec et son administration restent perçus comme les premiers défenseurs de l'intérêt individuel et collectif par la majorité des Québécois et responsables de l'organisation des solidarités requises par la population. Celles-ci se matérialisent, au premier chef, par la production et la prestation des services publics respectant les critères qu'induit la poursuite incessante de l'intérêt général et du bien commun.

En outre, cette collectivité attend des autorités politiques qu'elles agissent spontanément comme le gouvernement national d'un État disposant de toutes les compétences nécessaires pour défendre et promouvoir ce bien collectif, mais aussi un État qui dispose, même fédéré, des moyens de mobiliser et d'utiliser dans la transparence les ressources publiques essentielles. De fait, l'État québécois jouit spontanément d'une légitimité pour se poser en défenseur des intérêts de la société au sein de toutes les instances qui le requièrent.

Aussi, l'administration publique québécoise est, à ces fins, constituée d'un ensemble d'institutions ou d'organisations de droit public dont le personnel est responsable de la conception, de la production, de la gestion et du contrôle des biens et des services

publics. Fruits d'un régime démocratique, leurs statuts (lois constitutives et règles organiques) et les modes de prestation qui leur sont associés, comme d'ailleurs la gestion interne des structures organisationnelles, doivent correspondre, pour conserver pertinence et acuité, aux valeurs dominantes et aux exigences qu'entretient la société québécoise à l'égard du service public.

Au cœur même de cette société politique, les règles héritées du passé déterminent également un ensemble d'institutions qui encadrent les services publics dans une architecture de contrepois compatibles avec les principes du système politique. L'autorité du pouvoir exécutif, qui est secondée par une fonction publique neutre, probe, impartiale et loyale à un gouvernement élu dans le respect des règles démocratiques, y est considérable. Inscrits dans une division des pouvoirs étatiques dont la dynamique institutionnelle est régie par les principes du parlementarisme britannique, les chefs de l'administration publique y sont les ministres qui siègent à l'Assemblée nationale. Sous la direction du Premier ministre, ces titulaires de charges publiques doivent leurs responsabilités au soutien dont le gouvernement bénéficie de la part de la majorité des parlementaires désignés par l'électorat et leur sont directement imputables de leurs actions tout comme de leurs omissions.

### **Une définition consensuelle de l'intérêt général et du bien commun**

Autre valeur profondément enracinée dans l'esprit des Québécoises et des Québécois: la conviction qu'il faut pratiquer une réelle concertation des diverses composantes de la société civile avec l'État lorsque vient le moment de débattre d'enjeux majeurs de gouvernance, c'est-à-dire ceux susceptibles d'affecter les droits et l'économie générale des rapports sociaux, économiques et politiques ou de relever les défis collectifs qui exigent la mobilisation des forces vives de la société. Au Québec, ces rapports s'inscrivent dans une longue tradition marquée de la vision selon laquelle une bonne politique publique et les pratiques qui en découlent doivent être la résultante d'une participation transparente des diverses composantes de la société civile (individus, groupes, entreprises) lors de son élaboration

comme de son évaluation, voire le résultat d'une réelle concertation entre eux et avec l'État pour que l'acuité des décisions du parlement et du gouvernement soit assurée dans la durée.

Ainsi, depuis les années 1960 avec l'élection « quasi référendaire » sur la nationalisation des compagnies d'électricité, les gouvernements québécois successifs, soutenus en cela par la Fonction publique de l'État, privilégient un type d'action publique qui, au-delà des scrutins électoraux périodiques, favorise une définition consensuelle des principaux éléments constitutifs du « bien commun » et de l'« intérêt général ». On vise ainsi à ce que tout bien ou service public déterminant repose d'abord sur un degré suffisant de consensus sociopolitique plutôt que sur la capacité de l'État de recourir à la coercition, à l'interdiction ou à l'obligation assortie de sanctions que tout gouvernement peut toujours légitimement invoquer dans la gestion des affaires publiques.

Dans ce cadre, le Parlement québécois a délégué d'importants pouvoirs à des organismes autonomes, notamment à des organismes non judiciaires, dont l'utilité leur a acquis également une notoriété et une pérennité certaines. À titre d'exemple, le Vérificateur général, le Protecteur du citoyen, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, la Commission d'accès à l'information et à la protection des renseignements personnels, voire le récent Commissariat chargé de surveiller les pratiques du lobbyisme, ou, sur un autre plan, les tribunaux administratifs, contribuent à assurer un équilibre interne d'ordre quasi constitutionnel aux yeux de nombreux citoyens.

En effet, pour une majorité de citoyens, l'existence de ces institutions ou autorités, dont la majorité se rapporte directement et publiquement à l'Assemblée nationale, est essentielle à la recherche durable du bien commun. Dans l'esprit de la grande majorité des Québécois, toutes ces institutions veillent effectivement, à leur façon, à garantir l'équité, la transparence et la saine utilisation des fonds publics servant à rendre disponibles et accessibles les biens et les services publics de qualité au moindre coût. Et ils comprendraient mal qu'elles soient exclues de la supervision et du contrôle des services publics offerts en partenariat comme l'ont démontré les consultations précédant

l'adoption du projet de loi sur l'Agence des partenariats public-privé.

Les effets de ces acquis institutionnels au service du bon fonctionnement de la démocratie québécoise balisent toute notre réflexion. Conscientes de constituer une société minoritaire, la plupart des composantes de la société québécoise considère d'instinct, particulièrement en matière de service public d'intérêt général, que sa situation requiert « plus d'État » que les sociétés voisines, partenaires ou concurrentes. Cela ne lui interdit toutefois pas d'aller progressivement vers moins d'État et ne la soustrait pas à la nécessité de « mieux d'État ». Mais ces convictions profondes exigent des gouvernements réformateurs le respect d'un processus de maturation des changements qui démontre leur maîtrise et leur considération des principes qui encadrent le « service public à la québécoise ». Aussi, lorsqu'un gouvernement remet en cause l'architecture des services publics à l'échelle nationale ou territoriale, où même celle, de portée plus limitée, des processus de leur production ou de leur prestation sans prendre cette précaution, il risque un échec que la substance de son projet ne mérite peut-être pas.

## ■ DIVERSIFICATION DES MODES D'ENCADREMENT DE LA PRODUCTION ET DE LA DISTRIBUTION DES BIENS ET DES SERVICES PUBLICS

Une croyance ancrée dans l'esprit de la population québécoise est à l'effet que tout service public, parce qu'il est sous l'égide de l'État, est le produit de l'action des fonctionnaires oeuvrant à l'intérieur de l'administration gouvernementale. De fait, la Fonction publique de l'État, qui compose le personnel des ministères, est effectivement toujours associée à la conception et au processus entourant les décisions du gouvernement et du parlement. Toutefois, cette implication automatique ne concerne qu'un des deux rôles que peut assumer cette institution : le « rôle soutien et conseil à l'Autorité constituée » que la loi ou les conventions

confèrent à ce groupe particulier de travailleurs du secteur public. Quant au rôle d'agent responsable de la production et de la distribution des biens ou de la prestation des services publics, la situation est depuis de nombreuses années beaucoup plus complexe et nuancée (la Fonction publique québécoise ne représentant qu'environ 16 % de l'effectif du secteur public québécois). Il en résulte un constat déterminant : contrairement à d'autres sociétés, la fonction publique de l'État québécois n'a pas, et ce depuis longtemps, le monopole de la production et de la prestation directe des services publics d'intérêt général.

## Panoplie des options déjà pratiquées au Québec pour la production et la prestation des services publics

Lorsque l'État décide, motivé en cela par la vision que le gouvernement entretient de l'intérêt général et du bien commun, de conférer ou de maintenir le statut public à un bien ou un service, le Pouvoir exécutif a pleine latitude pour choisir comment et par quelle structure (de droit public ou de droit privé à but lucratif ou non) le produit et le service sous sa compétence seront rendus disponibles et accessibles aux citoyens qui y ont droit.

Ainsi, le Conseil des ministres dispose théoriquement de cinq options au plan organisationnel :

- Option 1** Une structure ministérielle
- Option 2** Un organisme de statut public jouissant d'une marge d'autonomie administrative (exemples : offices, régies, agences, sociétés, etc.)
- Option 3** Une structure de niveau infraétatique à vocation territoriale dont les autorités sont élues (ex. les municipalités)
- Option 4** Une entreprise du secteur privé à but lucratif ou non lucratif
- Option 5<sup>1</sup>** Une instance supraétatique (voire supranationale) publique ou privée

<sup>1</sup> On note traditionnellement que les États fédérés canadiens (provinces) optent pour une des quatre premières options. Les provinces les plus peuplées, dont le Québec, redoutent généralement une intervention déstabilisante du palier fédéral en cas de recours à la cinquième option.

## ■ UNE TRADITION QUÉBÉCOISE DE DIVERSITÉ ET EXPÉRIENCES DES RELATIONS CONTRACTUELLES

### Un encadrement des gestions partenariales (public-public ou public-privé) pour éviter le « laisser-faire »

Si une organisation infraétatique publique (option 3) ou une entité de droit privé (option 4) est jugée plus appropriée (décision politique), le gouvernement doit à la fois décider quelles normes prescriptives sont jugées nécessaires, par quels moyens il les imposera, comment sa fonction publique exercera un contrôle de leur respect et par quel instrument juridique il les fera connaître au partenaire (maître d'ouvrage) et aux citoyens, notamment, les normes et les standards d'accessibilité aux services et toute autre prescription entourant les modalités de transactions avec les citoyens-usagers.

De fait, le gouvernement, dans le cadre d'une politique publique, demeure toujours le seul acteur responsable devant le parlement, c'est-à-dire qu'il doit, en tout temps, s'avérer en mesure d'assumer l'obligation de prévenir, l'obligation d'agir à temps, celle, le cas échéant, de réparer et l'obligation de rendre compte de ses actions ou omissions au parlement et à la population. Traditionnellement, les gouvernements démocratiques recourent à quatre procédés pour garantir la qualité des produits et le respect des standards d'accessibilité requis.

On peut les rappeler comme suit :

- L'Autorité constituée définit dans une loi le cadre et les paramètres d'action du producteur des services. Cette approche est généralement suffisante quand la production et la livraison du bien ou la prestation du service sont confiées à une instance ou à une entité qui relève du droit public (municipalités, organismes ou sociétés publics dans le cadre d'une décentralisation administrative).
- L'État impose par une loi des normes et des modalités précises pour le processus et les standards de production, ceux de l'offre et des transactions avec les citoyens concernant un bien ou un service reconnu d'intérêt public. Cette formule est jugée

nécessaire lorsqu'une entité qui relève du droit privé est en cause : entreprises à but lucratif ou non lucratif, individus membres d'une corporation professionnelle, etc.

Aujourd'hui, pour atteindre les mêmes fins, plusieurs États de droit ont recouru au « contrat » (contrat de délégation de gestion d'un service ou contrat de partenariat public-privé) plutôt qu'à la régulation législative, celle-ci étant jugée trop lourde ou pas suffisamment flexible pour faire face à certains besoins, notamment dans un contexte de globalisation et de libération des échanges des biens et des services.

- L'État peut décider de contribuer partiellement, soit financièrement par des subventions au fonctionnement de l'entité dispensatrice soit techniquement (exemples : prêts de ressources humaines, matérielles, mise à disposition du domaine public, etc.), moyennant, en contrepartie, l'imposition de conditions contraignantes à son soutien. Ce procédé est depuis longtemps utilisé au Québec lorsqu'un organisme sans but lucratif est appelé à offrir des services jugés d'intérêt public. Dans la perspective du développement de coresponsabilités avec des entreprises du marché (exemples : concessions, délégations de gestion, PPP), le cadre contractuel est le véhicule pour regrouper les engagements et obligations réciproques.
- L'État peut également intervenir, en tout temps, sur la demande. Il s'assure alors que les citoyens peuvent se procurer le produit ou le service disponible en réglementant le marché pour son acquisition ou en fournissant à la population ciblée les moyens financiers de l'acquérir (exemples : fiscalité particulière ou programme de transferts financiers aux personnes).

Par ailleurs, on doit évidemment prendre acte, si la puissance publique compétente ne juge pas pertinent d'intervenir d'une façon spécifique selon un ou plusieurs de ces modes, que le gouvernement opte pour n'assumer aucune responsabilité directe autre que celles rattachées au maintien du bon ordre public.

On estime alors que, du point de vue de l'État central, la production et la livraison du bien ou la prestation du service aux citoyens sont objet d'une dévolution. On est alors face à une cession de compétence à l'endroit d'une instance publique dont les dirigeants sont soumis à un contrôle démocratique (par exemple une municipalité) ou face à une privatisation au profit d'une structure d'économie libérale ou d'économie sociale qui n'est soumise qu'aux règles générales qui encadrent le libre marché.

### La diversité québécoise des modes d'encadrement des services publics d'intérêt général

Les pouvoirs publics québécois ont utilisé depuis longtemps toute cette panoplie de moyens d'action régis par le droit public pour rendre disponibles et accessibles les biens et les services publics aux citoyens qui y ont droit ou pour satisfaire les besoins nécessaires au bon fonctionnement des institutions publiques et des administrations qui les composent. Si la régie directe et la création de structures de droit public (commissions, offices, sociétés, établissements, etc.) constituent les modes d'organisation pour la production et les prestations les plus courants, le recours aux acteurs qui relèvent du droit privé a été constant au cours des diverses périodes de l'histoire récente.

En matière de service d'intérêt général, la régie directe par les ministères ou le recours à une structure de droit public restent les modes utilisés le plus naturellement. Ils permettent en effet aux autorités politiques d'impulser et de contrôler plus facilement l'action de l'administration et d'en rendre compte au parlement et à la population. L'exercice de cette imputabilité est alors éclairé par les analyses, les observations et les recommandations des institutions de contrôle du pouvoir exécutif que sont le Vérificateur général, le Protecteur du citoyen, la Commission d'accès à l'information, etc. qui se rapportent directement au parlement.

Néanmoins, l'appel au secteur privé à des fins spécifiques (réalisation de travaux, fourniture d'équipements ou de services professionnels, sous-traitance de la gestion de prestations spécifiques aux citoyens) est depuis longtemps fréquent. De fait, à l'instar de la plupart des pays de l'OCDE,

l'administration publique québécoise y consacre, bon an mal an, de 25 % à 30 % des dépenses publiques. Toutefois, pour des motifs de rigueur et de transparence, il est encadré par un droit administratif qui s'est précisé au fil des ans pour réduire les risques de dérives inhérents aux rapports entre les cultures des entités de droit privé et celles du secteur public. Aujourd'hui, ce droit administratif est adapté à l'évolution des besoins les plus concrets en matière de fournitures et autres intrants nécessaires au bon fonctionnement de l'administration publique tout en garantissant le respect des valeurs et des normes de conduite correspondantes aux hauts standards éthiques et déontologiques attendus par la population concernant tout ce qui a trait au service public.

### Les relations contractuelles existantes entre le secteur public québécois et le secteur privé : « marchés publics » et « alliances »

Au Québec, les relations contractuelles existantes entre l'État, ses mandataires ou les instances territoriales décentralisées (municipalités, commissions scolaires) et les entreprises du secteur privé prennent principalement deux visages : le « contrat de marchés publics », d'une part, et les « alliances » *ad hoc* ancrées sur des protocoles d'entente ou des conventions spécifiques, d'autre part.

Les « **contrats de marchés publics** » prennent la forme de conventions qui instaurent des relations de client à fournisseur entre les ministères ou d'autres catégories d'organisations publiques, et les entreprises privées au terme d'un processus rigoureux d'appel d'offres décrit dans un texte de loi. Le prix versé par l'administration publique est la contrepartie immédiate de la prestation reçue et les relations entre les cocontractants sont régies par un texte contractuel de fourniture, de travaux ou de services professionnels, pendant toute sa durée, généralement limitée. L'entreprise ne court d'autre risque que celui de tout fournisseur. Depuis les années 1960, la majorité des cas d'impartition ou de sous-traitance de services relève de ce mode contractuel.

Sous le vocable générique de « **alliances** », on peut regrouper les relations traditionnelles diverses qui prévalent aujourd'hui entre les pouvoirs publics et

nombre d'entités privées – notamment des organisations à but non lucratif (OSBL) – conduisant à la production et à la prestation de services ou à l'exploitation de ressources du domaine public. Cette forme de rapports formalisés permet de confier à un tiers, sous l'autorité d'une administration publique (ministère, organisme gouvernemental, services municipaux), la gestion d'une activité ou d'un service à la population selon des modalités et des exigences prédéterminées et convenues entre les parties.

Il s'agit donc bien ici d'activités à caractère public assurées par des entités de droit privé. Par contre, à la différence des « marchés publics » déjà évoqués, l'entité privée se voit alors transférer une part importante ou même la totalité du risque lié à la production et à la consommation du produit ou du service qu'elle prend en charge.

Au Québec, plusieurs de ces ententes bénéficient d'un dispositif réglementaire particulier; par exemple les concessions de territoires publics pour la mise en valeur de ressources forestières, fauniques ou minérales; ou bien encore les règles de reconnaissance et de financement des établissements privés dans les domaines de l'éducation, du gardiennage, de l'hébergement, voire de certains services à caractère culturel ou pour l'encadrement du sport amateur et des activités de loisirs en milieu municipal.

Mais d'autres font l'objet d'une réglementation minimale, tels les baux emphytéotiques qui ne touchent qu'une partie du partenariat. Force est de constater que cette dernière catégorie d'alliances aux accents de « joint venture » ne fournit pas toujours le degré de sécurité juridique et financière attendu des parties.

## **Les PPP: des contrats d'un nouveau type à développer et à baliser**

Toute forme de délégation ou de partage de responsabilités liée à la production et à la gestion des services publics au secteur privé reste complexe. Les contrats de PPP le sont encore davantage dans la mesure où ils portent sur une longue période et impliquent des investissements lourds pour les deux parties. Qui plus est, les montages financiers peuvent évoluer dans le temps et les interlocuteurs changer. D'où l'extrême difficulté de prévoir dans le contrat un contrôle des ouvrages, de leur entretien et éventuellement des services qu'ils supportent qui puissent sur le long terme mener à des jugements équitables.

Ces conventions impliquent trois partenaires dont les droits sont en jeu: l'État, l'entreprise et les citoyens. Les conditions du respect des droits des citoyens (contribuables ou éventuels usagers) exigent d'être bien circonscrites dès lors que la fonction publique de l'État, dont c'est la première mission en vertu de la Loi sur la fonction publique (article 2), n'est pas le fournisseur direct. Et ce, non seulement parce que l'opérateur sera parfois partiellement rémunéré par une redevance payée directement par les usagers – le plus souvent cette rémunération viendra directement des pouvoirs publics au prorata de la fréquentation si les produits s'y prêtent – mais également parce que les responsabilités (obligations) acceptées par les signataires du contrat concernent un service public d'intérêt général à la population<sup>2</sup>, statut attribué à un service qui confère des droits notamment de qualité, de disponibilité continue, de transparence et d'accessibilité pour les citoyens visés.

---

<sup>2</sup> Dans le cadre canadien, tous les paliers étatiques partagent une notion de services publics qui, notamment à la lumière des jugements des tribunaux, repose pour l'essentiel sur les trois mêmes principes:

- Le principe de l'égalité des citoyens. Tout citoyen qui se trouve dans la même situation doit bénéficier du service, payer le même prix ou remettre la même redevance, sans discrimination.
- Le principe de la continuité. Un service public doit être disponible et accessible tant que la mesure n'a pas été formellement abrogée.
- Le principe de la transparence. Le citoyen doit pouvoir connaître à priori les coûts pour l'acquisition d'un service public ou pouvoir accéder légalement aux critères et barèmes pour s'assurer que les conditions de la prestation qu'il obtient ne sont pas arbitraires.

Pour ces motifs, tout dispensateur d'un service public, qu'il agisse d'autorité ou sur demande volontaire d'un citoyen, est tenu de protéger les droits de son interlocuteur et de l'inciter à leur exercice, en conformité avec toutes les lois qui les régissent.

Plusieurs critères doivent donc être respectés pour que le mode « partenarial » entre structures de droit public et de droit privé pour la production et la distribution des biens et services puisse s'avérer équilibré, efficace et respectueux de leur statut d'intérêt public. Ces critères comprennent d'abord la reconnaissance formelle par le parlement et le gouvernement de l'intérêt public du service ou de l'équipement objet du partenariat, puis, ensuite, l'existence de liens contractuels durables entre l'État et le partenaire privé ainsi qu'entre ce dernier et les citoyens-usagers, y compris dans l'éventualité de mutation corporative comme la vente des actifs de l'entreprise ou la prise de contrôle par des tiers et la cessation des activités.

Les rubriques du contrat doivent également porter sur la détermination des champs d'autonomie de l'opérateur par rapport à l'autorité publique pour la production et l'exploitation du bien ou du service, le transfert éventuel au partenaire de droit privé de prérogatives publiques si le service s'y prête (exemples: manipulation de renseignements personnels, réduction des impôts fonciers, organisation de la sécurité, etc.), les moyens de contrôle publics de ces délégations et, surtout, la nature et les modalités du financement et de la rémunération du maître d'ouvrage privé, notamment à partir des revenus provenant des citoyens-contribuables (et non des citoyens-usagers comme c'est le cas fréquemment pour les simples délégations de gestion) assorties d'une formule équitable de partage des risques.

Ainsi, on comprend mieux pourquoi, dans les champs de compétence des pouvoirs publics, ces conditions semblent plus faciles à réunir dans le domaine des infrastructures ou de la distribution à caractère commercial et industriel, l'énergie, la distribution de l'eau ou de l'électricité et les télécommunications, mais plus difficiles à respecter pour les services à caractère social ou sanitaire. Plusieurs pays excluent même le recours à ces formules de partenariat ou même de délégation pour des services sensibles relevant de la mission régaliennne (sécurité, justice, défense, relation internationale, transaction avec les citoyens non respectueux de la loi).

On mesure aussi davantage la nécessité de mieux définir ce qui doit caractériser juridiquement le concept de « contrat de partenariat public-privé » de celui d'une simple gestion déléguée par les pouvoirs publics dans le cadre des règles existantes des marchés publics. Cette réflexion devrait permettre de développer et de fixer les contraintes juridiques et opérationnelles propres à ce mode de cogestion et jugées acceptables par les parlementaires, préciser le cadre éthique et déontologique des acteurs, déterminer les principes et modalités du contrôle exercé par les institutions redevables à l'Assemblée nationale, etc., et qui plus est, clarifier les contours et les critères du « service public d'intérêt général » pratiqué au Québec dans les secteurs visés.

D'où également l'opportunité d'envisager l'adoption, au terme de cette seconde étape, d'un code régissant les contrats de PPP (exemple: un règlement adopté par le gouvernement en vertu d'une loi cadre sur les services publics) différent du « code des délégations de gestion des services publics » que l'on retrouve au Québec dans un chapitre du règlement qui couvre les contrats de fournitures. Prenant en compte les règles qui régissent les marchés internationaux, il est dans l'intérêt des parties (sécurité juridique et financière) de prévoir explicitement la façon dont les acteurs doivent se conduire eu égard au fait qu'il s'agit de services publics d'intérêt collectif et les recours possibles en cas de litige aussi bien pour les citoyens, que pour les entreprises et les Pouvoirs publics signataires.

### Vers des PPP à la québécoise ?

Le concept de « partenariat public-privé » dont il est question au Québec a une signification et une portée précises selon les déclarations ministérielles officielles même si celles-ci laissent la porte ouverte à divers développements futurs qui vont au-delà des infrastructures et des services qu'ils supportent directement.

Il faut savoir en effet qu'il s'agit essentiellement d'un instrument de gestion publique souvent désigné par l'acronyme « PPP » (ou « 3P »). Il renvoie à un mode d'action permettant aux pouvoirs publics d'assumer certaines de leurs responsabilités reliées au support, à la production et à la prestation de biens et de

services publics dans le cadre d'une relation qui s'apparente à une cogestion avec des acteurs de droit privé.

Autrement dit, ces partenariats sont des pratiques de coopération formelle (contractuelle) entre les autorités politiques (maître d'œuvre) et les entreprises (maître d'ouvrage) pour exécuter une mission d'intérêt général ou de service public. Dans les États où cette option a été privilégiée (notamment en Grande-Bretagne avec les PFI), les conventions sont généralement globales, c'est-à-dire qu'elles couvrent la conception, la construction ou la rénovation d'une infrastructure mais aussi son financement, sa gestion et son entretien et, le cas échéant, la fourniture du ou des services publics que cette infrastructure supporte.

Pour certains analystes, ces nouveaux types de contrats empruntent alors à la logique de la « concession », voire à celle de la « franchise » en ce qui concerne la production et la prestation de services publics d'intérêt général. Pour d'autres, il s'agit uniquement d'une formalisation de pratiques de collaboration (« alliances ») qui n'offraient pas antérieurement de garanties juridiques et financières suffisantes.

### **Les normes européennes en matière de PPP**

En Europe, les pratiques nationales dites « partenariats public-privé » prolifèrent dans plusieurs États membres de l'Union sans ligne directrice communautaire. Inquiète de l'impact négatif de cette confusion sur la libre circulation des biens et des services garantis par les Traités successifs, la Commission européenne a dressé une liste de caractéristiques communes à ce type d'opérations. On peut les résumer comme suit :

- La durée relativement longue de la relation, impliquant une coopération entre le partenaire public et le partenaire privé sur différents aspects d'un projet.
- Le financement du projet assuré en partie par le secteur privé, y compris par le biais de montages complexes entre plusieurs acteurs. Des financements publics, parfois très importants, peuvent néanmoins s'ajouter aux financements privés.

- Le rôle important de l'opérateur économique qui participe à différents stades du projet (conception, réalisation, mise en œuvre, financement).
- L'intervention du partenaire public centrée essentiellement, d'une part, sur la définition des objectifs à atteindre en termes d'intérêt public, de qualité des services offerts et de politique des prix et, d'autre part, sur le contrôle du respect de ces objectifs.
- La répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé sur lequel sont transférés des aléas habituellement supportés par le secteur public.
- Une répartition précise des risques au cas par cas, en fonction des capacités respectives des parties en présence à évaluer, à contrôler et à gérer ceux-ci.

On note, de fait, que tous les types de conventions de partenariat associés à la production et à la prestation de services publics (« délégation de service public » et, depuis juin 2004, « contrat de PPP » en France, « contrat de concession » en Belgique, montages de type « BOT » Built, Operate, Transfer dont les contrats « Private Finance Initiative » PFI en Grande-Bretagne, etc.) n'impliquent pas nécessairement que le partenaire privé assume tous les risques où même la part la plus importante des risques liés à l'opération.

### **■ AVANTAGES ET LIMITES DE LA FORMULE DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ**

On observe quatre situations où la formule des contrats de PPP est préférée à la régie directe par l'État ou par une instance territoriale ou à la simple délégation de gestion :

- lorsque le projet requiert un niveau élevé de technicité,
- lorsque le projet nécessite des investissements importants,
- lorsque le financement du projet repose plus sur le contribuable que sur le citoyen bénéficiaire du service,

- lorsque le secteur privé est mieux à même d'assurer la qualité et l'efficacité d'un bien ou d'un service d'intérêt collectif que les Pouvoirs publics concernés.

Ces quatre critères peuvent, pour une administration, justifier logiquement la conclusion d'un partenariat avec le privé si l'opportunité d'agir dans un domaine est requise par les autorités politiques garantes de l'intérêt public et du bien commun. L'optimisation des possibilités d'un tel contrat de partenariat public-privé permet alors de pallier à des contraintes conjoncturelles ou des difficultés structurelles rencontrées par les administrations publiques (ressources matérielles, technologiques, financières ou humaines) pour répondre à des besoins prioritaires et financièrement lourds jugés relever de la sphère des services publics.

### Les avantages recherchés

Pour le secteur public et les citoyens qu'il sert, le premier avantage de recourir à cette option, quand la régie directe n'est pas la plus avantageuse, est de maintenir un bien ou une activité utile à la population dans le cadre de la sphère et des principes qui sous-tendent les services publics d'intérêt général.

Dans le cas contraire, une infrastructure ou un service pourraient être privatisés, ou encore le demeurer, voire éventuellement disparaître si la dynamique du marché ne génère pas un niveau de demande suffisant pour intéresser les investisseurs et les producteurs privés agissant de leur propre initiative. On comprendra que les pouvoirs publics, qui en ont la compétence juridique, répugnent aujourd'hui de recourir à la coercition d'acteurs privés par la régulation du marché et excluent généralement, sauf situation d'extrême urgence, toute mobilisation forcée.

Par ailleurs, divers avantages intrinsèques à ce mode de coopération public-privé sont ainsi recensés par les analystes :

- Dans une économie ouverte, le financement nécessaire pour faire face, par exemple, à une rénovation majeure ou à l'extension d'un équipement collectif (secteur de la santé ou de l'éducation, transport en commun, service des eaux, etc.) peut connaître

une croissance significative du fait de la mobilisation de capitaux privés.

- La flexibilité du secteur privé performant contrebalance, si elle est utilisée à bon escient, la lenteur légitime des règles de procédure du secteur public permettant ainsi une meilleure adaptation des moyens aux fins.
- Grâce aux PPP, les autorités publiques et les citoyens peuvent souvent accéder plus rapidement aux innovations technologiques résultant du dynamisme de la recherche privée.
- Le recours au secteur privé permet, dans certains cas, des économies d'échelle que les municipalités, même de taille moyenne, ou des organismes gouvernementaux spécialisés ne peuvent espérer atteindre.
- Pour les entreprises et leurs investisseurs, les contrats de PPP réussis ouvrent des perspectives de croissance. Les sociétés privées peuvent, le cas échéant, se prévaloir de leurs expériences concluantes dans un pays pour obtenir des marchés à l'étranger grâce à la caution étatique qu'elles peuvent fournir.

### Les écueils intrinsèques associés au recours à cette formule

Une fois le principe du recours à cette option pour l'action publique décidé, le premier écueil est d'ordre politique. Il porte sur la délimitation des champs et des besoins que l'Autorité publique pourra éventuellement couvrir par de tels partenariats.

Ainsi, des États interdisent formellement le recours aux PPP dans certains domaines telles les relations extérieures, l'administration de la justice ou les fonctions de police. D'autres États, au contraire, restent ouverts à cette option quelle que soit la sensibilité du champ de compétence étatique au cas où, par exemple, des propositions non sollicitées s'avèreraient intéressantes dans le futur. Finalement, certains États, soutenus par une opinion publique soucieuse que s'exerce un contrôle transparent sur l'évolution des services publics, établissent clairement dans une loi les critères d'un recours éventuel aux contrats de

partenariat public-privé. On peut y retrouver, par exemple, que l'option PPP ne sera envisagée pour un service public d'intérêt général qu'à condition que la production de celui-ci nécessite une infrastructure complexe (équipement, technologies, etc.) qui exige des investissements lourds pour son implantation et son entretien ou qui nécessite l'embauche et la rétention d'un personnel hautement technique dans un domaine où les qualifications évoluent rapidement.

• **Le respect d'une procédure exigeante.** Au-delà de ce débat général sur les limites des champs des PPP, les écueils nés du recours à la formule apparaissent lors de son application. La définition précise des besoins formulés en matière de résultats attendus du partenariat pour permettre une décision éclairée des autorités politiques, le processus de recueil de propositions adéquates en nombre suffisant, celui de leur mise en concurrence et l'étape du choix dans la transparence du ou des partenaires privés sont des stades cruciaux.

• **Une négociation complexe.** La négociation d'un contrat de partenariat à long terme (souvent plus de vingt ans), principalement les clauses sur la qualité des ouvrages et de la maintenance par rapport aux coûts finaux pour les contribuables, les articles fixant l'accès à l'information pertinente (financière, technique, organisation du travail, etc.) permettant le suivi et le contrôle – notamment celui des parlementaires – ou les clauses du contrat autorisant l'évolution de la convention et de son financement sont des obstacles difficiles à franchir. En particulier si les entreprises sont étrangères et que le produit exige qu'elles apportent des adaptations à leurs procédés ou à leurs façons de transiger avec l'administration ou les citoyens pour répondre aux normes domestiques.

Pour autant, tout contrat (sphère publique et sphère privée) visant un véritable partenariat suppose l'existence d'un secteur privé développé et intéressé à une répartition des risques techniques, financiers et, le cas échéant, commerciaux. Ainsi, dans le cas d'un contrat de PPP, la négociation doit conduire à ce que le public et le privé supportent le risque qu'ils maîtrisent le mieux dans la conjoncture. Le constructeur est, par exemple, le mieux placé pour

maîtriser le risque de la construction alors que, dans la phase d'exploitation d'un service, les risques se partagent facilement entre les actionnaires, l'opérateur et la puissance publique contractante.

• **Les écueils d'ordre juridique.** Au-delà de la création d'un organisme public voué au développement des PPP comme l'Assemblée nationale du Québec l'a décrété en décembre 2004, le gouvernement et le parlement ont à décider si l'État aura recours à une loi particulière pour encadrer les modalités de mise en œuvre de ces conventions. Ainsi, au Québec, suivra-t-on le modèle retenu par la France qui a adopté récemment une règle juridique spécifique? Se contentera-t-on d'amender le règlement existant sur les marchés publics? Ou encore, à l'instar de la Grande-Bretagne et de plusieurs pays de la common law, tentera-t-on d'agir par de simples contrats de droit commun régis au Québec par les principes du Code civil?

Si aucune règle de droit spécifique permettant un contrôle judiciaire exercé par les autorités compétentes ne vient encadrer ces nouvelles conventions, les expérimentations décidées risquent de susciter la suspicion et de nourrir la controverse malgré tous les discours normatifs ou les guides de saines pratiques qui auront pu être publiés. Les débats d'opportunité à recommencer, les coûts et les délais, à la suite notamment de toute contestation publique des choix qui auront été faits, risquent de faire apparaître ce mode de gestion publique comme une solution peu transparente et porteuse d'un trop grand risque éthique suscitant un péril politique dont plusieurs élus voudront faire l'économie.

• **Des expertises requises dans l'administration publique.** Comme pour chacun des autres modes de gestion publique, les administrations publiques doivent disposer d'un personnel doté de compétences spécifiques pour faire face aux exigences liées à la négociation et à l'exécution des conventions de partenariat public-privé. L'expérience et la formation de négociateurs publics s'avèrent ainsi essentielles pour la réussite de telles opérations où doit primer constamment l'intérêt public.

Par ailleurs, après la conclusion d'un partenariat pour la production d'un bien ou la prestation d'un service, l'administration est logiquement tentée d'abolir ses propres services techniques afférents. Toutefois, elle devra prendre soin de maintenir un nombre minimal d'experts qui seront nécessaires au suivi du partenariat et de la convention.

Si une entité publique doit revenir en régie directe au terme de l'entente ou à cause de carences du partenaire privé, elle devra reconstituer sa capacité technique sur un marché de l'emploi qui peut être difficile; notamment quand la responsabilité de la sauvegarde de l'information, de l'entretien de l'équipement ou de la prestation du service présente des caractéristiques particulières ou qu'ils sont marqués par des normes techniques peu répandues propres à l'ancien partenaire.

• **Les écueils reliés au financement.** Les pouvoirs publics parviennent généralement plus facilement à financer certains investissements à long terme et à moindre coût que les entreprises privées. Ces dernières subissent les contraintes des marchés aussi bien pour réunir les sommes nécessaires que pour assurer une rentabilité financière satisfaisante pour les actionnaires. L'entité publique devra donc fournir une garantie (garantie à l'emprunt, garantie de recettes) à l'entreprise, qui empruntera sur les marchés financiers, pour contenir les coûts du loyer de l'argent nécessaire à l'investissement. Évidemment, ces engagements à long terme, s'ils sont correctement déclarés et pris en compte, limiteront d'autant la flexibilité budgétaire recherchée par les pouvoirs publics.

Pour cette raison, on tentera de centraliser l'information, voire la prise de décision, concernant les divers projets sectoriels en vue de sauvegarder les grands équilibres financiers. Cette centralisation obligée heurte les efforts de responsabilisation accrue et d'imputabilité conduits depuis plusieurs années au Québec comme au sein de nombre d'administrations publiques occidentales.

## ■ LA NÉCESSAIRE REMISE EN CAUSE DE LA CULTURE DES ORGANISATIONS PUBLIQUES ET PRIVÉES

Au terme de ce tour d'horizon, on devine qu'en l'absence d'une culture appropriée de fonctionnement en partenariat, aussi bien dans les structures publiques que dans les structures privées chargées de négocier de telles ententes, les dangers de blocages ou de dérives restent élevés aussi bien avant qu'après la conclusion d'une entente. Plusieurs États, réduits à une expérimentation aléatoire, en ont fait l'expérience, notamment dans les secteurs des infrastructures pour les services de proximité.

Pour réussir pleinement, cette formule semble exiger que les intervenants remettent en question une partie de leur patrimoine organisationnel, tangible et intangible, et en façonnent un nouveau qui soit fonctionnel, qui tienne compte des contraintes du projet et qui satisfasse aux exigences des autorités auxquelles des comptes doivent être rendus. C'est-à-dire, d'un côté les actionnaires et les autres investisseurs nécessaires au financement des investissements privés et, de l'autre, le parlement qui détient la mission inaliénable du contrôle de l'action du gouvernement et celle, au final, de l'adoption des règles juridiques qui déterminent le degré d'autonomie des instances territoriales décentralisées.

Les premiers, légitimement, s'intéresseront d'abord aux modalités de financement et aux revenus dont ils pourront disposer. Pour leur part, les parlementaires voudront veiller à ce que ces contrats ne soient conclus qu'à bon escient, que l'attribution de ces nouvelles formes de convention comprenne toutes les garanties de transparence à la suite de l'application rigoureuse d'une procédure publique soumise aux contrôles d'un droit administratif adapté et enfin que ces contrats, fréquemment complexes, soient rédigés avec la précision requise pour répartir équitablement les risques tout en garantissant aux citoyens que les exigences du service public seront respectées.

Reste un groupe d'acteurs de la sphère publique dont le point de vue s'avère déterminant : celui des travailleurs (syndiqués ou non) du secteur public. Généralement, la mobilisation pour ou contre le recours à ce mode de gestion en partenariat avec des entités privées (à but lucratif ou non) est d'abord fonction des garanties qui leur sont données quant au respect de leurs conditions de travail dans

cet environnement : à savoir en quoi et comment ils pourront bénéficier de tout le support législatif et managérial requis pour leur permettre d'opérer quotidiennement en conformité avec les valeurs et les hauts standards éthiques et professionnels qui caractérisent le service public et à l'égard desquels les citoyens manifestent un attachement prioritaire en exigeant que des comptes soient rendus.

## BIBLIOGRAPHIE

- Assemblée nationale du Québec. Projet de loi no 61. *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*, Éditeur officiel du Québec, 2004.
- Assemblée nationale du Québec. *Compte rendu « in extenso » des travaux de la Commission des finances publiques sur le projet de Loi sur l'Agence des partenariats public-privé*, 2004, [en ligne], <http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature1/commissions/cfp/index.shtml#Journaldesdebats>
- Conseil du trésor. « Orientations sur l'évaluation de l'option du Partenariat public-privé pour réaliser des projets majeurs d'investissement », dans *Recueil des politiques de gestion*, vol.10, chap.1, sujet 2/ C.T.199534, 2003-2004.
- Conseil du trésor. *Politique-cadre sur les partenariats public-privé*, Québec, juin 2004, [en ligne], [www.tresor.gouv.qc.ca](http://www.tresor.gouv.qc.ca)
- Commission des communautés européennes. *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Bruxelles, avril 2004, [en ligne], [www.europa.eu.int/comm/off/green/index\\_fr.htm](http://www.europa.eu.int/comm/off/green/index_fr.htm)
- Cossalter, Philippe. *Private Finance Initiative*, Institut de la Gestion Délégué, France, mars 2001, 88 p.
- Royaume-Uni. *Guidelines of best practice for audit of risk in public/private partnerships*, UK National Audit Office, Londres, octobre 2003, [en ligne], [www.nao.gov.uk/intosai/wgap/ppp.htm](http://www.nao.gov.uk/intosai/wgap/ppp.htm)
- République française. « Ordonnance sur les contrats de partenariat », *Journal officiel*, Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 publiée dans JO n° 141 du 19 juin 2004, page 10994, [en ligne], [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- L'Observatoire de l'administration publique. « La fonction publique de l'État n'a pas le monopole des services publics », *Le Soleil*, 1<sup>er</sup> mars 2004, série : Analyse de l'État du Québec (9), [en ligne], [www.enap.ca/enap-fra/observatoire/obs-presse.html](http://www.enap.ca/enap-fra/observatoire/obs-presse.html)