

**Les enjeux d'imputabilité de l'État envers la protection de
l'intérêt général dans un partenariat public-privé**

**ÉTUDE DES TYPES D'IMPUTABILITÉ ÉMANANT DU SECTEUR PUBLIC ET
DU SECTEUR PRIVÉ ET DES INTERRELATIONS SUSCITÉES
À L'INTÉRIEUR D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ**

PAR

CLAUDIE IMBLEAU-CHAGNON

Octobre 2006

A thesis submitted to McGill University, in partial fulfillment of the requirements of the
degree of Master of Laws from the Institute of Comparative Law
FACULTÉ DE DROIT – INSTITUT DE DROIT COMPARÉ
MCGILL UNIVERSITY, MONTRÉAL

© Copyright by Claudie Imbleau-Chagnon (2006)



Library and
Archives Canada

Bibliothèque et
Archives Canada

Published Heritage
Branch

Direction du
Patrimoine de l'édition

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file *Votre référence*
ISBN: 978-0-494-32884-2
Our file *Notre référence*
ISBN: 978-0-494-32884-2

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.


Canada

Résumé :

À l'heure de la modernisation de l'État québécois, le partenariat public-privé se veut une collaboration durable et compétitive qui fait la promotion d'une renaissance de certains services publics, d'une meilleure répartition des risques et d'une diminution des coûts d'investissements. L'idée d'un partenariat public-privé émerge d'une nécessaire adaptation du service public aux nouvelles exigences des usagers, à la vétusté de certaines infrastructures publiques et aux problèmes de financement de ces services par l'État. Dans quelle mesure le partenaire privé, devenu prestataire des services publics et répondant à des intérêts essentiellement privés, doit-il assumer les risques transférés par l'État? Comment assurer que la protection de l'intérêt général et l'imputabilité du partenaire public sont préservées dans un partenariat public-privé?

Ce mémoire s'organise autour de trois chapitres. Dans le premier chapitre, nous analysons les principaux modèles de partenariat public-privé qui sont valorisés et les paramètres qui les définissent. Cette approche s'appuie sur la notion du service public et de l'intérêt général.

Le deuxième chapitre définit le concept d'imputabilité et établit les principales interrelations d'imputabilité coexistantes dans un PPP. Une analyse souligne les préoccupations rencontrées et critique les dynamiques d'imputabilité et de PPP qui s'y font obstacle.

Finalement, nous avançons dans le troisième chapitre que la valeur de l'imputabilité comme élément intrinsèque d'un PPP passe par les mécanismes de contrôle de l'imputabilité qui y seront privilégiés, axés sur des objectifs de performance adaptés, et du cadre juridique auquel réfèrent les partenaires pour définir ou interpréter leurs responsabilités et leurs façons de se rendre imputables envers certaines autorités.

Abstract :

At a time of reorganization for certain socio-economic paradigms within the Province of Quebec, the public-private duality is in need of a competitive and sustainable collaboration in order to promote and ameliorate public services, provide more controlled levels of risk and lower initial investment costs in such projects. The concept of a public-private partnership is born from a necessity to adapt the structure of the existing systems to better serve the modern demands of users, to replace old and inefficient infrastructures as well as to abet prohibitive financial considerations of the Province of Quebec. Under which circumstances and to which degrees would the private partner in a public-private partnership, having become the custodian of a project serving primarily private interests, be responsible to absorb the risks transferred by the Province of Quebec to the partnership? How can it be assured that the protection of the public interest and inextricable public values links of the public partner are preserved in a public-private partnership?

This thesis is structured into three sections. In the first chapter, we analyze the concept of public private partnerships and the parameters that circumscribe to it. This analysis deals with public services and the public interest. The second chapter defines the concept of accountability while outlining various traits of accountability which may be associated with each member of a public-private partnership as well as with the partnership itself. A more pointed examination then discusses the pitfalls of current systems of accountability within the public-private framework.

Finally, we examine the notional values that the current control mechanisms contribute to a public-private partnership. This analysis indicates that a series of new and renewed control and accountability mechanisms is needed to manage the various idiosyncrasies of a public-private partnership while congruently promoting a balance of interest and vision between the partners of a public private partnerships.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier en tout premier lieu mon directeur de mémoire, le professeur **Jean-Guy Belley** de la Faculté de droit de l'Université McGill, qui a bien voulu diriger mes recherches et me prodiguer ses encouragements : ses judicieux conseils m'ont inspirée.

Je tiens également à remercier les personnes suivantes :

Ma mère et mon père, **Carole Imbleau** et **André Chagnon**, de même que ma grand-mère **Marielle Chagnon**, pour leur indéfectibles encouragements;

Patrick Charbonneau, **Pierre-Louis LeSaunier**, **Julie Morel** et **Stéphanie Raymond-Bougie** qui ont su y croire lorsque je n'y croyais plus;

Pierre Grou, l'oeil de ce mémoire pour sa précieuse collaboration;

Le personnel du cabinet d'avocats **Stikeman Elliott**, pour leur support, leur grande flexibilité, en plus de leur soutien technique, en particulier **Suzanne Grenon**, **Céline Proulx** et **Manon Roberge**;

Alain Massicotte, pour m'avoir mis la puce à l'oreille et m'avoir si aimablement donné accès à son impressionnante bibliothèque;

Et

Julie Landreville pour son encadrement et son appui.

À la mémoire de Jacques Chagnon et de Jean Cholette.

**Les enjeux d'imputabilité de l'État envers la protection de l'intérêt général
dans un partenariat public-privé**

Résumé français.....	ii
English abstract	iii
Remerciements	iv
Table des matières.....	vi
Liste des tableaux et figures	ix
Liste des abréviations	x
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE 1 LES PARAMÈTRES D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ ...	14
1.1 Les approches organisationnelle, économique et juridique du PPP.....	14
1.1.1 Les approches organisationnelle et économique du PPP	14
1.1.1.1 Les formes organisationnelles du PPP	17
1.1.1.2 La détermination des risques	19
1.1.1.3 L'élaboration d'un projet PPP.....	24
1.1.2 L'approche juridique du PPP et la nature du contrat de PPP au Québec.....	28
1.1.2.1 L'impartition	34
1.1.2.2 L'affermage.....	34
1.1.2.3 La concession.....	35
1.1.2.4 Les lois au Québec.....	38
1.2 La notion de « service public ».....	40
1.3 La notion d'intérêt général.....	43
1.3.1 La définition du « public »	45
1.3.2 Les objectifs d'intérêt général dans un service public.....	46
1.4 Conclusion du chapitre	49
CHAPITRE 2 L'IMPUTABILITÉ ET LES PPP	52
2.1 La notion d'imputabilité générale	52
2.1.1 Les quatre dimensions d'imputabilité.....	53
2.1.1.1 La structuration des relations entre les acteurs	53

2.1.1.2	La reddition de comptes	54
2.1.1.3	L'évaluation de la performance	55
2.1.1.4	La responsabilité.....	56
2.1.2	Les formes d'imputabilité dans un PPP	57
2.1.2.1	L'imputabilité bureaucratique	58
2.1.2.2	L'imputabilité politique	59
2.1.2.3	L'imputabilité professionnelle	61
2.1.2.4	L'imputabilité managériale.....	62
2.2	Les préoccupations face à l'implantation d'un PPP : limites et perspectives	64
2.2.1	L'imputabilité comme obstacle au PPP.....	64
2.2.1.1	Les modifications ultérieures et l'évolution du contrat.....	65
2.2.1.2	L'imputabilité politique	65
2.2.1.3	L'origine du partenaire privé	66
2.2.1.4	L'imputabilité professionnelle	66
2.2.1.5	L'imputabilité ministérielle.....	67
2.2.1.6	L'imputabilité économique.....	67
2.2.2	Le PPP comme obstacle à l'imputabilité de l'État.....	67
2.2.2.1	L'utilisateur visé par le PPP.....	68
2.2.2.2	La recherche de profit et d'efficience	69
2.2.2.3	L'origine du partenaire privé	70
2.2.2.4	L'origine du financement	71
2.2.2.5	Le traitement de l'information	72
2.2.2.6	La recherche de profit à court terme.....	73
2.2.2.7	La diversification vs le monopole.....	74
2.2.2.8	La concurrence étrangère	75
2.2.2.9	La durée d'un PPP	75
2.3	Conclusion du chapitre	76
CHAPITRE 3 LES SOLUTIONS : LES MÉCANISMES DE CONTRÔLE DANS LE CONTRAT, LA LOI ET LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES		79
3.1	Les facteurs influençant les mécanismes de contrôle de l'imputabilité adoptés dans un PPP	83
3.1.1	Le type de services publics en cause.....	83

3.1.2	Les rapports de pouvoir entre les partenaires	85
3.1.3	Le monopole privé.....	86
3.2	L'encadrement juridique.....	86
3.2.1	Le contrat	87
3.2.1.1	L'appel d'offres.....	91
3.2.1.2	Les audiences et les consultations publiques.....	92
3.2.1.3	Les obligations d'information et l'accès à l'information.....	93
3.2.1.4	Les obligations financières	93
3.2.1.5	La diversité des acteurs privés	94
3.2.1.6	Le choix des sous traitants.....	95
3.2.1.7	Les sanctions.....	95
3.2.1.8	La modification et la résiliation unilatérales	97
3.2.2	La loi.....	99
3.2.2.1	Les avantages à légiférer.....	100
3.2.2.2	Les limites d'une loi cadre.....	101
3.2.3	L'autorité tierce aux parties	102
3.2.3.1	L'agence gouvernementale	103
3.2.3.2	L'autorité indépendante	105
3.2.4	Les groupes divers	106
3.2.4.1	Les médias	107
3.2.4.2	Les groupes de pression	107
3.2.4.3	Les associations professionnelles et les accréditations.....	107
3.3	Conclusion du chapitre	108
	CONCLUSION.....	111
	BIBLIOGRAPHIE	115

FIGURE 1 LE COÛT D'UN PROJET PPP.....	16
FIGURE 2 LE NIVEAU D'ENGAGEMENT ET LE NIVEAU DE RISQUE DU SECTEUR PRIVÉ SELON DIFFÉRENTS TYPES DE PARTENARIAT.....	21
FIGURE 3 LES ÉTAPES DE RÉALISATION D'UN PROJET PPP	25
FIGURE 4 L'APPROCHE JURIDIQUE : DIFFÉRENTES RELATIONS CONTRACTUELLES D'UN MODÈLE DE PPP - DBFO	30
TABLEAU 3 LES PRINCIPAUX MODÈLES DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ.....	36
FIGURE 5 LA CONTRACTUALISATION DES INTERRELATIONS D'IMPUTABILITÉ : EXEMPLE DU PONT DE LA CONFÉDÉRATION	88

LISTE DES ABRÉVIATIONS

PPP	Partenariat public-privé
DBFO	Design-Build-Finance-Operate
BOT	Build-Operate-Transfer
C.c.Q.	<i>Code civil du Québec</i>
Agence	Agence des partenariats public-privé du Québec

« Si l'État est fort, il nous écrase.
S'il est faible, nous périssons¹ »

INTRODUCTION

Depuis la moitié du dernier siècle, la prise en charge des infrastructures assurant des services publics se trouve sous la responsabilité de l'État. Mais voilà que le débat s'ouvre sur la nature changeante et le rôle incertain d'un État prestataire de ces services. On observe de plus en plus une tendance à se retrancher sur des solutions extérieures à l'État pour faire face aux enjeux sociaux et à d'autres questionnements concernant l'avenir de la démocratie, de la légitimité, de la participation du citoyen dans la gouvernance de l'État, de l'éthique, de la responsabilité, du leadership, de l'autorité politique et organisationnelle, et finalement des réformes politiques². Et la question se pose quant aux changements à mettre en œuvre afin de rendre l'État assez organisé et structuré pour encadrer ou assurer un service public plus efficace, plus effectif misant sur l'équité, l'accessibilité, la continuité, l'adaptation et la gratuité, le cas échéant³.

Tout d'abord, la privatisation et tout genre de collaboration entre le public et le privé doivent être mis en contexte avec les autres événements qui influencent la planète entière depuis les deux dernières décennies. À l'heure de la mondialisation, de la résurgence des politiques néo-libérales dans les démocraties, du libre-échange, de l'intégration des marchés et de la dérégulation d'importantes innovations technologiques, à l'heure d'un fort endettement et des

¹ Voir Paul Valéry, « Fluctuations sur la liberté, Regard sur le monde actuel » Plan 1938.

² Voir Mark H. Moore, « Introduction », dans *Symposium: Public Values in an Era of Privatization*, (2003) 116 Harv. L. Rev. 1212 (WL) [Moore]; M. Taylor, « Between Public and Private: Accountability in Voluntary Organizations », (1996) 24 (I) Policy and Politics 57 [Taylor].

³ Voir Matthew Diller, « Introduction: Redefining the Public Sector: Accountability and Democracy in the Era of Privatization », (2000-2001) 28 Fordham Urb.L.J. 1307 [Diller]; Jody Freeman., « The Private Role in Public Governance », (2000) 75 N.Y.U.L. Rev 543, à la p.547 [Freeman « Governance »].

contraintes budgétaires qui limitent la capacité du gouvernement à faire face à ses besoins croissants en matière d'infrastructures, et finalement, à l'heure de l'expansion des marchés des capitaux internationaux et locaux, procurant ainsi un meilleur accès au financement privé, il n'est pas surprenant de constater une recrudescence de l'intérêt des États à adopter les lois du marché économique comme régime de régulation. D'autres facteurs tels que la progression des technologies de l'information et des communications, de même que l'interdépendance grandissante entre les différents acteurs de la société internationale, l'émergence d'idées et de pratiques rattachées à la notion de responsabilité sociale de l'entreprise, viennent accentuer la volonté de l'État à repenser sa manière d'agir en affaires⁴. À l'intérieur même des États, on constate une dépossession des ressources et des institutions publiques, et l'apparition d'incitateurs encourageant les formes privées de régulation. Il s'est installé une certaine désillusion face aux programmes de restructuration des systèmes publics, désillusion alimentée par les pressions de privatisation des groupes intéressés, l'existence de contraintes financières et d'un déficit budgétaire et, surtout, le désir des gouvernements en place de réduire leur taille, faute de ressources suffisantes, et de nourrir une confiance marquée envers la concurrence et le choix individuel du consommateur⁵.

De plus, le phénomène de la mondialisation a considérablement élargi les perspectives de l'offre en service public en considérant l'intérêt de plus en généralisé des États confrontés à l'insuffisance de moyens⁶. L'intérêt s'est accru

⁴ Voir Acar M., *Accountability in Public-Private Partnership*, thèse de doctorat en philosophie et administration publique, University of Southern California, 2001, aux pp.6-16 [non publiée] [Acar]; Jody Freeman, « Extending Public law Norms Through Privatization », dans *Symposium: Public Values in an Era of Privatization*, (2003) 116 Harv. L. Rev. 1285 (WL) [Freeman « Privatization »]; OCDE, *Projet de rapport, modernisation du secteur public : moderniser la responsabilité et le contrôle*, 30^e sess., no de doc. GOV/PGC (2004).

⁵ Diller, *supra* note 3 à la p.1308.

⁶ Voir Olivier Raymundie, *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, 1^{re} éd., Collection L'Actualité Juridique, Paris, Le Moniteur, 1995, à la p.23 [Raymundie].

du côté des acteurs non gouvernementaux dans l'économie. Ainsi les entreprises, les organisations à but non lucratif, les associations professionnelles et les groupes intéressés prennent de plus en plus part aux décisions politiques en imposant leurs standards, en encourageant l'application de nouvelles formes d'autorégulation et en interagissant avec le secteur public dans la prestation de services.

L'organisation des services publics quant à leur mode de financement, constitue une préoccupation de premier ordre pour la majorité des États. Plusieurs pays industrialisés ont choisi le mode contractuel des partenariats avec le secteur privé afin de répondre aux besoins grandissants de leur population, notamment en matière de santé, d'énergie, de télécommunications et de transport. L'émergence des différents modes de prestation des services publics origine d'un certain postulat voulant que l'État ne peut supporter seul toutes les actions; une démarche parallèle des acteurs privés est indispensable⁷. La solution adaptée milite en faveur de l'émergence du privé, une idéologie axée sur l'efficacité et la rentabilité, plutôt que sur des valeurs non économiques telles que l'égalité et l'accessibilité, et un engagement croissant de l'État pour les techniques contractuelles de création et de gestion des services publics qui font intervenir des financements privés directs⁸. Pourquoi plusieurs pays ont opté PPP plutôt que privatisation pour leurs services publics? Les États s'y sont intéressés, car le PPP peut également servir d'outil pour accroître la part du marché dans le fonctionnement des services publics et tente d'offrir un compromis intéressant en

⁷ Voir A. De Laubadere, *Administration et contrat*, Pages de doctrine, tome II, Paris, 1980, à la p.240.

⁸ Voir Bertrand Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, à la p.348 [Du Marais].

alliant efficacité, concurrence et innovation, diversité, savoir-faire et infrastructure⁹.

Sous diverses dénominations, le concept de partenariat public-privé (ci-après, « PPP ») existe depuis toujours, mais certains auteurs tels que Pongsiri considèrent que le point de départ dans les temps modernes des expériences de PPP a vu le jour dans les années 1960 avec la revitalisation des infrastructures urbaines américaines¹⁰. Les années 1970 ayant été marquées par une récession économique provoquée par la hausse du prix du pétrole, la majorité des autres pays d'Occident ont dû se tourner vers la solution des PPP afin de maintenir la prestation de leurs services publics. Le courant de pensée des années 1980, influencé par la vague de dirigeants politiques conservateurs, tel que Reagan et Thatcher, a inscrit le partenariat dans le courant idéologique préconisant la privatisation et les partenariats avec le secteur privé¹¹.

Au cours des années 1990 et afin de répondre à ses besoins, le gouvernement de la Grande-Bretagne a mis sur pied en 1992 la Private Finance Initiative (« PFI ») afin de confier le design, l'édification et la gestion des infrastructures publiques ainsi que la prestation des services publics à des regroupements d'entreprises privées¹² d'où la référence au fameux « BOT » (*Build-Operate-Transfer*) qui est

⁹ Voir Martha Minow, « Public and Private Partnership: Accounting for the New Religion », dans *Symposium: Public Values in an Era of Privatization*, (2003) 116 Harv. L. Rev. 1229, aux pp.1242-1245 (WL) [Minow].

¹⁰ Voir N. Pongsiri, « Regulation and public-private partnerships », (2002) 15 *The International Journal of Public Sector Management*, n 6, aux pp.487-495.

¹¹ Noureddine Belhocine, Joseph Facal et Bachir Maziouz, « Les partenariats public-privé : Une forme de coordination de l'intervention publique à maîtriser par les gestionnaires d'aujourd'hui », (2005)12 *Télescope* 2, à la p.3. [Belhocine et al.]; David Clark, « Les partenariats public-privé au Royaume Uni », (2005) 12 *Télescope* 31, à la p.31 [Clark].

¹² En ayant déjà son actif plus de 500 PPP, dont 150 en services de santé, l'Angleterre compte bâtir 100 nouveaux hôpitaux d'ici 2010 sous la forme des PPP, dans Michel Corbeil, « Au royaume uni du public-privé » *Le Soleil [de Québec]* (3 avril 2004) D1; Voir Cefrio, « Partenariat public-privé : pour une meilleure performance de l'État, Cahiers synthèse des actes du colloques », (Octobre 2002), en ligne : [cefr.io.qc.ca](http://www.cefr.io.qc.ca) <<http://www.cefr.io.qc.ca>>, à la p.11 [Cefrio].

traité ci-après dans ce mémoire. La Grande-Bretagne a été l'un des premiers États à mettre en place le cadre juridique autour d'une transaction de PPP et à poser les paramètres au sein desquels une transaction doit être circonscrite. Le PFI valorise la passation de contrats de longue durée par lesquels l'État, par son administration, confie au secteur privé le mandat de concevoir, financer, réaliser des infrastructures et dispenser le service public dont elles sont le support. De plus, la création d'une législation habilitante vient réitérer notamment l'importance de protéger ce qui est considéré comme des services publics « essentiels ». D'autres États tels que l'Australie et la France se sont inspirés de l'approche britannique pour élaborer leur politique en matière de PPP.

Ainsi, plusieurs états et territoires de l'Australie ont publié des politiques encadrant la réalisation des PPP en s'appuyant sur la valeur ajoutée, la répartition des risques, le paiement pour les services et l'innovation¹³. La France a introduit le concept de PPP de concert avec d'autres montages spécifiques et l'a différencié selon que la partie privée est rémunérée ou non par l'utilisateur¹⁴; si le paiement est fait par l'utilisateur ou mixte avec l'État, on qualifie ce montage de délégation de services publics. Malgré l'adoption de cette ordonnance, le recours à un PPP se bute au fait qu'il doit se justifier par un meilleur service apporté à l'utilisateur ou par les économies qu'il engendre du fait même de son caractère global. On comprend aisément que, dans ce contexte, le recours à un PPP ne s'inscrit pas vraiment dans un climat de liberté contractuelle, car il doit être sérieusement motivé.

En ce qui a trait à la Commission européenne, cette dernière a adopté le Livre vert¹⁵ sur les partenariats publics-privés et propose du même coup une réflexion

¹³ Voir R. Mulgan, « Outsourcing and public service values : the Australian experience », (2005) 71(1) *International Review of Administrative Sciences* 55.

¹⁴ Voir Ordonnance n° 2004-559, J.O., 17 juin 2004.

¹⁵ Voir CE, Commission, *Livre vert sur les partenariats publics privés*, CE, 2004, COM/2004/327.

globale sur les PPP dans le cadre de la réglementation communautaire des marchés publics. Le Livre vert relève comme éléments qui caractérisent les opérations de PPP la durée, le mode de financement, le rôle de l'opérateur économique et la répartition des risques.

Durant cette même période, les organismes internationaux tels que la Banque Mondiale¹⁶ et l'Organisation de coopération et développement économiques ont adhéré aux principes de partenariats et ont soumis des plans d'action à cet effet¹⁷. En particulier, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI ») a élaboré un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, qui inclut le type partenariat public-privé, et qui contient des recommandations afin de mettre sur pied un cadre législatif propice aux projets d'infrastructure à financement privé. Ce guide aborde le cadre constitutionnel, législatif et institutionnel optimal, les risques du projet, leur répartition et l'appui des pouvoirs publics, les méthodes de sélection du concessionnaire, l'attribution d'une concession sans procédure de mise en concurrence, la proposition spontanée, le cadre législatif favorable dans la construction et l'exploitation de l'infrastructure, la durée, prorogation et résiliation du projet et finalement les méthodes de règlement des différends. Ce guide constitue un outil de consultation indispensable lorsqu'un État désire introduire un tel cadre législatif et optimiser l'investissement privé dans les infrastructures publiques.

L'idée derrière l'instrument PPP est de faire bénéficier le partenaire public de méthodes de travail efficaces, de mécanismes d'apprentissage et de techniques

¹⁶ Voir Banque mondiale, *Institutional Options for the Provision of Infrastructure*, n. 212, (1993).

¹⁷ Voir R. Wettenhall, « The Rhetoric and Reality of Public-Private Partnerships », (2002) 3 *Public Organization Review* 77.

innovatrices recherchant le rendement et éventuellement lui permettre de se l'approprier¹⁸ et de l'intégrer.

Le bilan du Canada et de ses provinces dans le domaine des services publics est loin d'être des plus reluisants. Les provinces ont sous-investi depuis les dernières années dans les infrastructures du système de services publics, et les besoins de restauration et de nouvelles constructions sont criants¹⁹. À ce constat s'ajoute l'insatisfaction grandissante de la population à l'endroit de la qualité des services publics offerts.

On oublie parfois que plusieurs des services publics offerts actuellement aux usagers québécois ont été, à un certain moment dans l'histoire du Québec, sous la gouverne du privé²⁰. Ainsi, le PPP origine d'une longue tradition de collaboration entre le public et le privé dans la prestation de services publics. Une interrelation vitale même, car aucune des deux entités n'aurait pu prétendre offrir ces services avec la même qualité et le même coût de façon autonome²¹. Pensons à la prestation de services et de soins de santé par les institutions religieuses ou encore à l'implication de celles-ci dans l'enseignement public avant 1960, et à la contribution de la Banque Royale et du Canadien National dans la construction souterraine de la ville de Montréal. La Révolution tranquille a fait place à un autre type de partenariat, celle des écoles privées, subventionnées pour continuer leurs activités. À cela s'est ajoutée l'étroite collaboration des

¹⁸ Voir Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Le dossier d'affaires, guide d'élaboration*, Bureau des partenariats d'affaires, 2002, à la p.41 [*Guide d'élaboration*]; Belhocine et al., *supra* note 11 à la p.9; Freeman « Privatization », *supra* note 4; Michael J. Trebilcock et Edward M. Iacobucci, « Privatization and Accountability », dans *Symposium: Public Values in an Era of Privatization*, (2003) 116 Harv. L. Rev. 1422, à la p.1429 (WL) [Trebilcock and Iacobucci].

¹⁹ En effet, entre 1982 et 1998 les fonds publics canadiens per capita dépensés en construction de nouveaux hôpitaux sont passés de 50\$ à 2\$, ce qui correspond à une réduction de 5.3% annuellement. En ce qui a trait à l'achat d'équipement médical, on constate une réduction de 1.8%. Voir Canadian Council for Public-Private Partnerships, « PPP Hospital Fact Sheet - Referenced » (Novembre 2002) en ligne : [pppcouncil.ca](http://www.pppcouncil.ca) <<http://www.pppcouncil.ca>>.

²⁰ Freeman « Privatization », *supra* note 4.

²¹ *Ibid.* à la p.38.

entreprises privées dans l'entretien d'immeubles gouvernementaux, la collecte des déchets et l'entretien des routes²².

La période suivant la Révolution tranquille a permis d'instaurer une uniformisation, une multiplication et surtout une démocratisation des services que le gouvernement québécois a pris la responsabilité d'assumer (notamment l'assurance hospitalisation, le réseau scolaire, les sociétés d'État, l'assurance automobile, la sécurité au travail, l'environnement, l'assurance maladie, l'assainissement des eaux, les services de garde et l'assurance médicaments²³). Ce processus a permis de créer un réseau complexe composé d'une série de collaborations entre le public et le privé à l'intérieur même d'un État qualifié d'« État-providence ».

Au cours de la dernière décennie, certains changements de mentalité inspirés des réformes de structure en Grande-Bretagne²⁴ ont vu le jour au sein même de la gestion de l'administration publique québécoise en confiant des tâches de mise en œuvre à des entités para ou non gouvernementales afin de recentrer l'État sur son devoir de conception générale et de contrôle global des politiques publiques²⁵. Avec une vision de l'État en tant qu'initiateur de projet, de législateur de normes de société, on transfère l'idée d'un État centralisateur participant à un État gestionnaire encadrant²⁶.

²² Voir Louis Côté, « Les partenariats public-privé », (2005) 12 *Télescope*, 5 [Côté].

²³ Voir Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Moderniser l'État, pour des services de qualité aux citoyens*, Plan de Modernisation 2004-2007, Québec, Publications du Québec, 2004, à la p.5 [Moderniser l'État].

²⁴ Voir J. Deschênes, « Les agences britanniques, source d'inspiration des modernisations administratives » (1996) 2 *Choix*, n.2, 4.

²⁵ Voir Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 aux pp.281-282 [Issalys et Lemieux].

²⁶ Ou plus simplement « l'idée de gouverne à celle de gouvernance », voir Côté, *supra* note 22.

Dans les provinces canadiennes, la Colombie-Britannique et l'Ontario ont mis en branle quatre projets pilotes en financement d'hôpitaux, où les parties privées sont amenées à financer la construction et à gérer l'aspect non clinique d'un hôpital; d'autres projets sont actuellement à l'étude en Colombie-Britannique. À Halifax et à Moncton, on a fait appel aux PPP dans le traitement des eaux usées. Dans le domaine des transports, l'Ontario a mis sur pied un PPP pour l'autoroute 407²⁷.

Quant aux réalisations de type PPP au Québec, mentionnons que ce qui a été effectué jusqu'à ce jour²⁸ n'a pas été aussi médiatisé que les sept projets présentement à l'étude dans la province depuis l'adoption de la loi créant l'Agence. En effet, les projets du parachèvement de l'autoroute 25 ainsi que le projet de sept haltes routières en sont rendus au processus d'acquisition tandis que le projet de Centre d'hébergement et de soins de longue durée en Montérégie, les deux méga-hôpitaux universitaires, un nouveau projet de Maison de l'image et de la photographie, la salle de concert de l'Orchestre Symphonique de Montréal et le parachèvement de l'autoroute 30 en sont encore à l'étape du dossier d'affaires. De plus, l'idée de créer une cité universitaire internationale à Montréal (résidence universitaire), est aussi dans l'air des PPP.²⁹

Le deuxième gouvernement Bourassa avait émis l'idée d'un partenariat avec le privé, mais il a fallu attendre le gouvernement du Parti québécois pour créer le premier « Bureau des partenariats d'affaires ». Le 17 décembre 2004, le

²⁷ Voir Suzanne Dansereau, « Le Québec est parmi les derniers à adopter les PPP », *Les Affaires* (2 octobre 2004) 5.

²⁸ Route de la Ville de St-Louis de France, le nouveau système électronique d'appels d'offres du gouvernement du Québec, la construction d'une résidence pour étudiants et d'une école intermédiaire dans *Moderniser l'État*, *supra* note 23 à la p.32.

²⁹ Voir *ibid.* aux pp.32-35.; Il faut souligner que l'Institut pour le partenariat public-privé a réalisé en avril 2005, en collaboration avec la firme Léger Marketing, le premier sondage sur la perception des Québécois concernant les partenariats public-privé. L'étude révèle que les Québécois sont favorables aux projets de PPP, en ligne : [ippp.org](http://www.ippp.org) <<http://www.ippp.org>>.

gouvernement du Parti libéral du Québec a fait un pas en avant en se dotant d'un plan de modernisation et en adoptant une loi qui encadre les politiques d'un PPP et en créant une Agence des partenariats publics-privés (ci-après, l'« Agence ») qui a pour mission de surveiller, d'informer, de conseiller et de mettre sur pied des stratégies de promotion en vue de favoriser les PPP³⁰. Dans la même veine, le 15 juin 2006, l'Assemblée nationale a adopté le projet de loi n° 17, la *Loi sur les contrats des organismes publics*, qui détermine les conditions des contrats conclus entre un organisme public et des contractants privés.

Dans cette optique, les PPP n'ont pas de rôle à jouer dans l'accès aux services publics ou aux usagers du système, mais desservent plutôt tout ce qui encadre la prestation du service public, que ce soit les soins non cliniques, la gestion d'édifices publics de santé, la distribution d'énergie, l'aménagement de routes ou de système de télécommunications, etc.

Les PPP représentent une belle occasion de redéfinir l'approche de la gouvernance démocratique en dégageant l'État de certaines responsabilités incombant des services publics, mais sommes-nous en train d'assister à un effacement du gouvernement au profit de la logique économique? Qui, dans ce cas, est en train de prendre le contrôle de l'action gouvernementale?

Dans cette conjoncture, les différents États ont présenté un intérêt marqué pour les solutions offertes par le partenariat public-privé. Leur présence incontournable sur la scène internationale oblige la société québécoise à se positionner à l'égard de ce phénomène, car « accepter les PPP sans critiquer, c'est faire preuve de myopie et, les refuser d'emblée, c'est faire preuve d'étroitesse d'esprit³¹ ». Le discours qui a engendré ce changement de cap s'inscrit dans la

³⁰ Voir *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*, L.R.Q. c.32 [*Loi sur l'Agence*].

³¹ Belhocine et al., *supra* note 11 à la p.12.

philosophie du *Nouveau Management Public*. Certains acteurs de la société québécoise se préoccupent de l'attention grandissante pour les PPP, notamment, le fait que différentes responsabilités des services publics soient tributaires d'une partie privée ébranle les mécanismes d'imputabilité et les structures de responsabilité traditionnelles existantes au sein de l'État.

Les PPP et, de surcroît, le *Nouveau Management Public*, privilégient la valeur de l'imputabilité comme élément central du changement vers des services publics plus efficaces et plus productifs.

Les préoccupations soulevées par l'implantation de PPP dans les services publics tiennent à l'équilibre à maintenir entre chacun des objectifs visés tant par le partenaire public que le partenaire privé. Assurer le bien-être collectif immédiat et se doter d'une société en meilleure santé, mieux éduquée, sensibilisée à l'environnement et à la consommation d'énergie? Miser sur la prévention ou être récompensé par un marché économique axé sur les résultats? Jusqu'à quel point le partenaire privé souhaite-t-il une réelle autonomie de choix de l'utilisateur ou accepte-t-il une diminution de la consommation de son service? Un partenaire privé, avec son lot d'investisseurs, peut-il refréner l'attrait indéniable d'un potentiel de profit à court terme?

Ce mémoire tente de contribuer aux débats en évaluant le rôle des PPP dans les services publics, ses limites, et l'impact engendré sur l'imputabilité des parties à un PPP. Comme le mentionnait Vincent Debeir³² dans une entrevue accordée au *Devoir* : « Avant, on ne parlait que d'attachement aux valeurs du service public. Maintenant, il faut aussi se demander comment on peut moderniser ce service et assurer son développement. Mais la solution ne passe pas par la privatisation,

³² Secrétaire Général de la Fédération Générale du Travail des Services Publics en France.

plutôt par une décentralisation, et c'est ce que nous allons défendre »³³. Quels sont les mécanismes qui garantissent qu'une alliance entre le public et le privé respecte l'ensemble des principes d'équité, d'accessibilité, d'adaptation, de continuité et de gratuité découlant implicitement de la nature même des services publics et qui gouvernent les actions d'un État dans la gestion et la prestation de ces services? Le partenariat public-privé invite à se questionner sur des règles, des valeurs de référence et des méthodes organisationnelles, économiques et juridiques se basant à première vue sur des prémisses contradictoires.

À cet effet, nous allons soutenir qu'une coexistence publique-privée est favorable, dans certains types de PPP, si cette intégration passe par des pratiques d'imputabilité adaptées au PPP, qui, malgré le fait qu'elles ne visent pas nécessairement les mêmes objectifs, vont respecter les obligations et responsabilités respectives des parties. Nous nous appuierons sur les principales formes d'imputabilité valorisées par un acteur du secteur public et du secteur privé selon l'approche traditionnelle consacrée aux systèmes de service public pour ensuite les analyser dans un environnement PPP. Nous définirons ces formes selon le mode de structuration des rapports entre les acteurs impliqués, les mécanismes de reddition de comptes favorisés, la définition de la performance et du cadre juridique, formel ou informel, qui définit et analyse les responsabilités des acteurs du PPP. Nous identifierons les pratiques ou mécanismes d'imputabilité auxquels l'interrelation des différentes formes d'imputabilité donne lieu en contexte de PPP. Nous ne cherchons pas à résoudre le débat suscité par l'implantation du mode PPP. Nous voulons avant tout contribuer à la discussion, identifier les paramètres et la problématique, attirer l'attention du lecteur sur les questions fondamentales soulevées par l'ascension

³³ Cité dans Guillaume Bourgault-Côté, « Grogne sociale en France », *Le Devoir*, (31 janvier 2004) B3.

d'un instrument de plus en plus utilisé qui n'adhère ni au secteur traditionnel public, ni au secteur privé, et finalement énoncer des pistes de solutions.

À cette fin, le présent mémoire est divisé en trois chapitres. Dans le premier chapitre, nous définissons les paramètres d'un PPP, plus précisément les approches organisationnelle, économique et juridique préconisées et la valorisation de l'instrument PPP au Québec, ainsi que les concepts d'intérêt général et de service public qui lui sont intrinsèques. Le deuxième chapitre s'appuie sur le concept d'imputabilité générale pour analyser les différentes formes d'imputabilités propres aux partenaires publics et privés dans un PPP. Nous déterminerons les interrelations d'imputabilité auxquelles le PPP donne lieu et les mécanismes instaurés pour assurer un équilibre entre la diversité des intérêts et des visions du service public qui y cohabitent. Finalement, le troisième chapitre analysera la contribution du cadre juridique, par le biais du contrat, de la loi et des autorités tierces, afin d'assurer le maintien des multiples dynamiques d'imputabilité dans un PPP.

CHAPITRE 1 LES PARAMÈTRES D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

Ce chapitre comporte deux sections. Dans la première section, nous examinerons l'approche organisationnelle, juridique et économique des PPP, incluant le concept adopté par le gouvernement du Québec. Dans la deuxième section, nous tenterons de clarifier les notions d'intérêt général et de service public à partir d'une revue de la littérature à ce sujet.

1.1 Les approches organisationnelle, économique et juridique du PPP

Nous considérons aux fins de ce mémoire deux systèmes de pensée qui ont tenté de délimiter le PPP; l'approche organisationnelle et économique, et l'approche juridique. Ces trois concepts n'ont pas à être analysés en silo. Par exemple, la structure adoptée par l'Angleterre, malgré l'implantation de certains paramètres relevant du domaine juridique, demeure globalement une approche plus organisationnelle et économique. Malgré certaines divergences, ces différentes approches expriment une volonté commune : insérer et définir les obligations et les responsabilités de chacune des parties participantes à un concept de PPP de façon harmonieuse. Ils sont donc présentés séparément mais ils participent en symbiose à la réalité d'un PPP.

1.1.1 Les approches organisationnelle et économique du PPP

La culture organisationnelle se fonde sur des normes communes et des valeurs similaires entre les parties, afin d'augmenter l'efficacité d'un PPP. Elle instaure un environnement qui met l'emphase sur la réussite du projet de partenariat

plutôt que sur les objectifs individuels de chaque partie.³⁴ La structure établie dans un PPP se distingue de celle que l'État applique traditionnellement avec ses partenaires privés. Cette différenciation réside principalement du fait que le cœur du contrat n'est pas envisagé de façon hiérarchique, mais plutôt vu horizontalement. L'État concède un partage de pouvoirs et, sous réserve de certaines exceptions discutées ci-après, aucun partenaire, incluant l'État, ne peut se prévaloir d'une quelconque autorité sur l'autre partenaire³⁵.

Selon cette école de pensée, un partenariat public-privé consiste en « une concession pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes, ou pour l'entretien, la modernisation, l'expansion et l'exploitation de systèmes existants en vue de la prestation d'un service public. Cette entente établit un partage des responsabilités, des investissements, des risques et des bénéfices de manière à procurer des avantages mutuels qui favorisent l'atteinte des résultats recherchés »³⁶.

Les modèles de PPP majoritairement employés se qualifient d' « opérationnels », car ils comprennent un partage des risques, dont la partie gérée de façon plus pratique est transférée aux particuliers privés, risques normalement dévolus à l'État. Ce dernier conserve le contrôle, mais le partenaire privé peut influencer certaines décisions par le biais de son implication sur le terrain³⁷.

³⁴ Voir A.J. Smith, « Philosophical Aspects of the Public Private Sector Partnership » dans *Privatized Infrastructure : The Role of Government*, (1999) Chapitre 9, London: Thomas Telford Publishing, 129-145 [Smith].

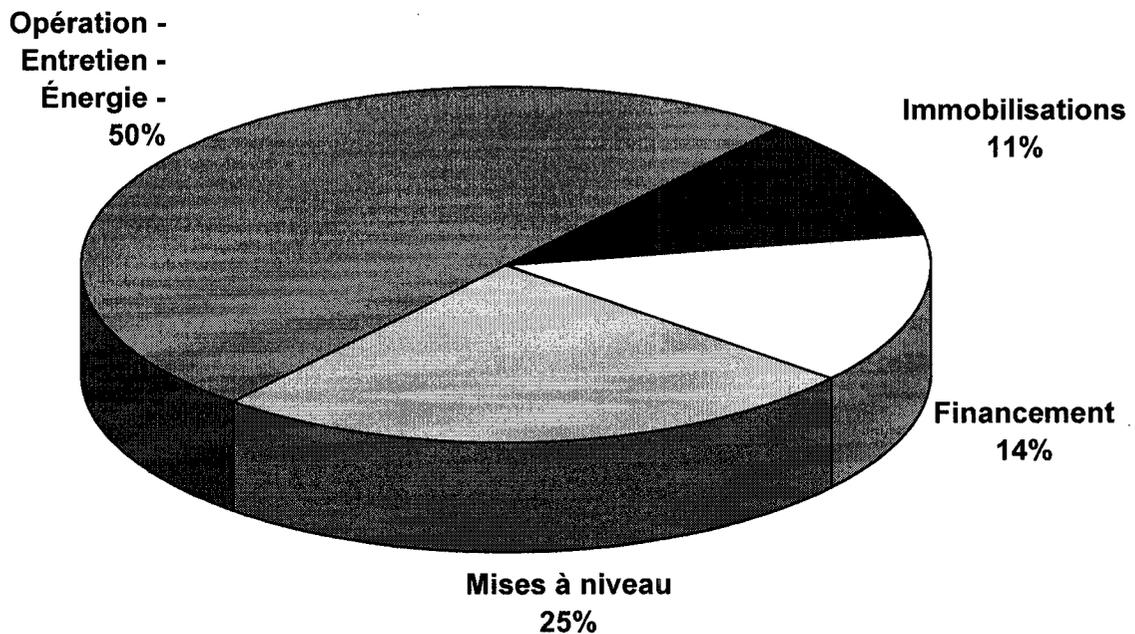
³⁵ Freeman « Privatization », *supra* note 4.

³⁶ Voir *Guide d'élaboration*, *supra* note 18 à la p.12.

³⁷ Voir K. Kernaghan, « Partnership and Public Administration: Conceptual and Practical Considerations » (1993) 36(1) *Canadian Public Administration* 57 à la p.63 [Kernaghan].

La figure présentée ci-dessous illustre la répartition générale des coûts d'un projet PPP qui devront être partagés entre les partenaires publics et privé.

FIGURE 1
LE COÛT D'UN PROJET PPP



Référence : I. Dunsky, « Structure Contractuelle du partenariat : tout ce que vous devez savoir pour protéger vos intérêts » dans 2^e Forum québécois sur les partenariats publics-privés de l'Institut canadien, Hôtel Hyatt Rengency, 31 janvier 2006, [non-publiée] (avec adaptation).

Une approche organisationnelle du PPP vise un désir de coopération entre les parties, la poursuite d'objectifs compatibles, un partage des coûts et des risques et, finalement, un partage d'autorité et de contrôle³⁸. Afin de traiter de ces différents aspects, nous analysons ci-après les formes organisationnelles retrouvées en mode PPP, la détermination des risques liés et les étapes pratiques du processus PPP.

³⁸ *Ibid* à la p.61.

1.1.1.1 Les formes organisationnelles du PPP

En mode traditionnel, la conception, la construction et l'exploitation sont fragmentées entre différents acteurs du secteur privé, généralement par mode de sous-traitance. Les coûts et les risques relèvent généralement de l'État. L'État emploie fréquemment le mode *construction-transfert et exploitation* en mode de sous-traitance.

Contrairement aux modes traditionnels adoptés par l'État avec le secteur privé de type *construction-transfert, exploitation-entretien ou conception et construction*, les PPP cumulent les différentes étapes d'un service public et procèdent, à certaines variantes près, telles que définies ci-après à la page 18, sous la forme de *Construction-Exploitation-Transfert* (Build-Operate-Transfer ou plus simplement « BOT ») ou *Concevoir-Réaliser-Financer-Opérer* (Design-Build-Operate-Transfer ou « DBFO »). Ainsi, le partenaire privé, à partir de son propre financement, construit (conception) ou achète de l'État un actif, le rénove ou l'exploite (gestion) pour ensuite, selon l'entente négociée, le rétrocéder ou le vendre à l'État lorsque la concession prend fin. L'État, qui reprend possession des installations après une certaine durée (environ 30 ans), peut décider de les exploiter lui-même, en imposant ou non des frais aux usagers, ou de relouer la concession par processus d'appel d'offres³⁹.

L'État n'étant pas propriétaire de l'infrastructure publique, les dépenses en immobilisations n'apparaissent pas au bilan du partenaire public, mais bien sous les états financiers du partenaire privé⁴⁰. Pour certains, il s'agit d'une façon détournée de répartir la dette, car le partenaire public n'a qu'à déclarer annuellement le loyer payé au partenaire privé durant l'existence du PPP.

³⁹ Voir Clark, *supra* note 11 à la p.35.

⁴⁰ Voir Clark, *supra* note 11 à la p.35.

Tout au long de la durée du contrat, le partenaire privé encaisse habituellement les profits et assume les pertes. Il peut se financer en tarifant les usagers ou par l'octroi de subventions gouvernementales⁴¹.

Certains de ces modèles sont présentés ci-dessous et se différencient selon le niveau de partage des responsabilités, la propriété de l'infrastructure, le mode de rémunération du partenaire, l'achat de services par le partenaire public, la tarification des usagers ou les subventions gouvernementales⁴² :

- **BOT** « Build-Operate-Transfer », où le secteur privé se voit confier l'ensemble des responsabilités de conception, de réalisation, d'exploitation et d'entretien du service public. À cette fin, le financement est assuré par le secteur public et la propriété reste publique tout au long de la durée du contrat⁴³. Le BOT est lui-même subdivisé en d'autres catégories dont notamment le **ROT** « Rehabilitate-Operate-Transfer » (Réhabiliter-Exploiter-Transférer), le **BOM** « Build-Operate-Maintain » (Construire-Opérer-Entretenir) et le **LOT** « Lease-Operate-Transfer » (Louer-Exploiter-Transférer) (par exemple, l'exploitation d'une cafétéria, d'une buanderie ou du service de laboratoire par une partie privée à l'intérieur d'un hôpital relevant d'un partenaire privé)⁴⁴;
- **BOO** « Build-Own-Operate » (Réaliser-Posséder-Opérer) ou **BOOT** « Build-Own-Operate-Transfer » (Réaliser-Posséder-Exploiter-Transférer), des variantes du BOT qui impliquent que le partenaire privé est propriétaire de l'infrastructure impliquée; et

⁴¹ Voir Côté, *supra* note 22 à la p.3; *Ibid.* à la p.33.

⁴² Voir Catherine Lamy, « Partenariat public -privé : du choc à la réconciliation des cultures », en ligne : [cefrio.qc.ca](http://www.cefrio.qc.ca) <<http://www.cefrio.qc.ca>>, à lap.12.

⁴³ Voir Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Politique-cadre sur les partenariats public-privé*, Québec, Publications du Québec, 2004, à la p.13 [*Politique-cadre*].

⁴⁴ Du Marais, *supra* note 8 à la page 418.

- **DBFO** « Design-Build-Finance-Operate », où le secteur privé se voit déléguer la tâche d'effectuer la conception, la construction, le financement de l'infrastructure publique, l'exploitation et l'entretien du service public. À la différence du traditionnel BOT, ce n'est qu'à la fin du contrat que l'infrastructure est transférée à l'État, le partenaire public ayant normalement à payer un loyer au partenaire privé durant le PPP⁴⁵.

Dans les cas où le partenaire privé ne perçoit ni péage, ni redevance de la part des usagers (par exemple, les ponts à péage sur les autoroutes représentent une forme de tarification aux usagers), il reçoit généralement une subvention des fonds publics proportionnelle aux bénéfices sociaux dont il assume la responsabilité.

1.1.1.2 La détermination des risques

Il existe plusieurs avantages à adopter la stratégie des PPP. Un des principaux demeure le transfert de risques, qui permet à l'État d'éviter, entre autres, d'endosser le risque de retard dans l'achèvement des travaux et le risque de dépassement des coûts dans la réalisation du projet⁴⁶. Par le biais du transfert de risques, les PPP permettent de moderniser les infrastructures publiques en évitant idéalement d'alourdir la dette publique⁴⁷. En effet, le partenaire privé se voit octroyer des obligations et doit assumer certains risques s'étalant la plupart du temps sur une période de 25-30 ans; afin d'y dégager une marge de profit intéressante, il se doit alors d'instaurer des tactiques orientées vers une recherche

⁴⁵ Voir *Politique-cadre*, supra note 43 à la p.13.

⁴⁶ Voir Paul Daniel Muller, « À l'heure des PPP jusqu'à maintenant, le Québec n'a presque pas fait appel au partenariat public-privé » *La Presse* (16 septembre 2003).

⁴⁷ Voir Institut Économique de Montréal, « Une étude de l'Institut Économique de Montréal invite le Québec à se mettre à l'heure des partenariats public-privé » (16 septembre 2003) en ligne : [iedm.org <http://www.iedm.org>](http://www.iedm.org).

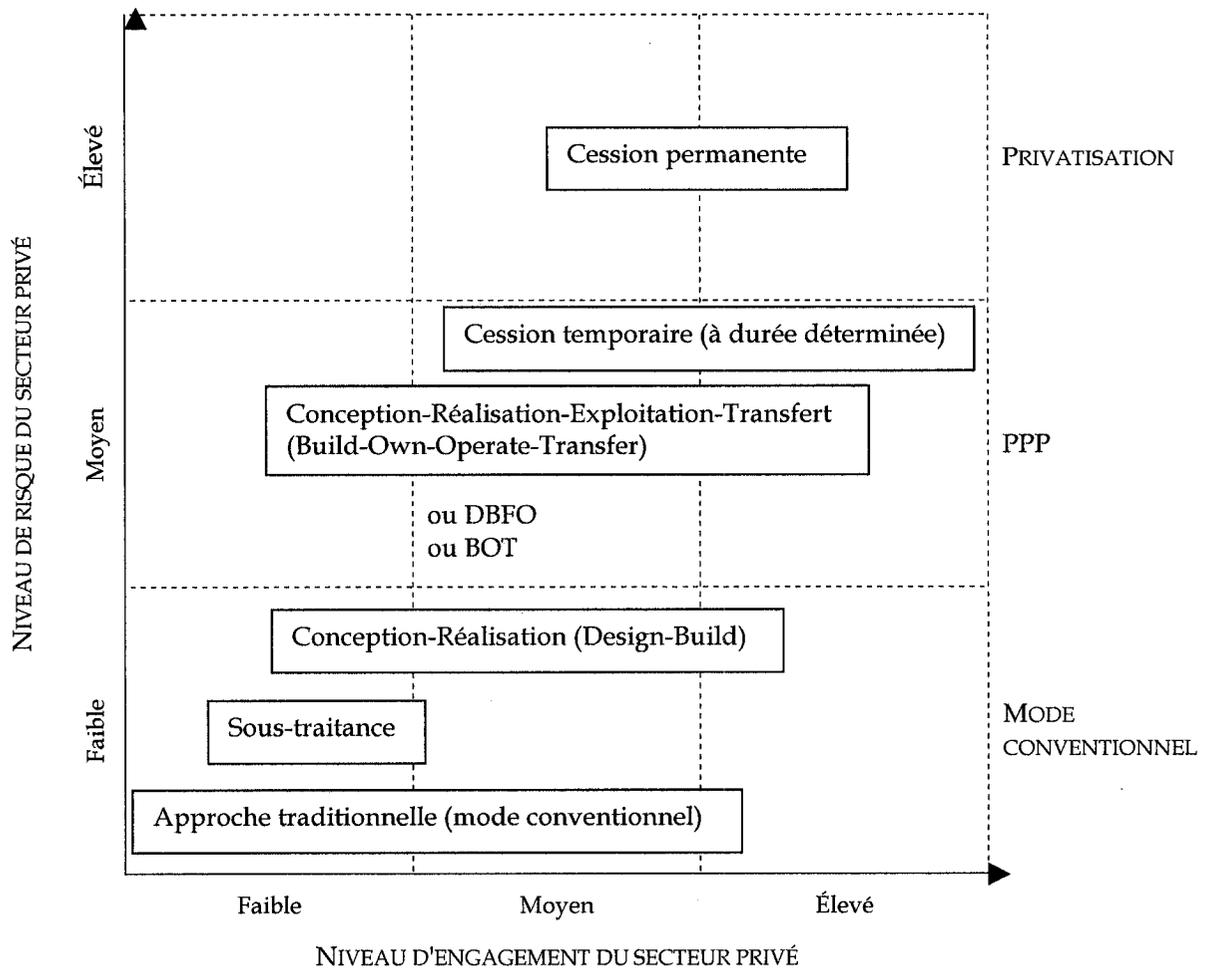
de productivité⁴⁸. Il ne s'agit plus d'opter pour des coûts initiaux plus bas sans égard aux coûts futurs plus élevés; le partenaire privé cherche à optimiser ses coûts pour la durée de vie totale du projet, à défaut de quoi il en paie normalement les frais⁴⁹.

Sur la base du niveau d'engagement du partenaire privé eu égard aux types de PPP et de leur différenciation avec la privatisation et le mode conventionnel, le tableau ci-dessous représente le niveau de risque que le secteur privé engage.

⁴⁸ Voir à cet effet l'exemple de l'Angleterre qui, en 1999, recensait que 89% des PPP avaient respecté leur budget et leur date d'échéance, mentionné dans Institut pour le partenariat public-privé, « Réflexions sur le partenariat public-privé » (Octobre 2000) en ligne : [ippp.org](http://www.ippp.org) <<http://www.ippp.org>>.

⁴⁹ *Ibid*, à la p.41.

FIGURE 2
LE NIVEAU D'ENGAGEMENT ET LE NIVEAU DE RISQUE DU SECTEUR PRIVÉ
SELON DIFFÉRENTS TYPES DE PARTENARIAT



Référence : I. Dunsky, « Structure contractuelle du partenariat : tout ce que vous devez savoir pour protéger vos intérêts » dans 2^e Forum québécois sur les partenariats publics-privés de l'Institut canadien, Hôtel Hyatt Regency, 31 janvier 2006, [non-publiée] (avec adaptation).

L'allocation des risques constitue l'élément central qui avantage, pour les pouvoirs publics, l'option de PPP. Un risque se définit comme étant des circonstances qui, de l'avis des parties, ont un impact négatif sur le bénéfice que les parties comptent tirer du projet.⁵⁰ Pour être un « véritable » PPP, les bénéfices du partenaire privé doivent être, au moins en partie, variables et comporter des risques. En pratique, et surtout sous la forme des DBFO, le risque est assumé en

⁵⁰ Voir *Guide d'élaboration*, supra note 18.

majorité par le secteur privé, ce qui en fait, pour le secteur public, une structure de financement attrayante, qui peut alléger son portefeuille et potentiellement lui permettre d'investir dans d'autres secteurs d'activités.

Toutefois, il ne faut pas oublier que le transfert de risques au secteur privé entraîne indubitablement un coût pour le secteur public. L'État doit être conscient que le secteur privé cherche systématiquement à gagner un revenu proportionnel aux risques qu'il assume⁵¹.

Avant même l'appel d'offres, la détermination des risques constitue la première étape que l'État doit définir, car mieux celui-ci connaît les risques auxquels il sera exposé, mieux ou plus il sera en mesure de cibler le partenaire privé qui correspond à ses besoins. À titre d'exemples de risques négociés à l'intérieur d'un projet de PPP, on retrouve : les risques liés à la construction et à l'exploitation (p. ex. dépassement des coûts), le risque commercial (p. ex. déficit dans les recettes escomptées) et le risque relié au taux de change (p. ex. prêts en devises étrangères, augmentation du taux d'intérêt), la force majeure, le risque politique (p. ex. nouvel impôt, nouvelle loi plus rigoureuse). Ces risques s'ajoutent à ceux plus techniques que sont les risques liés à la planification, à la conception, au site, à la construction, à l'exploitation, à la clientèle, aux équipements et à leur désuétude, à la disponibilité d'expertise professionnelle et, finalement, à la réglementation (incluant la protection des renseignements personnels)⁵². Une fois le particulier privé sélectionné, les risques sont réévalués conjointement⁵³. En pratique, ce processus conjoint aboutit à la réalisation d'une matrice des risques liés au projet de PPP qui exprime l'ordre de grandeur et la probabilité que chaque risque se concrétise.

⁵¹ Acar, *supra* note 4 à la p.51.

⁵² *Ibid.* à la p.27 et Annexes 2-1, 2-2.

⁵³ Voir *Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q. c. 29, art.21 [*Loi des organismes*].

La détermination et la quantification de la répartition des risques se traduisent par une analyse des points suivants : le caractère transférable du risque⁵⁴, l'importance et la probabilité de réalisation du risque, les mesures d'atténuation disponibles et les aptitudes respectives des secteurs public et privé à assumer et à gérer chaque risque. Ce dernier point est généralement attribué à la partie qui contrôle le mieux la source du risque, ses effets, ainsi que les probabilités qu'il se réalise.⁵⁵

Cette matrice implique un effort de prévisibilité de la part des parties et une fois terminée, elle permet de déterminer les risques retenus, ceux à partager et ceux qui sont transférables. En intégrant tous les éléments de la matrice de risques dans le cadre contractuel, l'État augmente la protection de l'intérêt général en s'assurant un meilleur contrôle des éléments de risques. Ainsi, l'exposition aux risques varie en fonction du rôle que chaque partie joue dans le projet⁵⁶. Conséquemment, tel qu'on le verra au chapitre deuxième, la partie qui assume le risque se trouve imputable de l'obligation contractuelle qui en découle.

Une mauvaise évaluation des risques engendre pour le partenaire public un glissement de son autorité et de ses obligations morales vers une position ambiguë et difficilement contraignable, en plus d'encourir la plupart du temps des pertes ou des dépenses supplémentaires. À cette fin, l'État doit avoir accès à une information complète sur laquelle il exerce un contrôle afin de mieux garantir la fiabilité du contrat et la protection des usagers du service public en cause.

⁵⁴ C'est souvent à cette étape que les responsabilités du secteur public à l'égard de la protection de l'intérêt des citoyens usagers doivent être analysées.

⁵⁵ Voir *Guide d'élaboration*, supra note 18 à la p.51.

⁵⁶ Voir *ibid.* à la p.51; Diller, supra note 3 à la p.1311.

Tel qu'étudié au troisième chapitre, les deux parties peuvent tenter de réduire leurs risques en ayant recours à une autorité tierce qui partage les risques, ou en invoquant les clauses négociées à l'intérieur du contrat de PPP, ou encore par l'octroi d'une assurance sur les risques assumés⁵⁷.

1.1.1.3 L'élaboration d'un projet PPP

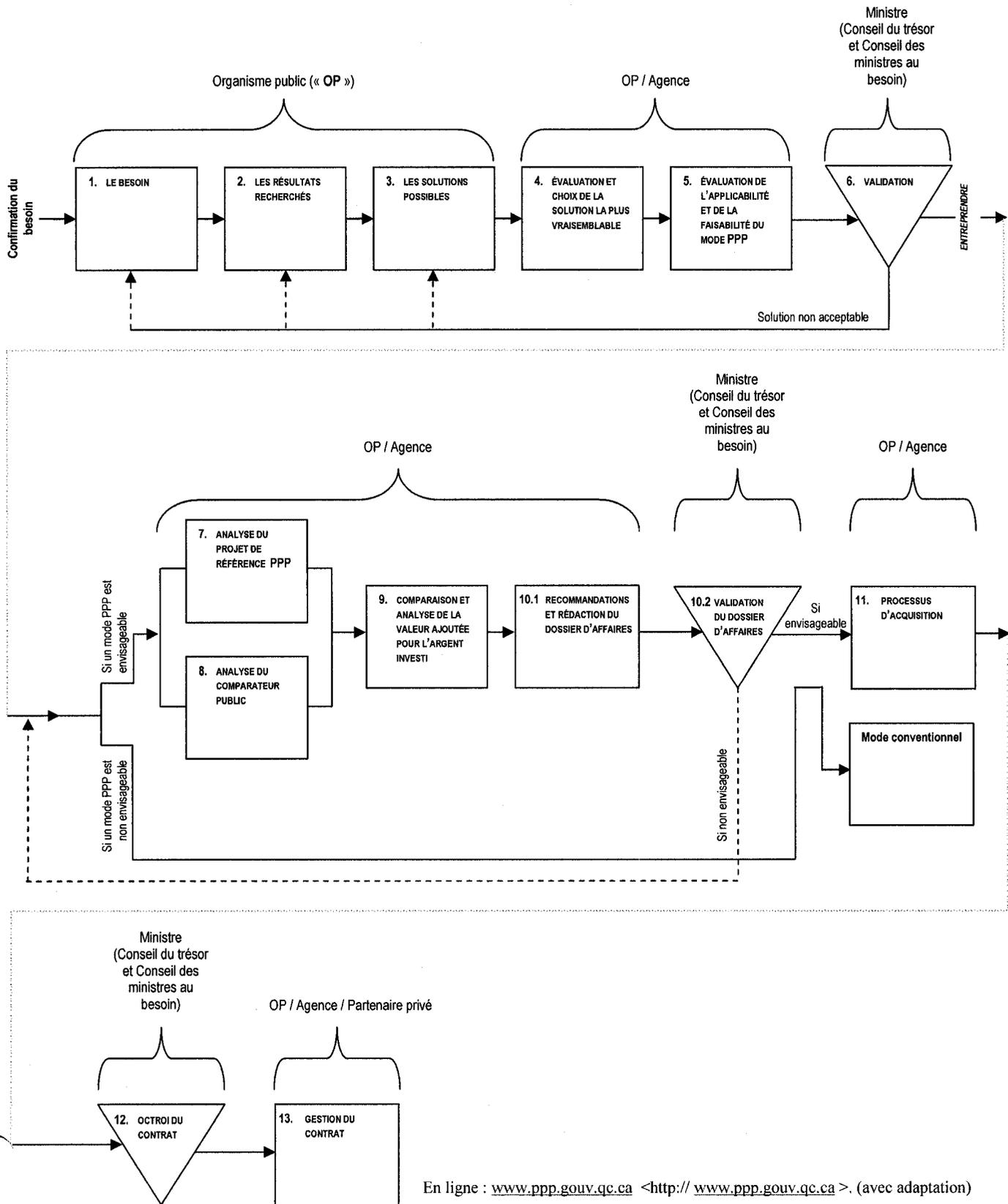
Nous abordons de façon sommaire les étapes qui mènent à la conclusion du contrat de PPP.

Les différentes étapes d'un projet PPP permettent d'analyser notamment les modes de prestations disponibles d'un service public, les exigences inhérentes à la viabilité technique et financière d'un PPP, ses chances de succès, les risques et les bénéfices à en tirer. Ces procédures sont suggérées et généralement adoptées par la majorité des États qui utilisent le PPP dans l'application de leur politique de services publics et les aide à structurer l'information et choisir la meilleure solution, en mode conventionnel, mode PPP ou autre, pour un service public donné. Ainsi, on réussit à décortiquer de ce processus complexe les opérations représentées dans le tableau suivant tiré de l'organigramme du Secrétariat du Conseil du trésor⁵⁸ :

⁵⁷ Voir Alain Massicotte, « Atelier sur le contrat PPP », dans Forum québécois sur les PPP (2005) à la p.12.

⁵⁸ Voir *Politique-cadre*, supra note 43 à la p.15.

FIGURE 3
LES ÉTAPES DE RÉALISATION D'UN PROJET PPP



En ligne : www.ppp.gouv.qc.ca <<http://www.ppp.gouv.qc.ca>>. (avec adaptation)

La première étape de cet exercice consiste à identifier un besoin (1) résultant d'une situation actuelle (par exemple, réduire le temps d'attente des opérations en milieu hospitalier), pour ensuite relever les objectifs à atteindre pour combler le ou les besoins décelés. Une fois ces termes définis, l'État doit déterminer les résultats recherchés (2), de façon quantifiable et mesurable, et fixer un délai pour les atteindre. Ensuite, le gouvernement doit établir des exigences de performance à partir de normes préalablement établies et énoncer les solutions envisageables (3) pour combler ce besoin. L'État doit par la suite déterminer la solution la plus favorable (4).

L'étude de faisabilité porte sur les aspects économiques et financiers développés par le partenaire public, et permet d'évaluer l'applicabilité et la faisabilité d'un mode de prestation en PPP (5). Lors de la phase de préparation du projet (7), l'État emploie un comparateur du secteur public (« Public Sector Comparator ») qui compare le coût de la soumission au secteur privé avec le coût ajusté en fonction des risques de la réalisation du projet par l'État (8) ⁵⁹. Avant même de prendre la décision de se départir de cette réalisation, ce processus, appelé « Value for Money », analyse et compare le coût financier⁶⁰ de la prestation du service public par l'État (9). Cette approche donne lieu aux conséquences suivantes : i) le *statu quo*, qui préconise le maintien des services actuels, ii) l'amélioration des services actuels sans investissement majeur ou iii) la nécessité d'investissements majeurs. Si le gouvernement opte pour la troisième voie, il doit s'assurer que cette solution offre un avantage important aux usagers et c'est pourquoi cette valeur ajoutée pour l'argent investi est transposée en conclusions et recommandations destinées à agir comme point de repère et servir

⁵⁹ Voir J. Broadbent, « Critical accounting research : a view from England », (2001) 13 *Critical Perspectives on Accounting*, 433; Bureau des partenariats d'affaires.

⁶⁰ Outre l'analyse des coûts, initiaux et subséquents, le secteur public prend en considération les revenus et autres recettes, la valeur résiduelle, le taux d'actualisation, l'incidence budgétaire, l'analyse qualitative et l'analyse avantages-coûts.

de référence (10.1). Ce dossier d'affaires est précisé durant toute la phase de préparation des négociations afin de permettre au partenaire public de comparer les offres et de justifier l'intervention du partenaire privé dans les services publics. La rigueur et la méthode exercées dans la cueillette de ces renseignements et son interprétation sont au cœur de l'applicabilité des mesures de protection et de la mise en place d'instruments d'imputabilité efficaces, tel qu'il sera discuté au chapitre deuxième sur l'imputabilité.

Si le dossier d'affaires présente un potentiel en mode PPP et est validé par le ministre concerné (10.2), un processus d'acquisition s'enclenche(11)⁶¹.

Avant même de solliciter les propositions, l'État procède à un appel d'intérêt suivi d'un appel de qualification. Le futur partenaire privé n'a pas intérêt à sous-estimer la valeur des dépenses lors du dépôt de sa mise en candidature, car le projet de PPP ne se morcelle pas en plusieurs petits contrats : le futur partenaire privé gère également les sous-traitants. Les particuliers privés sélectionnés se qualifient pour l'appel de propositions aux termes desquelles l'État doit préciser i) les charges et les indicateurs de résultats, ii) la description du projet et du produit escompté, iii) les normes minimales applicables pour la conception et les résultats, iv) la qualité des services v) les clauses contractuelles importantes telles que la durée du PPP, les formules et indices des prix à utiliser, l'appui gouvernemental et l'aide à l'investissement, le cautionnement, l'exigence des organismes réglementaires, les règles fiscales, les arrangements sur le partage des recettes, les indications de ce qui devra être mis à la disposition du

⁶¹ « En ce qui a trait aux frais de participation à la procédure de sélection, de nombreuses puissances publiques envisagent des arrangements pour indemniser les soumissionnaires présélectionnés lorsqu'il ne peut être donné suite au projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour participer aux dépenses encourues par eux après la présélection, lorsque la complexité du projet et la perspective d'améliorer sensiblement la qualité de la concurrence le justifient. » *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*, 12 juin au 7 juillet 2000, A-CN.9-SER.B-4 (entrée en vigueur : New York 2001) à la p.80 [*Guide CNUDCI*].

gouvernement à la fin de la durée du PPP, et, finalement, les informations nécessaires à fournir au gouvernement pour évaluer les éléments financiers et commerciaux des propositions et leur conformité aux clauses contractuelles proposées. S'inspirant des aspects techniques, financiers et commerciaux des propositions, le critère de la « Best Value » est employé durant la phase de négociations afin d'évaluer l'efficacité de la « matrice contractuelle »⁶². Les propositions sont évaluées et comparées.

Il peut arriver que le partenaire public fasse une présélection des candidats et s'engage dans une convention de soumission avec les candidats retenus. Suite à une période de négociation et de finalisation de l'entente, le projet est attribué et le partenaire public conclut l'entente avec le partenaire privé retenu (12). Il y a lieu également d'indiquer que les principales étapes du processus d'acquisition sont supervisées par un vérificateur externe qui s'assure du respect des objectifs d'intérêt général et de sa transparence.

1.1.2 L'approche juridique du PPP et la nature du contrat de PPP au Québec

L'approche organisationnelle et économique aborde l'aspect plus pragmatique d'un PPP tandis que l'approche juridique traite le PPP dans un contexte macro d'interprétation des contrats. Comme il a été expliqué précédemment, un PPP fait intervenir plusieurs relations contractuelles entre ses différents acteurs et donne lieu à la conclusion de plusieurs contrats (contrat de prêt, contrat de construction, contrat d'exploitation de l'infrastructure, etc.). En ce qui concerne les principaux acteurs associés à la mise en œuvre de PPP, ces derniers vont être appelés à intervenir selon le service public visé et les modalités de participation des sources privées au contrat de PPP. De ce fait, au sein même de la sphère publique, on discerne l'autorité contractante, le partenaire public, des autres

⁶² Voir Du Marais, *supra* note 8 à la p.429.

autorités publiques, par exemple, une entité publique délivrant des permis ou octroyant des subventions. Le partenaire privé, quant à lui, représente le plus souvent un regroupement d'entreprises privées, appelé *consortium*, constituées de sociétés de construction ou d'ingénieries, de fournisseurs, etc. De plus, le regroupement peut décider de former une personne morale distincte, appelée société *ad hoc*, et y inclure d'autres investisseurs tels que des investisseurs institutionnels, des banques d'investissement, etc. qui financent le reste du coût. La mise sur pied d'une société *ad hoc* permet au consortium de ne pas exposer la dette contractée à son bilan financier et de protéger ses capitaux propres en cas de faillite.

Outre les deux principaux acteurs au cœur d'un PPP se classent également d'autres prêteurs, les institutions financières internationales, les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements, les assureurs, les experts et les conseillers indépendants⁶³. Par la mise sur pied d'une telle structure non organisationnelle, le gouvernement participe à un partenariat avec un groupe de partenaires au sein même du secteur privé⁶⁴.

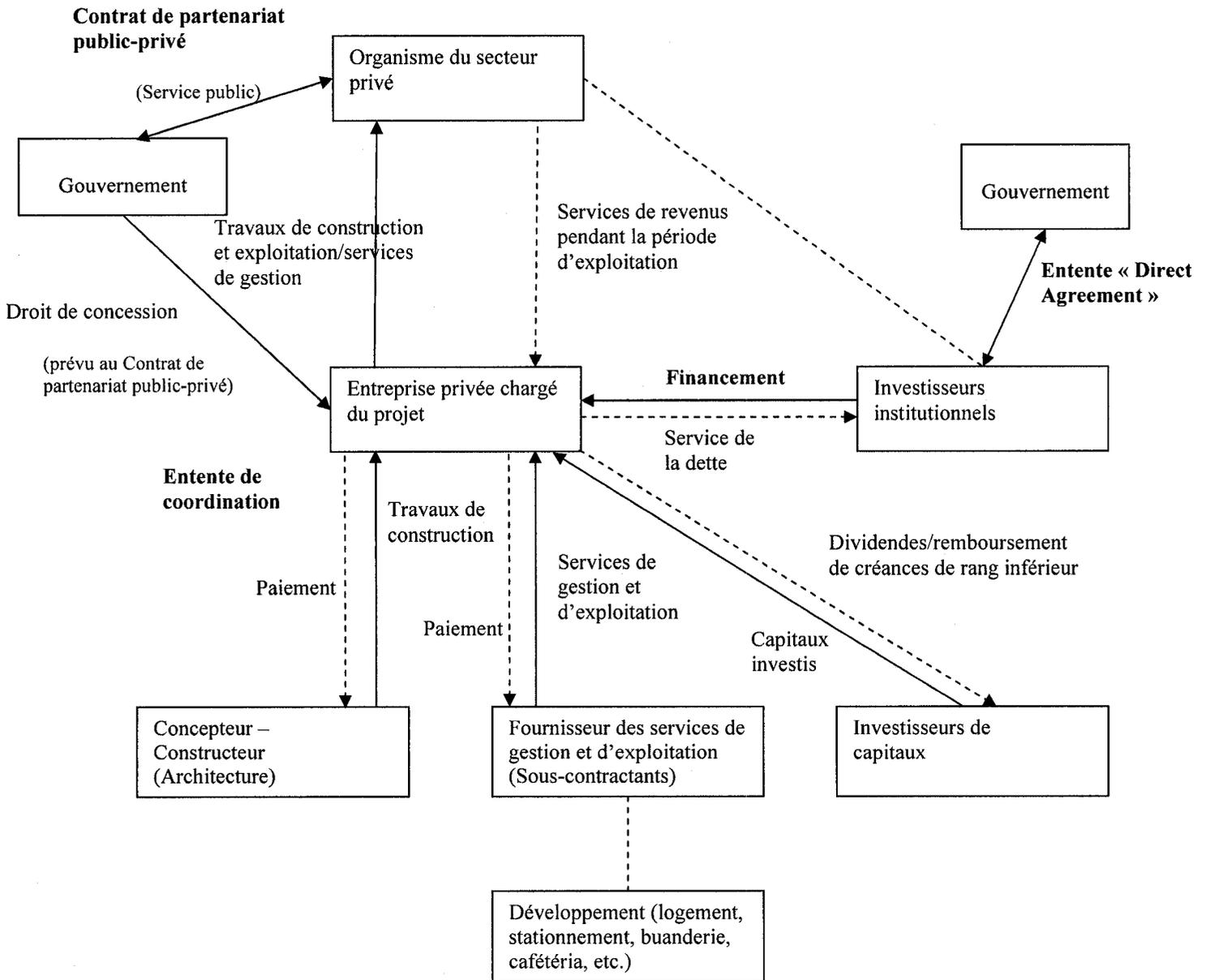
L'approche juridique favorise des rapports juridiques stables par le biais d'un acte juridique bilatéral, et fait entrer en jeu la fonction psychologique du contrat qui implique une négociation entre les parties⁶⁵. Les fonctions d'exécution d'une tâche publique s'attachent à la réalisation de son objet, concept qui permet d'intégrer les objectifs d'intérêt général. La figure ci-après illustre les différents types de contrats retrouvés dans un projet de PPP.

⁶³ *Guide CNUDCI, supra* note 61 à la p.22.

⁶⁴ Clark, *supra* note 11 à la p.36; J. Rutherford, « PFI: The only show in town » (2003) 24 *Soundings* 41; *Guide CNUDCI, supra* note 61 aux pp.21-23.

⁶⁵ Voir Minh Son Nguyen, *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Études de droit suisse, éditées par Dr Heinz Hausheer, Staemphi Editions SA, Berne, 1998, à la p.33-36 [Nguyen].

FIGURE 4
L'APPROCHE JURIDIQUE :
DIFFÉRENTES RELATIONS CONTRACTUELLES D'UN MODÈLE DE PPP - DBFO



Référence :A. Massicotte « Les contrats de partenariat public-privé» dans 2^e Forum québécois sur les partenariats publics-privés de l'Institut canadien, Hôtel Hyatt Rengency, 31 janvier 2006, [non-publiée] (avec adaptation).

Nous évaluons dans cette section le contrat de partenariat public-privé, i.e le contrat principal ou entente de partenariat, faisant intervenir le partenaire privé, fréquemment regroupé sous forme de consortium ou de société de projet, et le partenaire public. À cette fin, nous énonçons le concept adopté au Québec et les instruments juridiques qui l'encadrent, soit la nature de cette entente de partenariat en droit civil et les lois qui y font référence.

L'entente de partenariat au Québec a été définie en employant les termes suivants :

(...) un contrat à long terme, par lequel un organisme public associe une entreprise du secteur privé, avec ou sans financement de la part de celle-ci, à la conception, à la réalisation et à l'exploitation d'un ouvrage public. Un tel contrat peut avoir pour objet la prestation d'un service public.⁶⁶

Les termes « conception », « réalisation » et « exploitation » font référence à l'approche organisationnelle des BOT ou DBFO d'inspiration britannique. Ainsi, le contrat stipule les résultats à atteindre et établit un partage des responsabilités, des risques et des bénéfices dans un objectif d'amélioration de la qualité des services offerts aux citoyens.

Étant donné que le droit québécois ne connaît pas de régime particulier pour l'entente de partenariat, la qualification de l'entente de partenariat tire son origine des contrats innommés, plus précisément du contrat de coentreprise ou « joint venture ».⁶⁷ Les contrats innommés désignent ceux dont le législateur ne parle point et qui peuvent être conclus par les parties, outre des modèles définis par la loi, en vertu de la liberté contractuelle dont elles bénéficient, dans les

⁶⁶ Voir *Loi sur l'Agence*, *supra* note 30, art.6.

⁶⁷ Le droit français, par exemple, possède un régime juridique spécifique pour les contrats de partenariat

seules limites de l'ordre public⁶⁸. Un contrat de coentreprise s'entend généralement comme le groupement d'entreprises déjà existantes dont le but est d'exploiter un projet déterminé durant une période définie, à durée déterminée ou déterminable. Il ne réfère à aucun contenu juridique particulier; n'ayant pas de structure légale propre, le contrat de coentreprise prend fréquemment la forme d'un contrat *sui generis*.⁶⁹

L'État étant partie à l'entente de partenariat, elle est ainsi soumise aux règles du droit administratif et aux règles du droit commun⁷⁰ régies par le *Code civil du Québec*. En ce qui a trait à l'application des contrats nommés aux contrats innomés, Baudouin rappelle qu' « advenant un problème d'interprétation de l'intention des parties dans la recherche des règles à appliquer à un contrat innomé, le tribunal tente souvent de le ramener à des éléments connus propres à un ou à plusieurs contrats nommés ⁷¹». Afin d'éviter que le régime juridique d'un contrat nommé (contrat de vente, contrat d'entreprise, contrat de services publics, contrat de licence, etc.) les parties à l'entente de partenariat doivent donner des indices de leurs intentions à ne pas rencontrer les caractéristiques de ses différents contrats nommés. De plus, les parties à une entente de partenariat peuvent décider d'avoir recours à des notions tirées d'autres domaines du droit, tels que celui de la concurrence⁷².

⁶⁸ Voir Art. 9 C.c.Q; *Pharmacentres Cumberland (Merivale) ltée c. Lebel*, [2002] R.J.Q. 2607, REJB 2002-34850 (C.A.), conf.[1999] R.J.Q. 3042. REJB 1999-14977 (C.S.).

⁶⁹ Voir P.P Côté, *Le contrat de société*, Corporate Structure Finance and Operations, 4e éd., Toronto, Carswell, 1986, à la p.254; J.- L. Baudouin et P. G. Jobin, *Les obligations*, 6e édition, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, à la p.70 [Baudouin et Jobin].

⁷⁰ Voir Art. 1377 C.c.Q. Par ex. *T.S.C.O. of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637 (C.A.); *Supermarché A.R.G. inc. c. Provigo Distribution inc.*, [1995] R.J.Q. 464 (C.S.); mod. par [1998] R.J.Q. 47 (C.A.); *Québec (Procureur général) c. Nicolas*, [1996] R.J.Q. 1679 (C.S.); *Pitl c. Tessier*, J.E. 99-1160, REJB 1999-13286 (C.S.); *Couture c. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047, REJB 2001-25543 (C.A.); *Conexsys Systems inc. c. Aime Star Marketing inc.*, [2003] R.J.Q. 2875, REJB 2003-46933 (C.S.), tels que cités dans . Baudouin et Jobin, *supra* note 69 à la p.71.

⁷¹ Voir Baudouin et Jobin, *ibid.* à la p.71.

⁷² Voir Paul Lignières, *Partenariats Publics Privés*, Paris, Éditions Litec, 2000, à la p.13 [Lignières].

En ce qui a trait aux principes de droit public applicables, la présence de l'État explique que l'entente de partenariat déroge parfois au droit commun, par extension au *Code civil du Québec*, et il est admis que le droit des obligations agit en complémentarité avec le droit administratif pour combler les lacunes d'interprétation de l'entente de partenariat.⁷³ Par exemple, il est possible de présumer qu'au Québec, l'entente de partenariat doit être interprétée selon les règles de la bonne foi et en faveur de l'intérêt général tel que dicté par le droit administratif,⁷⁴ et que l'État ne peut contractuellement restreindre ni limiter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.⁷⁵

À l'appui de cette idée, nous reprenons les propos tenus par Patrice Garant dans son récent ouvrage de droit administratif. Nous croyons que le fait qu'il discute de la finalité du contrat administratif est applicable à un contrat de coentreprise qui est régi notamment par les principes du droit administratif en contexte de services publics.

[C]e que la finalité d'intérêt public confère à l'un par rapport à l'autre, c'est l'aptitude à se voir appliquer des règles exorbitantes du droit commun, qui varieront suivant les exigences de l'intérêt général, et qui peuvent différer d'un service à l'autre. C'est dans ce sens avant tout que le contrat administratif comporte des privilèges et sujétions par rapport au contrat privé; il se ressent toujours de l'emprise du service public; il n'y a jamais parité absolue entre les parties, l'une représentant l'intérêt général de la collectivité, l'autre un intérêt particulier⁷⁶.

⁷³ Voir article 1376 du C.c.Q. qui précise que les règles du Livre sur les obligations « s'appliquent à l'État et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ».

⁷⁴ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.139.

⁷⁵ Voir Patrice Garant, *Droit administratif*, 5e éd., Québec, Les Éditions Yvon Blais, 2004, aux pp. 393-415 [Garant].

⁷⁶ *Ibid.* à la p.385.

En appliquant à l'entente de partenariat les principes du droit administratif, il est possible de mieux légitimer l'action gouvernementale⁷⁷ et de compléter les autres assises invoquées pour ainsi mieux déterminer ses règles matérielles et ses compétences législatives et juridictionnelles. À cela s'ajoute le commentaire de l'auteur Zwalhen qui rappelle que « celui qui traite avec l'État en engageant directement l'intérêt général doit comprendre et savoir que ses droits trouveront une limite naturelle et nécessaire dans les exigences du bien commun, ce qui l'obligera, suivant les circonstances, à subir 'le fait du Prince' et à tolérer que ses droits contractuels se transforment en une prétention à l'indemnité⁷⁸ ».

L'entente de partenariat englobe trois types d'approche contractuelle du PPP : l'impartition, l'affermage et la concession.

1.1.2.1 L'impartition

Par le biais de l'impartition, le partenaire privé se voit confier une fonction technique de soutien et l'État le rémunère à cet effet. Le partenaire privé assume les pertes et les profits et agit comme employeur des personnes affectées au service public. Peu importe si le partenaire public demeure propriétaire (par exemple, les immeubles) ou non, des actifs (par exemple, la collecte des déchets), il conserve sans contredit la responsabilité de l'exploitation du service délégué devant ses usagers⁷⁹.

1.1.2.2 L'affermage

On désigne sous l'appellation d'affermage le fait 1) qu'une entreprise privée construite avec son capital un actif qu'elle loue à l'État qui l'opère, et verse un

⁷⁷ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.12; Freeman « Governance », *supra* note 3 à la p.545.

⁷⁸ Voir H. Zwalhen, *Le contrat de droit administratif*, RDS/ZSR, 1958, II à la p.653a.

⁷⁹ Voir Côté, *supra* note 22 à la p.3.

loyer, comme s'il s'agissait d'une hypothèque avec en plus des frais de disponibilité des installations, (PPP retrouvé dans les hôpitaux); ou 2) que le partenaire privé exploite des actifs appartenant à l'État et trouve son profit dans la tarification des usagers ou dans les subventions gouvernementales. Les transports en commun illustrent à juste titre ce dernier type d'affermage.

1.1.2.3 La concession

La concession consiste en « un acte juridique par lequel l'autorité publique confère à un particulier le droit d'exercer en son nom et pour son propre compte une activité de nature économique juridiquement réservée à la collectivité publique, moyennant une rémunération déterminée par les résultats financiers de l'exploitation »⁸⁰. Ainsi, le partenaire privé, à partir de son propre financement, construit (conception) ou achète de l'État un actif, le rénove ou l'exploite (gestion) pour ensuite, selon l'entente négociée, le rétrocéder ou le vendre à l'État lorsque la concession prend fin. L'État qui reprend possession des installations après une certaine durée (p. ex. 30 ans), peut décider de les exploiter lui-même, en imposant ou non des frais aux usagers, ou de relouer la concession par processus d'appel d'offres⁸¹. La majorité des PPP en concession de services publics couvre la prestation de services dits auxiliaires⁸².

Tout au long de la durée du contrat, le partenaire privé encaisse habituellement les profits et assume les pertes. Il peut se financer en tarifant les usagers ou par l'octroi de subventions gouvernementales⁸³.

⁸⁰ Voir P. Moore, *Droit administratif*, tome III, Berne, 1992, à la p.120.

⁸¹ Voir Clark, *supra* note 11 à la p.35.

⁸² Par exemple se retrouvent sous l'appellation de services auxiliaires en milieu hospitalier, le nettoyage, le service d'alimentation et services connexes, la gestion d'installations, l'introduction des techniques de gestion du secteur privé, système d'information, dans Sally Ruane, « L'Initiative de financement privé et le Service national de la santé au Royaume Uni » (2005) 12 *Télescope* 41, à la p.41 [Ruane].

⁸³ Voir Côté, *supra* note 11 à la p.3; Clark, *supra* note 11 à la p.33.

Ainsi, la concession diffère de l'impartition en ce que le partenaire privé assume la fourniture de l'immobilisation et des services, et qu'il se situe dans l'activité économique plutôt que dans une tâche administrative, qui elle est dévolue au partenaire public. De plus, ce dernier agit en son nom et pour son propre compte tandis que sous un contrat d'impartition, il agit en son nom, mais pour le compte de l'État⁸⁴.

Le tableau présenté ci-après constitue un sommaire récapitulatif des différentes formes contractuelles du mode PPP.

TABLEAU 3

LES PRINCIPAUX MODÈLES DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

CONTRÔLE PARTIEL DE L'ÉTAT PAR L'ENTREMISE DE :				
UNE ENTENTE CONTRACTUELLE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ				
	Impartition	Affermage A	Affermage B	Concession
Modèle	Le partenaire public se départit des activités qu'il juge non essentielles et non productrices de revenus.	Le partenaire privé construit un actif et le loue à l'État qui l'exploite (<i>Build, Own, Lease</i>).	Le partenaire privé exploite un actif existant appartenant à l'État et lui verse un loyer (<i>BOT et autres variantes</i>)	Le partenaire privé construit un actif (ou acquiert de l'État un actif existant pour le rénover), l'exploite, puis le cède à terme (<i>Build, Own, Operate, Transfer</i>).
Exemples typiques	Contrat de gestion d'installation et Contrat de service	Nouvel hôpital (ex : Royal Ottawa)	Systemes de transport en commun (ex : traversiers)	Construction d'une autoroute (ex : autoroute 407 à Toronto)

⁸⁴ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.44-45.

CONTRÔLE PARTIEL DE L'ÉTAT PAR L'ENTREMISE DE :				
	UNE ENTENTE CONTRACTUELLE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ			
	Impartition	Affermage A	Affermage B	Concession
Qui est propriétaire des actifs?	État	Actionnaires privés	État	Actionnaires privés puis État
Qui détermine les modalités du service?	État	État	Principales modalités fixées dans le contrat	
Comment le partenaire privé est-il rémunéré?	Paiements de l'État	Loyer payé par l'État	Tarification à l'usage ou prix fantômes chargés à l'État, avec possibilités de subventions de fonctionnement en plus. Le PPP n'entraîne donc pas nécessairement une tarification de l'utilisateur.	
Qui détermine le prix/tarif demandé à l'utilisateur final, le cas échéant?	État	État	Contrat	Autorité réglementaire ou contrat
Qui assume le risque de variation des recettes?	Sous-traitant, pour ce qui est de la fonction précise dont il est responsable	État	Partenaire privé	
Qui est responsable de la prestation du service devant la population?	État	État	Partenaire privé	
Qui détermine la technologie et les méthodes?	État	État	Les deux partenaires	
Qui est l'employeur des ressources humaines?	Sous-traitant, sous réserve de l'article 45 du <i>Code de travail</i>	État	Partenaire privé, sous réserve de l'article 45 du <i>Code du travail</i> dans le cas d'une infrastructure ou d'une activité déjà existante.	

CONTRÔLE PARTIEL DE L'ÉTAT PAR L'ENTREMISE DE :				
UNE ENTENTE CONTRACTUELLE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ				
	Impartition	Affermage A	Affermage B	Concession
Qui fournit le capital?	État	Partenaire privé	État	Concessionnaire, parfois avec un apport de fonds publics
Qui assume le risque de dépassement des coûts, des pertes et profits?	Impartiteur, pour ce qui est de la fonction précise dont il est responsable	Séparation des risques reliés à la construction/propriété de l'actif de ceux reliés à l'exploitation du service		Concessionnaire
Durée typique de la relation	1 -5 ans	10-12 ans	10-12 ans	20-30 ans

Référence : tableau extrait de Institut Économique de Montréal, « Des services publics plus efficaces grâce au partenariat public-privé » (16 septembre 2003) en ligne : [iedm.org](http://www.iedm.org) <<http://www.iedm.org>>, (avec adaptation).

1.1.2.4 Les lois au Québec

Nous décrivons brièvement les lois québécoises qui régissent les contrats de PPP. Étant donné la nature de l'entente de partenariat, il est probable que l'encadrement législatif ne soit pas employé dans son entièreté et que l'encadrement contractuel, tel qu'il est étudié au troisième chapitre, complète l'encadrement légal du PPP.

a) La Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec⁸⁵

Adoptée en décembre 2004, cette loi pourvoit à la création de l'Agence qui, par ses conseils, son expertise et son centre de documentation et d'information, contribue à la réalisation des PPP au Québec. Cette loi, et en particulier l'Agence,

⁸⁵ *Loi sur l'Agence, supra* note 30.

font l'objet d'une analyse plus poussée au chapitre troisième de ce mémoire, sur l'apport d'un tiers mandataire de l'État au renforcement des mécanismes d'imputabilité.

b) La Loi sur l'administration publique⁸⁶

La *Loi sur l'administration publique* a été adoptée en 2000. Cette loi a réitéré le rôle de dirigeant du Conseil du Trésor et a consacré un certain statut juridique aux plans stratégiques, aux déclarations de services aux citoyens et aux contrats de performance; elle traite notamment de la reddition de compte⁸⁷. Aux fins du présent mémoire, le traitement par la *Loi sur l'administration publique* de la reddition de comptes illustre clairement comment un mécanisme d'imputabilité peut être encadré par une loi. Ce mécanisme impose la rédaction d'un rapport annuel déposé devant l'Assemblée nationale (art.24 et 26) et la possibilité d'audition d'un ministre responsable devant une commission parlementaire pour discuter de la gestion administrative, si cette dernière le juge pertinent (art.29). Lacune importante toutefois, rien n'a été envisagé pour donner des recours aux citoyens⁸⁸.

c) La Loi sur l'administration financière⁸⁹

La capacité de l'État à contracter est limitée par la *Loi sur l'administration financière*, qui énonce qu'aucun contrat « ne peut être fait et n'est valide à moins que le contrôleur des finances ne certifie qu'il existe, sur un crédit, un solde disponible suffisant pour exécuter les engagements découlant du contrat ⁹⁰».

⁸⁶ Voir *Loi sur l'administration publique*, L.R.Q. 2000, c. A-6.01 [*Loi publique*].

⁸⁷ Voir *ibid.* aux art. 72, 74, 75, 79, 80.; Voir Daniel Mockle, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *Les Cahiers de Droit* 143, à la p.163 [Mockle].

⁸⁸ Voir Mockle, *ibid.* à la p.165.

⁸⁹ Voir *Loi sur l'Administration financière*, L.R.Q. c. A-6.001 [*Loi financière*].

⁹⁰ Voir *ibid.* art.47

d) La Loi sur les contrats des organismes publics⁹¹

Adoptée en juin 2006, la *Loi sur les contrats des organismes publics* établit les nouvelles conditions des contrats conclus entre les organismes publics et les contractants privés, lorsque ces contrats impliquent une dépense de fonds publics. Elle s'applique notamment aux contrats de partenariat public-privé. Dans son ensemble, la loi vise à unifier et à harmoniser les conditions des contrats conclus tant par l'administration gouvernementale que par les organismes publics du réseau de la santé et des services sociaux et du réseau de l'éducation. Ainsi, elle contre les difficultés antérieurement engendrées par la multiplicité et la diversité des normes entourant l'adjudication des contrats⁹². Elle instaure des normes et conditions minimales encadrant l'adjudication des contrats de partenariat public-privé et tente d'assurer la transparence dans l'utilisation des fonds publics en mettant en évidence la responsabilité et l'imputabilité qui en découlent.

Comme on le voit, la description faite de l'approche juridique adoptée pour les PPP au Québec fait intervenir les parties à l'entente, les lois applicables pertinentes et les résultats envisagés par le droit commun et le droit administratif applicables au contrat innommé.

1.2 La notion de « service public »

Il existe certaines activités gouvernementales qui sont traditionnellement intrinsèques à la représentation que le citoyen se fait de l'État dans une société libre et démocratique⁹³. Un service public dessert une activité d'intérêt général

⁹¹ Voir *Loi des organismes*, supra note 53.

⁹² Voir *ibid.*

⁹³ Voir Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin et Véronique Inserget-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, 3e éd., Armand Collin, Paris, 2002. Voir à cet effet une discussion intéressante soulevée par les auteurs Michael J. Trebilcock et Edward M. Iacobucci sur le choix des services considérés publics : "Why do governments run railways but not intercity bus lines or taxis? Sell

assumée en partie ou en totalité par l'État. La conception anglaise, quant à elle, veut qu'un service soit public si son existence dépend d'une décision de l'État, contrairement au choix des consommateurs dans une économie de marché.⁹⁴ Les services publics ne constituent pas des activités essentiellement commerciales d'un État. Les services publics sont essentiels à la population et leurs principes directeurs relèvent souvent de qualificatifs socio-juridiques. Les décisions prises à l'égard de ces services ne peuvent être justifiées par des considérations purement économiques. De plus, les dispositions réglementaires et législatives pour fournir des services publics répondent à plus d'objectifs d'intérêt général.

Traditionnellement, les services publics doivent éviter toute forme de discrimination ou d'arbitraire. En effet, dans de nombreux contextes sociaux, la recherche de profit dans la prestation d'un service public constitue tout simplement une cible inadéquate.

Certains services publics présentent une complexité d'objectifs et des contraintes souvent imprévisibles, rendant très peu probable la réalisation d'un éventuel contrat de PPP. On peut citer à cet effet la défense nationale, le droit de battre la monnaie, l'armée, le droit de percevoir les impôts et les politiques étrangères d'un État⁹⁵.

Par ailleurs, d'autres services, tels que l'éducation, les services et soins de santé, les services pénitentiaires, etc. présentent des embûches où malgré tout, l'idée d'un PPP a fait son chemin. En effet, ces services desservent une population vulnérable, font référence à des enjeux chargés politiquement, offrent

electricity but not oil or gas? Sell liquor but not beer?" Dans Trebilcock and Iacobucci, *supra* note 18 à la p.1431.

⁹⁴ Voir I. Harden, *The Contracting State*, Buckingham, Open University Press, 1992, à la p.8.

⁹⁵ Par ailleurs, les États-Unis ont prouvé qu'il était possible de déléguer partiellement leur fonction militaire à une milice privée, comme en fait foi la situation de la guerre en Irak.; voir Trebilcock and Iacobucci, *supra* note 18 à la p.1444.

difficilement des solutions subsidiaires de financement de construction ou d'exploitation, et les paramètres de ces services publics demeurent difficiles à circonscrire. Par exemple, l'éducation demeure un domaine des services publics où des références aux notions de qualité et de degré de satisfaction de l'enseignement fluctuent selon plusieurs consensus sociaux. Certains identifient également les services et soins de santé dans cette catégorie. Quel temps d'attente est justifié? Quels types d'opérations prioriser? Quels sont les services de base couverts par l'État⁹⁶? De plus, le milieu pénitentiaire soulève des enjeux qui dépassent la simple prestation de services. Quel type de traitement et de réhabilitation l'État veut-il prioriser pour les prisonniers? Un PPP doit tenir compte de ces questions et doit concourir à renforcer l'imputabilité de l'État vis-à-vis des usagers, comme discuté au deuxième chapitre de ce mémoire.

Finalement, il existe des services publics qui possèdent toutes les caractéristiques nécessaires pour les évaluer sous l'angle d'un partenariat avec un ou des particuliers privés : la collecte des déchets, la concession relative à la distribution de l'eau, de l'énergie électrique, du gaz, la concession en matière de télécommunications et la concession en matière de transport par chemin de fer, métro, autobus, autoroutes, et en matière d'abribus et de haltes routières. L'utilisation du PPP, et même la privatisation à certaines occasions, peuvent offrir la possibilité de réduire les coûts défrayés traditionnellement par l'État tout en améliorant la qualité du service.

⁹⁶ Par exemple, dans le cas de soins de santé, un individu qui doit recevoir des soins médicalement requis, efficaces, hors de l'ordinaire, mais dispendieux, peut être généralement assuré de les recevoir présentement, ce qui pourrait être moins sûr sous un PPP qui déciderait d'assurer uniquement les services et les soins les plus fréquents qui touchent la majorité de la population⁹⁶. Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4; Trebilcock and Iacobucci, *supra* note 18 à la p.1444.

1.3 La notion d'intérêt général

L'objectif premier du service public réside dans la poursuite de l'intérêt général, du bien commun. La tâche ardue de définir ce qu'est l'intérêt général a été maintes fois soulignée par différents auteurs et par la jurisprudence. Notre régime parlementaire, inspiré de notre passé britannique, se fonde sur la présomption que l'Assemblée nationale, dont les représentants proviennent de la volonté collective exprimée lors des élections, est le meilleur garant de ce bien commun et de l'accomplissement de la mission d'intérêt général.⁹⁷

Lorsque l'État s'engage à certaines obligations à l'intérieur d'un contrat de PPP, il s'exécute en tant que représentant de la collectivité publique. Par le biais d'un PPP, l'État confie et transfère, en tout ou en partie, au partenaire privé la réalisation de la mission d'intérêt général qui caractérise les services publics. Le PPP impose donc au partenaire privé de décider, unilatéralement ou de concert avec l'État, des moyens à déployer pour assurer la réalisation du PPP.⁹⁸ S'il est vrai que l'action gouvernementale répond à un dénominateur commun, le citoyen, et plus spécifiquement l'utilisateur, dans le cas des services publics, il n'en demeure pas moins qu'il existe une distinction entre l'intérêt dit général et l'intérêt public variant selon les secteurs d'activité législative.

Le renvoi à l'intérêt général s'emploie avant tout comme une finalité, la justification d'un rapport inégalitaire, de restrictions législatives ou réglementaires supplémentaires, de privilèges octroyés. Au nom des exigences de l'intérêt général, ce dernier procure au partenaire public un pouvoir étatique discrétionnaire impressionnant. La notion d'intérêt général s'inscrit dans le mandat qu'a un État de s'assurer que tous les citoyens aient accès à des services

⁹⁷ Voir Y. Derome, « Le contrat de gestion privée d'un service public » (1995) 36 Les Cahiers de Droit, à la p.358 [Derome].

⁹⁸ Voir *Ibid.* à la p.330.

et à des soins appropriés répondant à des standards de qualité, et ce, peu importe leur situation particulière. La collectivité peut créer des besoins qui dépassent les besoins immédiats de l'individu consommateur de services⁹⁹.

Qu'en est-il alors de l'intérêt public? La notion d'intérêt public se distingue de la notion d'intérêt général, car elle représente un intérêt juridiquement reconnu par la loi. L'intérêt public répond avant tout aux buts visés, à l'intention du législateur lors de l'adoption d'une loi. Alors que la notion d'intérêt général désigne des valeurs communes et le bien-être général du citoyen. Tel que décrit ci-après, les objectifs traditionnellement liés aux services publics, c'est-à-dire un service public qui réponde à des objectifs d'accessibilité, de continuité, de gratuité et d'adaptation répondent généralement à des objectifs d'intérêt général¹⁰⁰. Ces deux significations attachées à la notion d'intérêt peuvent créer une situation où un objectif d'intérêt public détaillé dans une loi¹⁰¹ contrecarre un objectif d'intérêt général. La recherche d'économie de coûts peut être qualifiée d'objectif d'intérêt public dont l'instrument serait un PPP.

La notion d'intérêt utilisé par ce mémoire est donc celle de l'intérêt général. L'enjeu ainsi exprimé porte plus particulièrement sur la protection de l'intérêt général et la promotion des objectifs d'intérêt général dans un PPP. Protéger l'intérêt général peut signifier s'opposer à un contrat de PPP qui confère une importance disproportionnée à des éléments déterminants au bénéfice d'un petit groupe d'intéressés et qui favorise une interprétation restrictive de l'intérêt général qui assouvit des besoins pécuniaires à court terme pour une classe

⁹⁹ Voir Mary Ann Baily, « Managed care organization and the rationing problem » (2003) 33 The Hasting Center Report Jan-Feb 1 à la p.34; Moore, *supra* note 2 à la p.1221.

¹⁰⁰ Issalys et Lemieux, *supra* note 25 aux pp.64-65.

¹⁰¹ À cet effet, les auteurs Issalys et Lemieux donnent l'exemple d'un objectif d'intérêt général concernant la délivrance de soins hospitaliers adéquats par l'utilisation de technologies d'avant-garde qui s'oppose à l'objectif d'intérêt public d'assurer la santé des finances publiques aux moyens de restrictions budgétaires, dans Issalys et Lemieux, *supra* note 25 à la p.64.

privilégiée du public¹⁰². On retrouve ce même scénario, allant à l'encontre de la protection de l'intérêt général lorsqu'un PPP procure un certain capital politique et des gains économiques à court terme au détriment des avantages à long terme et de la continuité du service public.

Malgré la protection de l'intérêt général évoquée par le partenaire public, il n'est pas possible d'imposer des obligations déraisonnables et non prévues au partenaire privé, au nom de l'intérêt général¹⁰³.

Par conséquent, tout en servant l'intérêt public, l'intérêt général doit servir de guide et de règle d'interprétation dans le processus contractuel de l'État¹⁰⁴.

Nous considérons aux fins de ce mémoire que la notion d'intérêt général impose à l'État d'agir dans le meilleur intérêt du citoyen-usager qu'il représente¹⁰⁵.

1.3.1 La définition du « public »

Nous avons décidé d'arrêter notre choix sur les usagers plutôt que sur les contribuables, car ces derniers peuvent avoir des intérêts divergents. Le contribuable est assujéti au paiement des impôts : l'utilisateur utilise le service public. La notion d'utilisateur inclut les personnes inaptes ou vulnérables, dont les enfants, les prisonniers, les personnes bénéficiant de l'aide sociale et les personnes âgées. Ce sont des consommateurs de services publics qui ne contribuent pas nécessairement aux impôts des différents paliers gouvernementaux. Les exemples suivants peuvent illustrer des situations où la priorité du contribuable ne s'assimile pas nécessairement à celle de l'utilisateur : la

¹⁰² Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4.

¹⁰³ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.140.

¹⁰⁴ Voir Garant, *supra* note 75, à la p.387; Nguyen, *supra* note 65 à la p.23.

¹⁰⁵ Voir *Cie des jouets Feuille d'érable Ltée c. Association montréalaise d'action récréative et culturelle*, (1986) R.J.Q. 549 à la p. 555 (C.S.), conf. par J.E. 89-75 (C.A.).

construction de routes dans le Grand Nord, s'assurer du bien-être des personnes inaptes ou offrir des soins de santé gratuits aux immigrants illégaux. Si divergence il y a par moment, celle-ci disparaît lorsque les personnes qui paient pour ces services les utilisent également¹⁰⁶.

Une autre particularité qui confirme le choix de placer l'usager au cœur des enjeux quant à la faisabilité d'un PPP est le fait que celui-ci « (...) ne pourra jamais être considéré comme source de profit à choyer et à vouloir conserver¹⁰⁷ ». Oui, l'usager consomme, mais il le fait en tant que sujet porteur de droits, en tant que membre d'une société à qui l'on procure certains services définis, basés sur des objectifs d'intérêt général.

La notion même d'intérêt général inclut précisément les intérêts du citoyen, qu'il soit contribuable ou usager, qui rejoignent des objectifs de la collectivité comparativement à ceux qu'il détient à titre individuel¹⁰⁸. De ce fait, la notion d'intérêt général harmonise les besoins du citoyen-contribuable et de l'usager.

1.3.2 Les objectifs d'intérêt général dans un service public

La valorisation des normes de droit public supplante les questions de coût et de qualité des services publics¹⁰⁹. L'origine de ces propos se veut un frein à ce que l'État puisse se prévaloir de la liberté contractuelle¹¹⁰ du PPP pour dévier du mandat donné par la collectivité publique et pour ne plus considérer l'usager personnifiant l'intérêt général.

¹⁰⁶ Voir John Donahue, *The Privatization Decision*, 4 ed, 1989, 150-151 [Donahue].

¹⁰⁷ Voir Cefrio, *supra* note 12.

¹⁰⁸ Par exemple, lorsque Bell Canada était sous l'enceinte gouvernementale, elle a érigé un réseau d'infrastructure de télécommunications dans le nord du Québec afin de desservir une petite population isolée, répondant ainsi à l'intérêt général d'accessibilité de chaque citoyen québécois à un moyen de télécommunication, investissement qui pourrait considéré par des entreprises privées comme étant disproportionné quant au rendement.

¹⁰⁹ Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1310.

¹¹⁰ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.80.

Qu'en est-il de ces objectifs d'intérêt général dans un service public? Les dispositions législatives et contractuelles qui régissent un PPP répondent à plusieurs objectifs d'intérêt général, mais le droit québécois ne reconnaît pas expressément ces principes¹¹¹. Sur la base de la protection de l'intérêt général, Freeman souligne que les objectifs d'intérêt général qui forment une partie intégrante de la notion de services publics sont l'accessibilité, la qualité, la mutabilité, l'égalité, la continuité du service public et sa gratuité le cas échéant. Ils régissent le fonctionnement de base du service public et ils bénéficient d'une large vocation à encadrer n'importe quel type de PPP. Étant donné la durée habituellement longue des projets de PPP, le partenaire public a besoin de se référer à ses objectifs d'intérêt général du service public lors de la création et lors des modifications ultérieures pendant l'existence du PPP. Ces objectifs d'intérêt général permettent de tenir compte de la croissance du nombre des usagers desservis, du changement dans leurs besoins, et de développer avec le partenaire privé la prestation de service public adéquate pour répondre à la demande raisonnable des usagers. Ces objectifs d'intérêt général relèvent du devoir public de l'État et c'est au partenaire public de faire en sorte de les faire respecter dans le cadre d'un PPP. Qui plus est, la législation peut énoncer les principes qui établissent les normes de qualité, les exigences de continuité, d'accessibilité et l'assurance d'égalité. Le Guide législatif du CNUDCI a mis l'accent sur l'importance des objectifs d'intérêt général comme des déterminants majeurs des paramètres d'un PPP. Dans la section du Guide consacrée à ce sujet, nous avons dégagé les composantes qui façonnent les objectifs d'intérêt général. Le Guide législatif du CNUDCI souligne que, au nom de l'objectif de continuité, les différentes circonstances qui, conformément aux principes généraux du droit des contrats, pourraient autoriser l'une des parties au contrat de PPP à suspendre ou à interrompre l'exécution de ses obligations, ne peuvent être invoquées par le

¹¹¹ Voir Derome, *supra* note 97 à la p.331.

partenaire privé pour suspendre ou interrompre, en tout ou en partie, la prestation d'un service public¹¹². Pour ce qui est de l'objectif d'égalité, il faut se référer au devoir public qui fait en sorte que l'État est tenu d'accorder des conditions essentiellement identiques à tous les usagers à moins d'une distinction fondée sur une classification raisonnable. La nécessité d'accessibilité s'explique par le devoir public d'un État d'offrir un accès aux services publics à des conditions justes et non discriminatoires. Cette notion recoupe l'objectif d'égalité et est soumise au caractère raisonnable tout en comportant la possibilité pour les partenaires de devoir adapter le service public pour satisfaire aux demandes d'accès des usagers.

L'objectif de gratuité se rencontre dans certains services publics, particulièrement dans les services et soins de santé où les usagers de concert avec l'État jugent que ces services revêtent un caractère essentiel et doivent être fournis à ceux qui ne peuvent y contribuer financièrement.

La prise en compte des objectifs d'intérêt général qui guident notre société amène à préciser le cadre auquel se réfèrent les États pour interpréter leurs responsabilités et définir leurs obligations. En résumé, les services publics comportent un ensemble complexe d'intérêts et d'obligations et se caractérisent par les objectifs d'intérêt général qui les guident. Les PPP ouvrent un ensemble de possibilités pour reconnaître et renforcer la mission d'intérêt général des services publics. Nous relevons ci-après les évolutions qui s'opèrent dans l'environnement des services publics et les transformations constatées depuis les dernières décennies dans un contexte mondial et dans la société canadienne et québécoise.

¹¹² Voir *Guide CNUDCI*, *supra* note 61 à la p. 140.

1.4 Conclusion du chapitre

Malgré cette différence entre une philosophie économique, organisationnelle et juridico-institutionnelle, il n'en demeure pas moins que de tous ces PPP, le principe reste le même. Juridiquement, les PPP ne constituent normalement pas une entité distincte. Cette situation s'explique par le fait que l'État ne veut généralement pas être tenu responsable conjointement avec la partie privée pour des actes qu'il n'aurait pas commis. Pour cette raison, la majorité des PPP ne peuvent faire l'objet, comme entité, d'un contrôle sur leur imputabilité ne constituant pas une entité juridique à part entière; il faudra dans ces cas se référer plutôt aux parties qui le constituent¹¹³. Le PPP demeure avant tout un concept, une technique pour accéder à l'aboutissement d'un projet qui rassemble diverses entités juridiques.

Peu importe la forme ou l'approche adoptée, la préoccupation du partenaire public doit être de s'assurer du maintien d'un pouvoir de décision et d'un encadrement planifié qui permettent d'adopter des stratégies appropriées et un contrôle des risques qui réponde aux défis de la collectivité. La réalité organisationnelle de ces différents types de PPP se traduit par l'élaboration d'un plan, la construction, le financement et l'investissement représentés par le capital privé; l'ensemble de l'opération et de l'entretien relève d'une combinaison des secteurs public et privé et la propriété de l'infrastructure revient éventuellement ou initialement au partenaire public¹¹⁴. Les objectifs de performance sont normalement établis par le secteur public et le coût en capital et le coût d'exploitation sont regroupés en paiements de services au secteur privé durant la

¹¹³ Voir K. Kernaghan & D. Diegel, *Public Administration in Canada*, 4th ed. Scarborough : ITP Nelson, 1999 à la p.306. [Kernaghan & Diegel]

¹¹⁴ Voir The Canadian council for public-private partnerships, « Hospitals : The Canadian Case for Hospital PPP Projects » en ligne [pppcouncil.ca](http://www.pppcouncil.ca) <<http://www.pppcouncil.ca>>; *Guide CNUDCI, supra* note 61 à la p.6.

période d'exploitation, soit sur une période moyenne de 30 ans et plus. À la fin de la période, la propriété de l'infrastructure est transférée à l'État¹¹⁵.

Les PPP se veulent une solution de rechange à l'obligation normalement dévolue à l'État de procurer directement, à travers la fonction publique, des services publics¹¹⁶. En optant pour cette option, l'État cesse d'exécuter ses politiques pour se limiter à les encadrer¹¹⁷. Cette situation permet au gouvernement de se recentrer sur la définition d'objectifs à atteindre, plutôt que sur les moyens à emprunter pour les atteindre¹¹⁸.

C'est à la lumière de cette première analyse que s'amorce le traitement de l'imputabilité, notion qui est au cœur des débats sur les PPP dans les services publics. En effet, la création d'un PPP implique l'émergence d'une structure complexe d'interrelations entre différents acteurs, à différentes étapes de l'existence du PPP et suscite des préoccupations quant à l'imputabilité. À l'exercice du pouvoir et la nécessité de contrôler ce pouvoir, on retrouve dans un PPP la délégation de ce même pouvoir, qui exige à son tour que les délégataires expliquent, justifient leur pouvoir et leur action sous peine de sanctions.

Le prochain chapitre s'attarde donc à définir dans un premier temps les modes d'imputabilité propres à un État en mode conventionnel pour ensuite les transposer et les analyser avec les autres modes d'imputabilité rencontrés dans

¹¹⁵ Voir « The Submission of the Canadian Council for Public-Private partnerships to the Commission on the Future of Health care in Canada » (8 mars 2004), en ligne : [pppcouncil.ca](http://www.pppcouncil.ca) <<http://www.pppcouncil.ca>> [Canadian Council].

¹¹⁶ Voir M. Charih & A. Daniels, *New Public management and Public Administration in Canada*, Toronto : Institute of Public Administration of research on Public Policy, 1995.

¹¹⁷ Voir M. Massé, « Partners in the Management of Canada: The Changing Roles of Government and the Public Service » (1993) 24(1) *Optimum* 54 à la p.55; J.P. Boase, « Beyond Government? The Appeal of Public-Private partnerships » (2000) 43(1) *Canadian Public Administration* 75 à la p.78. [Boase]

¹¹⁸ Voir Institut pour le partenariat public-privé, « Des projets de Partenariat public-privé émergent de toutes parts. En voici des exemples » (Juin 2002) en ligne : [ippp.org](http://www.ippp.org) <<http://www.ippp.org>> [Projets de Partenariat].

un environnement PPP. À la suite de quoi nous soulevons les problèmes que cette situation engendre.

CHAPITRE 2 L'IMPUTABILITÉ ET LES PPP

2.1 La notion générale d'imputabilité

L'imputabilité est au cœur des enjeux et constitue l'un des piliers de la gouvernance des sociétés démocratiques. Elle englobe tous les mécanismes par lesquels ceux qui détiennent et exercent une autorité quelconque sont tenus de rendre des comptes. Le concept d'imputabilité s'est vu attribuer toutes sortes de dénominations, consacrées par une vaste documentation, et qui s'appliquent à des environnements fort différents. De toutes ces définitions, on retient les termes suivants, qui sont souvent associés à la notion d'imputabilité : reddition de comptes, contrôle, responsabilité, évaluation et transparence. Chacun de ces termes souligne la nature pluridimensionnelle de l'imputabilité.¹¹⁹

L'imputabilité s'intègre à tout processus de réflexion qui suppose un exercice du pouvoir, une délégation d'autorité ou un transfert de responsabilités. La venue des PPP dans la réalité des services publics incite à repenser les politiques et pratiques auxquelles l'État se réfère pour s'acquitter de ses responsabilités. Ainsi, en s'inscrivant au centre même de la dynamique des PPP, l'imputabilité constitue le pivot de son équilibre et de son efficacité. De plus, lorsqu'on aborde la question d'imputabilité de l'État, on fait référence au partenaire public du PPP. L'imputabilité de l'État a été accrue d'un côté par la division du pouvoir étatique en branches législative, exécutive et judiciaire, et d'un autre par la répartition des juridictions entre le fédéral, le provincial et le municipal.

¹¹⁹ Voir P. Aucoin et R. Heintzman, « The dialectics of accountability for performance in public management reform » (2000) *International Review of Administrative Sciences*, 66 à la p.45; Voir Acar, supra note 4 à la p.10.

Nous nous proposons dans ce chapitre de faire ressortir les grands principes de l'imputabilité en général à travers les quatre dimensions supportées par l'auteur Dubois, en distinguant certaines particularités propres à l'imputabilité de l'État et à celle du PPP. Nous discuterons ensuite des formes d'imputabilité valorisées en contexte de PPP.

2.1.1 Les quatre dimensions d'imputabilité

Dans le cadre de sa thèse de doctorat sur les « Transformations des systèmes de soins de santé et pratiques d'imputabilité », Dubois discute de quatre dimensions de l'imputabilité : (1) le mode de structuration entre les différents acteurs, (2) la reddition des comptes, (3) l'évaluation de la performance et (4) la responsabilité¹²⁰, telles que résumées ci-après. L'analyse de Dubois se consacre essentiellement aux services et soins de santé, mais nous croyons que sa perspective apporte un éclairage nouveau à la notion d'imputabilité qui s'apprécie dans le cadre de notre étude sur les PPP et dans le contexte de la prestation des services publics en général.

2.1.1.1 *La structuration des relations entre les acteurs*

L'imputabilité s'inscrit toujours dans le cadre d'une relation entre deux parties : l'une à qui une activité est confiée et qui doit rendre compte, l'autre qui confie et qui s'attend à une reddition de comptes. La désignation d'une partie imputable passe par une présomption qui évite l'identification du responsable « effectif », car elle impute juridiquement, contractuellement, politiquement ou moralement la responsabilité à une partie. Cette dimension sert l'intérêt général en contexte de PPP en évitant que l'imputabilité de l'État ne tombe « entre deux ».

¹²⁰ Voir Carl-Ardy Dubois, *Transformation des systèmes de soins de santé et pratique d'imputabilité*, thèse de doctorat en Administration de la santé, Faculté de Médecine, Université de Montréal, 2002, aux pp. 24 et 55 [non publiée] [Dubois].

Rendre une partie imputable sert trois principales tâches : celle d'informer, celle de rediriger les actions et les décisions vers la partie pertinente et, surtout, celle de justifier les gestes posés¹²¹, par une ou des parties, en instaurant un système d'incitatifs¹²². En ce sens, l'imputabilité signifie être redevable à une autorité, souvent elle-même redevable à une autre autorité, qui supervise et dicte le comportement à adopter et les sanctions à appliquer, le cas échéant¹²³.

2.1.1.2 La reddition de comptes

L'imputabilité nous réfère à l'obligation de reddition de comptes, c'est-à-dire pour une partie, justifier, expliquer rationnellement les résultats des efforts déployés pour accomplir une responsabilité qui lui a été confiée¹²⁴. La reddition de comptes fait intervenir le droit à l'information, l'obligation pour un État de répondre de son pouvoir à l'ensemble des citoyens qui seront mieux à même de juger de leur satisfaction dans la prestation du service public. Elle donne l'occasion à l'État d'expliquer ses réalisations en lien avec ses responsabilités, de démontrer de l'efficience et de la productivité de ses choix et d'attester sa transparence.

Compte tenu de la diversité des parties impliquées dans un contexte de PPP, rendre compte signifie aussi faire intervenir des mécanismes variés consacrés par des lois, des contrats, des impératifs officiels ou officieux, comme discuté au chapitre troisième de ce mémoire.

¹²¹ Voir G. Beneviste, « The Design of School Accountability Systems », (1985) 7(3) *Educational and Policy Analysis* 261, à la p.264.

¹²² Kernaghan & Diegel, *supra* note 113 à la p.351.

¹²³ Voir Acar, *supra* note 4 à la p.95.

¹²⁴ Voir Dubois, *supra* note 120 à la p.30.

2.1.1.3 L'évaluation de la performance

L'évaluation de la performance provient de la difficulté à établir un lien précis entre l'action ou la décision d'une des parties contractantes et les répercussions engendrées et le degré d'implication de cette partie dans l'atteinte des résultats. L'un des premiers éléments qui participe à la confusion de l'évaluation de la performance sont les résultats eux-mêmes. La gestion axée sur les résultats répond initialement à une difficulté inhérente au PPP à déterminer ses intrants, « inputs », qui réfèrent aux ressources investies pour la production des services. Ainsi, les résultats dépendent non seulement de l'action d'une partie, qui peut reposer elle-même sur les agissements et les compétences d'autres parties, mais aussi du comportement des usagers des services publics, des ressources accessibles ou de facteurs externes imprévisibles. Les résultats s'expliquent donc par les multiples éléments qui interviennent à différentes phases et à divers degrés dans l'élaboration et la gestion du PPP¹²⁵, sans compter que les résultats peuvent être interprétés par un jugement subjectif ou une évaluation objective.

La notion d'imputabilité sert donc de présomption de responsabilité imposée à une partie, qui doit rendre compte aux autorités concernées de résultats sous sa responsabilité par présomption, et faire en sorte que le ou les autorités exercent un contrôle sur l'action que la partie effectue, même par le biais d'une ou d'autres parties placées sous sa responsabilité.

De façon plus précise, la prestation d'un service public fait intervenir des parties qui possèdent des intérêts, des valeurs et des objectifs qui peuvent teinter la perception des performances et la valorisation des résultats recherchés.

¹²⁵ L'expression « the problem of many hands » exprime bien la situation. Voir à cet effet D.F. Thompson, « Moral Responsibility of Public Officials: The Problem of Many Hands », (1980) 74 *American Political Review* 905; Acar, *supra* note 4aux pp.37-38.

2.1.1.4 La responsabilité

La quatrième et dernière dimension d'imputabilité analysée par l'auteur Dubois, la responsabilité, est fréquemment employée comme synonyme à l'imputabilité¹²⁶. Cependant, la notion de responsabilité ne comprend pas les trois autres dimensions discutées. Être responsable fait appel à une obligation donnée à une partie, obligation de laquelle découlent des conséquences. Thomas divise la responsabilité de nature (1) objective, encadrée par des processus officiels, lois, règles, codes des professions, contrats, standards économiques, etc., de celle de nature (2) subjective, qui réfère à une obligation émanant de normes non officielles¹²⁷.

Les quatre dimensions d'imputabilité énoncées sont conceptuellement distinctes, mais elles s'influencent réciproquement. Également, elles proposent une définition de l'imputabilité qui implique l'engagement de plusieurs parties dans une structure complexe de relations dont l'enjeu consiste à créer un environnement où les parties assumant une responsabilité peuvent en rendre compte et justifier à d'autres parties les performances et les résultats obtenus.

En définitive, il faut garder en tête que l'obligation que se donne chacune des parties à un PPP d'être imputable envers une autorité doit être à l'avantage du service public et servir l'intérêt général.

Ces quatre dimensions servent de point de référence et qualifient les formes prépondérantes d'imputabilité en contexte de PPP analysées ci-après.

¹²⁶ Voir Dubois, *supra* note 120 à la p.34.

¹²⁷ Voir P.G., « The Changing Nature of Accountability », dans Canadian Center for Management Taking Stock. *Assessing Public Sector Reforms*, Ottawa, BG Peters et DJ Savoie (eds), (1998), 348 à la p.353.

2.1.2 Les formes d'imputabilité dans un PPP

Contrairement à la structure hiérarchique gouvernementale, qui est de type vertical, la structure des PPP se qualifie plutôt d'horizontale et implique une multitude de participants. Les formes d'imputabilité témoignent du compromis des différentes dimensions d'imputabilité discutées ((1) le mode de structuration entre les différents acteurs, (2) la reddition des comptes, (3) l'évaluation de la performance et (4) la responsabilité). Un PPP met en jeu des formes d'imputabilité existantes, mais auxquelles les différentes parties, dans un contexte traditionnel de prestation des services publics, ne sont pas nécessairement confrontées. De plus, du PPP naissent des formes d'imputabilité qui lui sont propres : le PPP génère ainsi une équation de multiorganisations¹²⁸. Les formes d'imputabilité sont internes à chaque partie, internes dans le PPP et externes avec les autorités tierces au PPP.

Nous évaluerons les formes d'imputabilité typiques rencontrées par un partenaire public et par un partenaire privé dans un PPP, formes autant internes qu'externes. Par le fait même, nous considérerons les formes d'imputabilité rencontrées en contexte traditionnel et retrouvées en mode PPP. Pour ce faire, nous adoptons le schème de pensée de l'auteur Dubois, qui regroupe en quatre modèles macro les différentes formes d'imputabilité.¹²⁹ Ainsi, en plus d'évaluer l'imputabilité sur sa qualification interne ou externe, nous la classerons selon qu'elle appartient au modèle politique, bureaucratique, managérial et professionnel.

De cette façon, nous évaluerons l'impact d'une structure PPP sur la dynamique d'imputabilité, ce qui nous permettra au chapitre troisième d'analyser la capacité des parties à réconcilier ces formes d'imputabilité actuelles ou apparaissant dans

¹²⁸ Voir Acar, *supra* note 4 à la p.179.

¹²⁹ Voir Dubois, *supra* note 120 à la p 84.

un cadre juridique. La proposition soutenue est que les formes d'imputabilité sont opérées simultanément et influencent à divers degrés les actions et les décisions des parties.

2.1.2.1 *L'imputabilité bureaucratique*

L'imputabilité bureaucratique constitue un modèle interne d'imputabilité, car elle s'intègre dans une relation ascendante, supérieur-préposé. Le partenaire public doit répondre de ses actions et de celles de ses subordonnés vis-à-vis des acteurs internes de la sphère administrative, gouvernementale et intérieure au PPP, tandis que le partenaire privé accepte de se soumettre à une supervision directe provenant des figures d'autorité qui lui imposent des règles (ses actionnaires, intervenants au PPP, etc.).

Par exemple, une autorité judiciaire peut contraindre les partenaires responsables au PPP non plus par choix, mais par le biais du droit applicable¹³⁰. Les partenaires sont donc contraints, notamment, par le droit administratif, d'éclaircir leurs prises de position, en plus de promouvoir par exemple des droits d'accès à l'information octroyés aux usagers, de respecter les procédures de notification et les opportunités d'aller en consultation publique et d'obéir à la révision judiciaire.

Particularité de l'imputabilité bureaucratique, elle répond à une responsabilité objective où la dimension de gestion des performances ne porte pas sur les résultats eux-mêmes, mais sur la conformité de la tâche effectuée. Ce modèle

¹³⁰ Ce type d'imputabilité doit toutefois faire face aux problématiques de hiérarchisation des différents paliers gouvernementaux, de complexité du processus judiciaire et de la possible inaccessibilité du système juridique, voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1327; Acar, *supra* note 4 à la p.41.

d'imputabilité est majoritairement préconisé dans un contexte traditionnel de prestation des services publics. Il cohabite en mode PPP avec les autres modèles, qui le mettent moins de l'avant qu'en mode traditionnel.

2.1.2.2 *L'imputabilité politique*

L'imputabilité qualifiée de politique fait référence à des formes d'imputabilité liées au partenaire public et englobe des sous variantes telles que l'imputabilité publique, l'imputabilité démocratique et l'imputabilité ministérielle. Elle demeure externe, car le partenaire public rend compte de manière indirecte par les élus du gouvernement qui a mis en place le PPP. L'imputabilité politique peut s'inscrire dans un processus du partenaire privé, mais il n'en demeure pas moins que, dans un PPP, c'est le partenaire public qui a le devoir de justifier l'usage des fonds publics, de rendre compte de l'utilisation du pouvoir gouvernemental et de l'intégration des besoins des usagers dans le processus décisionnel du PPP. Ainsi, la dimension d'imputabilité politique permet une conduite des partenaires moins arbitraire¹³¹.

Lorsqu'on fait référence à l'imputabilité démocratique, on définit la relation qu'entretient un gouvernement avec ses électeurs. Au bout du compte, peu importe le type de partenariat dans lequel s'implique l'État, il doit se rendre imputable pour les services qu'il dessert en partie ou en totalité devant ses citoyens. ¹³²Afin de trouver une certaine légitimité ou un fondement aux actions de l'État, une forme de postulat est créée. Les citoyens ont besoin de croire que lorsque leur gouvernement fait adopter une loi, introduit une réglementation, émet une décision administrative, intervient sur la base de ses pouvoirs dans la prestation de service public, il le fait afin de refléter les désirs et les besoins de la collectivité publique. Moore établit un parallèle en ces termes :

¹³¹ Voir Freeman « Governance », *supra* note 3 à la p.1307.

¹³² Voir Minow, *supra* note 9 à la p.1269.

At each of these moments, a representative governmental institution makes a choice on behalf of the collective about an important public value that is to be protected or advanced through the use of powers, the assets, and the capacities of the state. It is that choice that becomes the more important arbiter of what constitutes public value, not the welfare of the individuals affected by the choice¹³³.

Évidemment, cette échelle d'autorité devrait permettre d'imputer la responsabilité au palier de gouvernement approprié, qui plus est, au partenaire public impliqué¹³⁴. Selon Lemieux et Issalys, le principe d'imputabilité suppose qu'à chaque mesure gouvernementale soit associé un responsable. De cette manière, et en prenant exemple sur la forme d'imputabilité démocratique existant entre le partenaire public et les citoyens, ces derniers peuvent plus aisément identifier le responsable public et savoir à qui s'adresser pour revendiquer leurs droits ou manifester leur mécontentement. Les citoyens sont ainsi en droit de recevoir, par le biais de l'imputabilité politique, de l'information sur les performances obtenues par le PPP, et s'assurer du contrôle de la qualité, de la productivité et des coûts. Les citoyens peuvent se faire entendre en retour par le biais des députés élus¹³⁵.

La délégation de pouvoir entraîne l'initiative et la responsabilité et oblige une autorité administrative inférieure à rendre des comptes à ses supérieurs hiérarchiques, ainsi de suite pour culminer avec l'imputabilité ministérielle¹³⁶, où les membres du cabinet du gouvernement sont tenus responsables des actions entreprises par les fonctionnaires relevant de leur ministère. En ceci, chaque secteur, voulant protéger ses compétences, surveille instinctivement l'exercice du

¹³³ Voir Moore, *supra* note 2 à la p.1220.

¹³⁴ Voir Acar, *supra* note 4 à la p.42.

¹³⁵ Voir Moore, *supra* note 2 à la p.1227.

¹³⁶ Voir *Loi sur la réduction du personnel dans les organismes publics et l'imputabilité des sous-ministres et dirigeants d'organismes publics*, L.R.Q., c. R-2.3, art. 8.

pouvoir de ses paliers gouvernementaux¹³⁷. Toutefois, l'imputabilité du ministre et du sous-ministre demeure plus difficile à départager compte tenu de la double fonction de gestion administrative et de conseil politique en jeu pour les postes de hauts fonctionnaires¹³⁸.

2.1.2.3 L'imputabilité professionnelle

Elle tire son origine du crédit accordé à l'expérience et à l'expertise des professionnels contribuant au projet de PPP. La formation d'une profession provient de l'attribution d'un mandat social à un groupe de personnes qui ont le droit de pratiquer certains actes et qui répondent à des exigences d'autorégulation. Pensons aux codes de déontologie des différents membres de professions libérales¹³⁹.

Cette forme d'imputabilité se définit en deux volets. D'une part, la constitution d'un ordre professionnel d'une profession implique une obligation de rendre compte à la collectivité publique de la manière dont ce groupe d'individus exercent leurs droits et privilèges. D'autre part, la mise sur pied d'un PPP doit tenir compte des exigences résultant des ordres professionnels pour mieux les réconcilier et les adapter aux objectifs de performance et aux résultats recherchés par le PPP. L'imputabilité professionnelle correspond à un processus autant interne, vis-à-vis ses collègues, qu'externe, vis-à-vis des « clients » et autres partenaires. Encore une fois, la reddition de comptes ne porte pas tant sur les performances que sur la conformité aux standards professionnels, c'est-à-dire une responsabilité objective de la partie concernée. La prestation du service public en mode PPP crée une situation complexe pour les ordres professionnels en créant des rapports interprofessionnels. L'imputabilité professionnelle se

¹³⁷ Voir Minow *supra* note 9 à la p.1263.

¹³⁸ Voir Issalys et Lemieux, *supra* note 25 aux pp.277-278.

¹³⁹ Voir Dubois, *supra* note 120 à la p.3.

trouve ainsi partagée et demande une coopération et des conditions privilégiant une forme d'imputabilité « mutuelle ». Ceci introduit une forme d'imputabilité professionnelle horizontale qui s'ajoute à l'imputabilité professionnelle verticale traditionnellement rencontrée.

2.1.2.4 L'imputabilité managériale

Certaines pressions intérieures et extérieures au PPP influencent la volonté et le devoir d'être imputable. Ainsi, certains facteurs internes aux deux partenaires tels que la peur d'être sanctionné, la crainte de voir le contrat de PPP non renouvelé, le désir de maintenir une certaine loyauté entre les différents intervenants constituent des incitations à se rendre moralement imputable envers une certaine autorité.

De plus, le partenaire privé peut être incité à respecter ses obligations à un PPP et à rencontrer ses objectifs de performance à cause de facteurs externes tels que la réputation de l'entreprise, le système de rémunération des cadres supérieurs, la crainte de perdre du terrain dans un marché concurrentiel ou le risque de prise de contrôle par une autre entité¹⁴⁰. Tel que le mentionne Dubois dans sa thèse :

« Il s'agit d'une forme d'imputabilité conséquentielle où la logique est centrée sur les résultats, sur les fins plutôt que sur les intrants et les procédures. La priorité est accordée à l'atteinte des buts indépendamment du choix des moyens et de leur agencement et la loi doit, dans ce cadre, davantage contribuer à définir les limites qu'à prescrire les processus à suivre. »¹⁴¹

L'imputabilité managériale réfère notamment à la relation d'imputabilité existant entre la partie publique et la partie privée directement. Elle se particularise par

¹⁴⁰ Voir Trebilcock and Iacobucci, *supra* note 18 à la p.1425 (WL); Voir R.A.W. Rhodes, *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Open University Press, Bristol, PA, 1997 [Rhodes].

¹⁴¹ Voir Dubois, *supra* note 120 à la p.87.

l'imputabilité que chaque partenaire envisage eu égard à l'environnement initial et dans lequel il évolue hors contexte de PPP. Pour cette raison, cette dimension d'imputabilité se qualifie souvent d'imputabilité « latérale »¹⁴².

L'imputabilité managériale tient compte également du fait que le financement du projet de PPP constitue une étape essentielle qui donne énormément de pouvoir aux créanciers qui mettent en place des facilités de crédit en support au PPP. En accord avec cette approche, le partenaire privé, et fréquemment le partenaire public, se rendent imputables vis-à-vis leurs créanciers et doivent faire preuve de transparence et fournir les renseignements exigés par leurs créanciers, sans quoi ils pourraient se voir refuser l'octroi d'un soutien financier¹⁴³. Les créanciers peuvent représenter des intérêts autant publics que privés. La meilleure façon pour le partenaire public de tirer profit du lien d'imputabilité avec les créanciers consiste à harmoniser ses objectifs de performance et l'atteinte de ses résultats avec ceux des créanciers.¹⁴⁴ En conséquence, les mêmes mesures sont mises en place afin de satisfaire les exigences des créanciers et du partenaire public.

L'imputabilité managériale comprend également l'imputabilité économique. Dans un contexte privé traditionnel, l'utilisateur est perçu avant tout comme un consommateur. En cherchant à diriger l'utilisateur vers ses services, le partenaire privé essaie de combler la demande avec des prix qui défient toute concurrence. Le jeu de l'offre et de la demande constitue dans ce contexte le meilleur indicateur de viabilité des idées et des produits offerts par le service public.

¹⁴² Acar, *supra* note 4 à la p.43.

¹⁴³ Par exemple, l'intégration de directeurs indépendants sur le conseil d'administration.

¹⁴⁴ Voir Minow, *supra* note 9 à la p.1263.

2.2 Les préoccupations relatives à l'implantation d'un PPP : limites et perspectives

Un PPP n'est pas une entité juridique en soi. Chacun des partenaires étant plutôt visé distinctement, il inclut un transfert d'autorité et accorde un pouvoir de décision au partenaire privé¹⁴⁵. À qui le partenaire privé doit-il rendre des comptes si le contrat n'y pourvoit pas?¹⁴⁶ Il s'avère essentiel de clarifier et d'identifier les obstacles que le PPP peut engendrer sur l'imputabilité de l'État tout comme, à l'opposé, les obstacles tirant leur origine de l'imputabilité envers le PPP, afin de ne pas exposer l'État à travers son partenaire privé, si l'on pense à l'objectif de protection de l'intérêt général qu'il doit promouvoir, à une instabilité qu'une organisation gouvernementale individuelle ne rencontre pas en mode traditionnel de prestation des services publics.¹⁴⁷

2.2.1 L'imputabilité comme obstacle au PPP

Certaines zones d'intervention dans la prestation des services publics en mode PPP engendrent des situations où les formes traditionnelles d'imputabilité ne sont plus forcément efficaces. Dans la même veine, certaines formes d'imputabilité affaiblissent le choix d'opter pour un PPP.

¹⁴⁵ Voir J. Freeman, « The Contracting State » (2000) 28 Fla. St. U.L. Rev. 155.

¹⁴⁶ Mentionnons cependant à cet effet que le gouvernement du Québec a émis comme principe pour les PPP à venir que : « [I]es organismes publics demeurent imputables en tout temps de la qualité et de la disponibilité des services rendus aux citoyens (...) ». Il sera intéressant de voir l'analyse qui sera faite sur la portée des concepts de « qualité » et de « disponibilité ». Voir Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Politique-cadre sur les partenariats public-privé*, Québec, Publications du Québec, 2004, à la p.3.

¹⁴⁷ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 aux pp. 1326-1329; V. Lowndes et C. Skelcher, « The Dynamics of Multi-Organizational Partnerships: An Analysis of Changing Mode of Governance », (1998) 76 Public Administration 313.

2.2.1.1 *Les modifications ultérieures et l'évolution du contrat*

L'entente de PPP est un contrat à long terme, mais comporte normalement une certaine flexibilité afin de refléter son caractère évolutif inhérent. Toutefois, la quête de stabilité contractuelle entre les parties au PPP peut mener ces dernières à conclure une entente de partenariat qui fait obstacle à des modifications ultérieures ou à l'adaptation du contrat à de nouvelles réalités. Pratiquement, même si certaines modifications ultérieures sont justifiées, et que ces rectifications sont dans l'intérêt de la collectivité, si le contrat de PPP n'y pourvoit pas, il demeure difficile d'y interpréter quoi que ce soit¹⁴⁸. D'un autre côté, l'introduction de mécanismes de contrôle couvrant les modifications ultérieures au contrat permettant d'assurer une certaine imputabilité des partenaires peut créer un encadrement trop rigide et non évolutif de l'entente de PPP.

2.2.1.2 *L'imputabilité politique*

En voulant préserver son imputabilité politique, l'État a recours à des consultations publiques et introduit un processus d'appel d'offres qui peut paraître lourd et fastidieux pour un futur partenaire privé. Le partenaire privé ne voit pas nécessairement l'intérêt à soumettre aux débats publics la pertinence de ses responsabilités et obligations en lien avec l'utilisation d'une partie des fonds publics¹⁴⁹.

Un autre aspect de l'imputabilité politique qui peut jouer en défaveur du PPP survient lorsque le partenaire public responsable de la prise de position gouvernementale dans un PPP peut ne pas être imputable si aucune autorité n'y

¹⁴⁸ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.37. Par exemple, pensons seulement aux répercussions que cette lacune pourrait avoir sur une clause environnementale dans un PPP qui n'intègre pas l'implantation de nouvelles technologies moins polluantes.

¹⁴⁹ Voir Minow, *supra* note 9 à la p.1235.

porte intérêt. Par exemple, si les citoyens qui sont usagers du service public sous la forme PPP, n'imposent pas leur lien d'autorité sur le partenaire public, l'existence d'imputabilité est affaiblie et les exigences créées par les citoyens risquent d'avoir moins d'impact sur le contenu de l'action gouvernementale dans le PPP.

2.2.1.3 *L'origine du partenaire privé*

En raison de sa nature, le partenaire privé n'adhère souvent pas à l'idée que plus un service reste public et plus les mécanismes étatiques de contrôle d'imputabilité sont présents, meilleur est le partenariat. Instaurer ces mécanismes afin de protéger l'intérêt général peut sembler pour certains interminable et contre-productif et aller à l'encontre des réalités budgétaires. Des règles de conformité trop rigides forcent les partenaires privés à se « publiciser » et risquent de leur faire perdre ainsi tout potentiel d'innovation, d'efficience et de flexibilité. En particulier, imposer des mécanismes de contrôle légaux trop rigoureux pourrait réduire la concurrence¹⁵⁰.

2.2.1.4 *L'imputabilité professionnelle*

Qui plus est, cette autorité externe ne cautionne peut-être pas les choix et les options favorables aux usagers; les critères qui satisfont une autorité professionnelle peuvent tout simplement ignorer les objectifs de droit public¹⁵¹. Les liens d'imputabilité émanant du partenaire public répondent traditionnellement aux exigences de base des caractéristiques d'un service public: il doit être accessible, continu, gratuit et équitable. Ces liens

¹⁵⁰ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 aux p. 1310-1311; Minow, *supra* note 9 à la p.1262.

¹⁵¹ Voir L. deLeon, « Accountability in a Reinvented Government », (1998) 76 *Public Administration* 539; Acar, *supra* note 4 à la p.41.

d'imputabilité ont souvent émané des autorités existantes lorsque le gouvernement assumait seul le service public.

2.2.1.5 *L'imputabilité ministérielle*

De plus, il est généralement reconnu ou, à tout le moins, souvent avancé que, dans un PPP, le ministre ne peut être tenu responsable d'actes hors de son contrôle, sur lesquels il n'a aucune emprise et qu'il ne peut raisonnablement prévoir. Il faut donc tenir compte, dans un contexte de PPP, de cette faiblesse dans l'imputabilité ministérielle.

2.2.1.6 *L'imputabilité économique*

Il est souvent reproché à cette forme d'imputabilité de vouloir rencontrer uniquement les objectifs d'efficience en corrélation avec le choix des consommateurs, et non pas de juger de l'efficacité d'un service public sous l'angle des droits et des responsabilités des usagers¹⁵². Le partenaire public en contexte de PPP doit s'imposer afin de contrer cette tendance naturelle tout en évitant une gestion qui s'attarde plus sur la procédure que sur les résultats¹⁵³.

2.2.2 **Le PPP comme obstacle à l'imputabilité de l'État**

Le PPP contribue à l'édification d'écrans qui permettent de dévier les courants d'insatisfactions des usagers vers le partenaire public et non plus vers les seuls élus¹⁵⁴. Des composantes propres aux PPP forcent ainsi les parties à opter pour une approche plus adaptée aux nouveaux impératifs. Les arrangements d'imputabilité dans un PPP résultent d'un ensemble de facteurs contextuels.

¹⁵² Voir *ibid.* 9 à la p.1263; Acar, *supra* note 4 à la p.42; B.G. Peters et J. Pierre, « Governance without Government? Rethinking Public Administration », (1998) 8(2) *Journal of Public Administration Research and Theory* 223.

¹⁵³ Voir Trebilcock and Iacobucci, *supra* note 18 aux pp.1449-1450.

¹⁵⁴ Voir Raymundie, *supra* note 6, à la p.26.

Nous examinerons ci-après les facteurs d'un PPP susceptibles d'avoir un impact dépréciant sur l'imputabilité du partenaire public.

2.2.2.1 *L'utilisateur visé par le PPP*

Traditionnellement, l'imputabilité se crée à partir de la responsabilité d'un gouvernement de se rendre imputable aux citoyens certes, mais plus précisément aux usagers qui consomment les services publics. L'utilisateur idéal objective ses besoins et l'autorité publique prestataire de services lui en est redevable. Cette approche soustrait du choix du consommateur et usager des services publics toute influence de ligne de pensée par une partie intéressée¹⁵⁵. Le partenaire public considère que les besoins des usagers auxquels il se rend imputable sont épurés de toute influence contextuelle. En réalité, on peut douter de l'impartialité de l'utilisateur lorsqu'on constate les sommes astronomiques que l'industrie privée engloutit dans le marketing et les stratégies publicitaires afin d'influencer le choix et les besoins du consommateur. Le contexte, les modes et les pressions extérieures teintent beaucoup plus qu'on ne le croit la vision de l'utilisateur dans ce qu'il attend des services publics qui lui sont rendus par un gouvernement ou un futur partenariat avec le secteur privé. De plus, le citoyen revêt un double rôle dans le cadre d'un service public : comme usager désirant se voir appliquer les objectifs d'intérêt général au service public (plus large accès possible, égalité et continuité des services, qualité et gratuité, le cas échéant) et comme contribuable, réticent à céder davantage d'argent aux services publics.

Donc, assurément, l'imputabilité politique est présente dans un PPP, mais le public, usager des services, s'attendra à un degré de transparence du partenaire public sur ce que son environnement lui projette comme besoins et attentes.

¹⁵⁵ Voir Moore, *supra* note 2 aux pp.1213 et 1227.

2.2.2.2 La recherche de profit et d'efficience

Une des préoccupations principales d'un État optant pour le mode PPP demeure sans contredit d'éviter une augmentation de la qualité et de la productivité des services publics livrés au détriment d'un affaiblissement de la protection de l'intérêt général. La création d'un PPP peut entraîner une « dilution de la capacité stratégique de l'État d'orienter le développement des collectivités¹⁵⁶ » et éroder le pouvoir décisionnel de l'État. Par le biais du transfert de certains risques au partenaire privé, l'État se déresponsabilise du même coup en partie ou en totalité du développement des politiques, des stratégies et de la planification des services publics à la partie privée et cette dernière peut être perçue comme étant un obstacle à l'imputabilité de l'État.¹⁵⁷ Cette inquiétude s'explique d'autant plus que les intérêts du partenaire privé pourraient être incompatibles avec l'intérêt général des usagers du service public.¹⁵⁸

De plus, l'objectif avoué du marché concurrentiel est de procurer aux consommateurs ce qu'ils veulent et de mettre de la pression sur les producteurs afin qu'ils livrent des biens et des services au plus bas coût possible. Tel que discuté plus haut¹⁵⁹, le consommateur ciblé par le marché ne correspond pas nécessairement aux usager des services publics, une clientèle plutôt hétérogène¹⁶⁰. Certains craignent une inégalité et un écart grandissant entre les besoins des usagers, la protection de leurs intérêts, et ceux des consommateurs visés par le marché économique.

¹⁵⁶ Voir Belhocine et al., *supra* note 11 aux pp.2-11.

¹⁵⁷ Par exemple, on voit mal pourquoi un partenaire privé chercherait à protéger l'intérêt général s'il n'y est pas contraint.

¹⁵⁸ Voir *Guide CNUDCI*, *supra* note 61 à la p.140.

¹⁵⁹ Voir à cet effet, la section 1.3.1 sur la définition du public à la p. 40.

¹⁶⁰ Voir Moore, *supra* note 2 à la p.1224.

Lorsqu'il est question d'investissement dans un projet de services publics, la majorité des intéressés provenant du milieu privé visent une efficacité optimale, au moindre coût, et ce, sans normalement se soucier du type de service en jeu, de sa symbolique sociale, de l'imputabilité de l'État compromise ou de l'impact sur les personnes démunies qui s'en prévalent. La possibilité de bénéfices économiques dans un PPP surpasse souvent l'attention portée sur l'évaluation d'éventuels assauts à l'intérêt général.

2.2.2.3 *L'origine du partenaire privé*

L'apport du partenaire privé dans un PPP consiste principalement en son expertise et ce dernier en vient à détenir la gouvernance opérationnelle et contrôle le « terrain » du service public¹⁶¹. De plus, il importe de rappeler que les préoccupations du partenaire privé varient selon le milieu d'où il émane et que ce facteur influence l'importance accordée à l'imputabilité de l'État dans un PPP. Le partenaire privé peut prendre la forme d'un organisme sans but lucratif ou d'un organisme à but lucratif. Certains soutiennent que l'atteinte d'objectifs de droit public est plus aisément réalisable lorsque l'entité privée est un organisme sans but lucratif : elle serait moins à la recherche de profit, car on attribue historiquement à l'organisme sans but lucratif une éthique axée sur les mêmes valeurs que l'État¹⁶².

Ainsi, certains auteurs reprochent aux partenaires privés d'avoir une conception des partenariats trop axée sur le néolibéralisme économique, vision qui se traduit par une obligation sociale se limitant au respect des lois et à la réalisation de leur mission économique¹⁶³. Cette crainte provient de l'évidence même que, traditionnellement, « les décisions se prennent dans la seule perspective de

¹⁶¹ Voir Cefrio, *supra* note 12 à la p.70.

¹⁶² Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1337.

¹⁶³ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1304; Minow, *supra* note 9 à la p.1247.

l'intérêt de l'actionnaire et que toute autre considération nuit à la compétitivité de l'entreprise en faisant intervenir d'autres critères que ceux du marché »¹⁶⁴. Un PPP devrait à tout prix éviter un tel glissement, étant donné la nature du service public visé et l'imputabilité de l'État en jeu.

2.2.2.4 L'origine du financement

Du point de vue financier, il est généralement reconnu que le partenaire privé emprunte à des taux moins avantageux que l'État. De ce fait, il a été démontré que les gouvernements peuvent contracter des emprunts à des taux moins élevés que ceux consentis au secteur privé, et ce, dû en grande partie à la cote de solvabilité AAA qui leur est majoritairement accordée. Ainsi, le recours au PPP avec des partenaires privés, qui ont généralement une cote de solvabilité BBB, est moins avantageux et plus coûteux. Le secteur privé cherchant à rentabiliser son investissement et à pallier un financement moins favorable, l'État doit garder en tête que ce compromis doit être compensé par d'autres bénéfices qu'offre un PPP tels que l'efficience, une optimisation de ses ressources et l'apport d'une certaine innovation dans la prestation des services publics, contrairement aux ententes de financement traditionnelles où l'État est l'unique emprunteur¹⁶⁵. Comme il a été mentionné depuis le début, un PPP assure un rendement raisonnable des capitaux investis à la mesure des risques pris par les investisseurs privés¹⁶⁶. Ainsi, le partenaire privé cherche souvent à se voir garantir des subventions gouvernementales ou des exemptions fiscales afin de faire face à un marché financier qui lui est moins favorable. Également, une pratique a été développée au cours des dernières années par certains partenaires privés qui consiste à

¹⁶⁴ Voir Marie Bouchard et Julie Rondeau, *Le financement de l'économie sociale, à la croisée des intérêts privés et publics : Le Réseau d'investissement du Québec, Cahier du CRISES*, Coll. « Working Papers », Groupe de recherche CHAÎNE, HEC Montréal, 2003., à la p.2.

¹⁶⁵ Voir Ruane, *supra* note 82 à la p.42; P. Gosling, « PFI : Against the Public Interest. Why a 'licence to print Money 'can also be a Recipe for Disaster » (2004) en ligne : Unison <http://www.unison.org.uk/london/>.

¹⁶⁶ Voir *Guide d'élaboration*, *supra* note 18, à la p.41.

refinancer ultérieurement à des taux d'intérêt inférieurs dus à la cote acquise par un partenariat avec un État, ce qui a fait fructifier les profits des entreprises privées qui participent au PPP¹⁶⁷. Une prise de conscience de ce potentiel de gains importants a initié la mise sur pied de législation pour freiner cette option jugée trop lucrative¹⁶⁸, mais il n'en demeure pas moins que la possibilité d'un enrichissement doit encourager l'État à adopter une certaine vigilance à cet égard, car les décisions prises dans cette optique se répercutent sur l'imputabilité de l'État¹⁶⁹. En effet, la tendance des investisseurs privés est de créer un marché captif, sujet à un environnement réglementaire minimal et à une intervention étatique effacée, où le coût du service est laissé à leur discrétion, situation qui risque de brimer l'imputabilité de l'État, en particulier envers la protection de l'intérêt général.¹⁷⁰

2.2.2.5 Le traitement de l'information

Un PPP implique un échange d'informations et la possibilité de transférer la gestion de banques de données confidentielles sous la responsabilité du partenaire privé. La manipulation d'informations confidentielles par le partenaire privé comporte des risques importants de compromettre l'imputabilité de l'État qui doit satisfaire les attentes des citoyens en ce qui a trait à la confidentialité de l'information.

¹⁶⁷ Voir Clark, *supra* note 11 à la p.36.

¹⁶⁸ Et les gains en capital peuvent être exorbitants; voir à cet effet les exemples donnés par P. Foot, « P.F. Eye An idiot's guide to the Private Finance Initiative » (2004) *Private Eye*, 1102. De plus, comme le fait remarquer l'auteur Ruane, « il n'est pas surprenant de constater qu'une fois la construction terminée, le cote de solvabilité du consortium de partenaires privés change considérablement, passant du triple B au triple A ». L'avantage procuré réside dans la possibilité pour le secteur privé de refinancer le projet une fois la construction terminée en vendant leurs dettes de façon plus avantageuse, dans Ruane, *supra* note 82 à la p.48. Réalisant cette asymétrie, le gouvernement anglais a établi une politique de redistribution à parts égales des profits issus d'un tel refinancement.

¹⁶⁹ Voir Joani Tannenbaum, *The Buck Stops Where? The Role and Responsibilities of the Quebec Government for the Delivery of Health Care Services*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 13 janvier 2002.

¹⁷⁰ Voir Smith, *supra* note 34 à la p.130.

Également, en plus de la confidentialité, l'accès à l'information et aux critères de performance du PPP se répercute sur toutes les autres exigences contractuelles afin d'optimiser la transparence du PPP. La communication des renseignements pertinents quant à l'exploitation de l'infrastructure et à son actualisation constitue de l'information nécessaire et disponible qui définit la légitimité des comportements de partenaires et renforce l'imputabilité de l'État¹⁷¹. Il faut ainsi, dans un contrat de PPP, éviter, dans la mesure du possible, une clause de confidentialité restreignant l'accès du public à des informations essentielles¹⁷².

L'obtention d'informations pertinentes permet entre autres à l'utilisateur d'évaluer les performances et la qualité des services rendus, tout comme elle permet de fonder les assises de la formulation de plaintes ou de l'imposition de sanctions¹⁷³.

Dans cette optique, le partenaire public doit juger si l'information qualifiée doit être privée au nom de la confidentialité des contrats ou accessible aux citoyens.

2.2.2.6 *La recherche de profit à court terme*

Une vision à long terme permet de relativiser et d'apprécier les bénéfices d'un investissement dans un service public qui peut paraître très coûteux à court terme. Comme l'atteinte de résultats concluants peut tarder à se manifester,

¹⁷¹ Voir *Guide CNUDCI*, *supra* note 61 à la p.144. À titre d'exemple d'un manque de transparence dans le processus d'accès à l'information divulguée, mentionnons le cas d'un parc immobilier en Angleterre où le partenaire privé a pu démolir 430 immeubles et en construire 600 nouveaux sans passer par la réglementation municipale qui requiert le vote des locataires dans le cas de propriétaire autre que l'autorité municipale. Voir T. Macalister, « Private concerns », (2003) *Guardian Society*, 7 mai, aux pp.2-3.

¹⁷² Boase, *supra* note 117 à la p.85; Beerman, *supra* note 38.

¹⁷³ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1308.

certains investisseurs privés, et même des politiciens soucieux d'être réélus¹⁷⁴, vont préférer un rendement immédiat du PPP, ce qui peut affecter l'intégrité du processus de PPP et ne pas maximiser l'intérêt général au détriment de l'imputabilité de l'État.

2.2.2.7 *La diversification vs le monopole*

Une situation de monopole représente une occasion en or pour le partenaire privé de maximiser ses profits. Le monopole peut tirer son origine de l'absence d'un marché concurrentiel¹⁷⁵ ou d'une situation qui le devient au fil des ans, et comme le disent les auteurs Trebilcock et Iacobucci, « [t]here may be competition for the market, but there will not be competition within the market¹⁷⁶ ».

Un manque de motivation dû à une situation de quasi-monopole pour le partenaire privé qui ne fait face à aucun compétiteur dans son domaine peut inhiber de possibles innovations ou remises en question de ces décisions prises dans le cadre de sa juridiction PPP. Également, le manque de diversité dans les partenaires privés peut engendrer de la corruption et du favoritisme entre les partenaires habitués et compromettre ainsi l'objectif de transparence, de

¹⁷⁴ Les politiciens n'ont pas toujours intérêt à voir les bénéfices économiques d'un PPP répartis sur de nombreuses années. Le gain immédiat perçu peut stratégiquement positionner et favoriser le parti au pouvoir. Plus souvent qu'autrement, le capital politique escompté s'évalue à court terme. Dès lors, autant la recherche de capital politique que la poursuite de profit immédiat présentent le potentiel de faire dévier le gouvernement de ses intentions initiales à créer un PPP et qui plus est, de nuire à la protection de l'intérêt général. Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 aux pp.1423-1440. Voir à ce sujet la critique de Acar qui mentionne que « expecting too much too early from public-private partnerships can be misleading, even counterproductive, given the complexity of both the problems giving rise to public-private partnerships in the first place and the process of partnering in a world of single, autonomous, hierarchical organizations », dans Acar, *supra* note 4 à la p.65.

¹⁷⁵ Notons que le gouvernement du Québec, dans sa politique cadre sur les PPP, mentionne que parmi les critères de sélection des projets de PPP se trouve l'existence d'un marché concurrentiel. Voir dans Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Politique-cadre*, *supra* note 43 à la p.1.

¹⁷⁶ Voir Trebilcock and Iacobucci, *supra* note 18 à la p.1435.

diminution des coûts et d'augmentation de la qualité des services publics¹⁷⁷. Il peut en résulter une incapacité à garantir l'imputabilité des responsables visés, dont l'État par le biais du partenaire public au PPP.

2.2.2.8 *La concurrence étrangère*

Enfin, dans une perspective plus internationale, la réalité de l'ouverture des marchés nationaux laisse perplexe quant à la propriété québécoise, voire canadienne, réservée aux PPP. Par exemple, les compagnies américaines et anglaises privées qui ont développé une expertise dans la prestation de services publics peuvent aisément rivaliser et même surpasser les compagnies canadiennes et québécoises par leur expérience, et embrasser des objectifs de performance qui répondent à leur vision des services publics et leur vision de l'imputabilité à adopter dans un PPP¹⁷⁸.

2.2.2.9 *La durée d'un PPP*

La longévité d'un parti au pouvoir représente une mince fraction de celle d'un PPP, qui s'échelonne habituellement sur une longue période de temps. Le gouvernement qui a négocié les conditions de l'entente de partenariat risque de ne pas être celui qui l'opère avec le partenaire public. Il est généralement courant de voir un gouvernement nouvellement élu remettre en question les décisions prises par ses prédécesseurs. C'est pourquoi il est essentiel d'implanter des mesures qui assureront un haut degré d'imputabilité politique aux actions gouvernementales entreprises ainsi qu'aux décisions qui en découleront. Ainsi,

¹⁷⁷ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1313.

¹⁷⁸ Rien n'est plus rassurant également de la part du gouvernement du Québec avec l'insertion à l'article 12 de la loi sur les PPP de la mention suivante : « [l']Agence peut, conformément à la loi, conclure une entente avec un gouvernement autre que celui du Québec, l'un de ses ministères, une organisation internationale ou un organisme de ce gouvernement ou de cette organisation », *Loi sur l'Agence*, *supra* note 30, art.12.

chaque étape du PPP, de l'appel d'offres à la rétrocession au partenaire public en passant par les négociations, doit être transparente et documentée.¹⁷⁹

2.3 Conclusion du chapitre

En définitive, peut-on atteindre un équilibre, même fragile, entre les objectifs poursuivis par le partenaire public et le partenaire privé au sein d'un PPP, qui prenne en compte les préoccupations de chacun? Nous le croyons. Malgré certaines divergences, l'importance d'expectatives mutuelles dans un PPP est fondamentale comme gage de réussite. Nous ne croyons pas que l'objectif est de rendre publiques les entreprises privées pour en faire des sociétés d'État, mais qu'un PPP peut potentialiser, maximiser et renforcer l'imputabilité et assurer une meilleure prestation du service public en alliant les buts conjoints et personnels de chacun des partenaires.

Les différentes formes d'imputabilité retrouvées dans un PPP doivent être encadrées par des mécanismes de contrôle à l'intérieur du PPP. Comme il sera traité au prochain chapitre, une option abordée avec les PPP consiste à déplacer les mécanismes de contrôle employés dans le domaine public à la sphère publique-privée. Néanmoins, ces mécanismes, qui sont familiers au mode traditionnel, peuvent ne pas convenir aux objectifs d'un PPP : on ne peut présumer qu'en transposant simplement ces mécanismes au PPP, ils représentent un choix judicieux, complet et effectif dans tous les contextes de PPP, car ils n'offrent peut-être pas tout l'encadrement nécessaire pour les besoins d'un PPP ou qui ne sont pas susceptibles d'être applicables et désirables par un partenaire privé. C'est pour cette raison que les mécanismes de contrôle qui permettent à un partenaire public d'être imputable dans l'approche traditionnelle doivent être adaptés aux objectifs du PPP.

¹⁷⁹ Voir Smith, *supra* note 34 à la p.131.

Certaines formes d'imputabilité offrent des orientations, des intentions et des recommandations qui seront appliquées par les partenaires concernés comme si elles se présentaient sous la forme de règles formelles. Il a été observé que les mécanismes de contrôle plus formels et procéduraux instaurés initialement dans un PPP font place, au fil de l'expérience et de la confiance des partenaires, à un glissement vers une forme plus informelle. Les procédures formelles fondent les bases du PPP et assurent sa continuité dans le temps : pensons à la gestion de l'information, aux méthodes d'accès à l'information et à la production de rapports. Tel que souligné par l'auteur Daniel Mockle sur les nouveaux mécanismes informels, « [l]'immense avantage qu'offre l'utilisation de règles dont le caractère opérationnel ne fait aucun doute, mais réside dans le fait qu'ils ne disposent pas, selon le droit positif, du statut de règle de droit, de norme juridique et même du statut de l'acte administratif, lequel suppose la juridicité ¹⁸⁰ ». À défaut d'utiliser uniquement les instruments juridiques « classiques » dans un PPP, on stimule aussi des modèles issus d'environnements moins procéduraux, cherchant à tirer profit de l'invisibilité juridique des règles informelles qui lient les partenaires et instaurent des obligations d'imputabilité¹⁸¹.

À l'intérieur d'une réalité de PPP, l'imputabilité se traduit donc par l'interrelation de formes d'imputabilité formelle transposées en mécanismes de contrôle contenus dans des lois, dans un contrat et de mécanismes informels, non régis par le droit, qui se présente comme un substitut et dont il faut aussi prendre connaissance afin de mesurer l'ampleur des enjeux d'imputabilité dans un PPP.

¹⁸⁰ Voir Mockle, *supra* note 87 à la p.149.

¹⁸¹ Voir *ibid.* à la p.173.

Dans cet esprit, nous analyserons l'encadrement juridique qu'offrent le contrat, la loi et les autorités tierces dans lesquels s'inscrivent les mécanismes de contrôle.

CHAPITRE 3 LES SOLUTIONS : LES MÉCANISMES DE CONTRÔLE DANS LE CONTRAT, LA LOI ET LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES

Nous aborderons dans le présent chapitre les efforts déployés pour articuler les multiples formes d'imputabilité à l'intérieur d'un projet PPP. Une coexistence harmonieuse est déterminante si on veut augmenter l'efficacité d'un PPP en comparaison avec l'approche traditionnelle, mais aussi pour assurer une complémentarité entre la diversité des motivations et des attentes, en particulier la protection de l'intérêt général.

Sous le mode traditionnel de délivrance des services publics, des mécanismes de contrôle ont été créés à l'origine pour contraindre, et mieux surveiller le pouvoir public et empêcher son intrusion dans la vie privée de ses citoyens¹⁸². La responsabilité ministérielle, les recours judiciaires, le recours au protecteur du citoyen, les procédures d'avis, le droit d'être entendu et la transparence des décisions prises grâce à l'accès à l'information correspondent aux mécanismes de contrôle généralement appliqués au gouvernement qui assume seul la délivrance du service public en mode traditionnel. Ces mécanismes de contrôle traditionnellement employés ont été pensés dans un contexte de prestation de service public sous l'égide d'un prestataire unique qui en assume la quasi-majorité des risques et des obligations¹⁸³ et une adaptation est nécessaire dans un cadre qui permet aux acteurs public et privé d'exercer leur jugement, de partager leurs objectifs et leurs valeurs.

Nous avons abordé les différentes formes d'imputabilité coexistantes dans un PPP en vue d'en déduire les mécanismes de contrôle, ou modes de contrôle auxquels

¹⁸² Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1308.

¹⁸³ Kernaghan & Diegel, *supra* note 113 à la p.390ss.

elles donnent lieu. Le *Nouveau Management public* prône depuis ces dernières années un transfert des modes de contrôle axés sur la conformité vers ceux orientés sur les résultats¹⁸⁴. Cette mentalité, qui vise l'atteinte de meilleures performances, se démarque du penchant traditionnel du partenaire public à introduire des mécanismes de contrôle basés sur la régulation, les procédures et les règles formelles¹⁸⁵, c'est-à-dire une gestion qui s'attarde plus aux procédures qu'aux résultats. Les mécanismes de contrôle de l'imputabilité misant uniquement sur la conformité peuvent brimer la liberté des partenaires et les décourager à faire plus que ce que leur imposent les règles. Ils n'ont pas été pensés pour un système de transfert de responsabilités et de risques « horizontal »¹⁸⁶.

En recherche d'efficacité, la « nouvelle » approche sur les mécanismes de contrôle favorise l'innovation, la qualité du service, le travail d'équipe, l'autonomie et la maximisation du rendement¹⁸⁷. La rentabilité provient également d'une détermination des coûts d'investissement pour le partenaire public¹⁸⁸ en fonction de résultats définis lors de la conclusion de l'entente de PPP. L'exercice de définir chaque étape du projet de PPP, de sa création à son transfert, et d'escompter des résultats de la façon la plus précise possible, force les partenaires à évaluer plus tôt que plus tard les risques qu'ils auraient à assumer dans le projet de PPP. Cette

¹⁸⁴ Plus près de nous le gouvernement du Québec mentionne que la qualité et la continuité des services publics passent par des ententes de PPP basées sur les résultats attendus, et la rémunération des partenaires privés doit être établie en fonction des performances, dans *Politique-cadre*, supra note 43 à la p.3; Acar, supra note 4 à la p.46, *Loi sur l'Administration publique*, supra note 86.

¹⁸⁵ Acar, *ibid.* à la p.47.

¹⁸⁶ Voir Moore, supra note 2 à la p.1223; Rhodes, supra note 140 aux pp.21-22.

¹⁸⁷ Voir Mockle, supra note 87 aux pp.158-160; Voir Issalys et Lemieux, supra note 25 à la p.281.

¹⁸⁸ L'exemple de l'Angleterre illustre à juste titre ce propos. Ainsi, en 1999, 73% des projets de construction de services publics entrepris par le gouvernement anglais excédaient le prix entendu lors de la conclusion du contrat et 70% des projets se terminaient en retard du délai initialement prévu. Cette problématique a fait place à une autre réalité en 2002. Alors que les modes en partenariat public privé étaient en croissance, on notait que seulement 22% des PPP excédaient leur prix initial et 24% étaient en dehors du délai. Voir à cet effet : Institut pour le partenariat public-privé, « Nouvelles orientations gouvernementales en matière de PAPP au Québec » (Avril 2003) en ligne : [ippp.org <http://www.ippp.org>](http://www.ippp.org).

méthode permet au partenaire public de prévoir ses budgets à long terme avec plus de certitude¹⁸⁹.

Les performances s'évaluent quantitativement lorsque certains aspects du PPP présentent des données factuelles et facilement mesurables, par exemple, l'achalandage d'une halte routière sur une période donnée, et qualitativement lorsque certains paramètres du service public sont plus imprécis ou que les objectifs poursuivis par le PPP sont plus généraux, par exemple, offrir un service public équitable¹⁹⁰. Axer les modes de contrôle sur les performances, c'est enlever graduellement le poids de la conformité aux mécanismes de contrôle. Par le fait même, on favorise l'autonomie des partenaires en souhaitant maximiser leurs chances de rencontrer les résultats escomptés¹⁹¹.

Un PPP optimal vise un compromis qui engage des mesures de conformité et des critères de performance. Le traitement des résultats obtenus entraîne une révision, une réorientation, un redressement, une sanction ou des éloges¹⁹². En ceci, si le partenaire public est en position de force pour le faire, il peut établir les paramètres

¹⁸⁹ Voir *Moderniser l'État*, supra 23 note à la p.9.

¹⁹⁰ Évidemment, un PPP axé sur les ressources non cliniques du secteur de la santé pose moins de difficultés quant à l'établissement de critères de performances tangibles et quantifiables qu'un PPP qui assume les soins cliniques. Toutefois, il n'est pas si évident de déterminer ce qui est plus facilement « quantifiable » que « qualifiable ». Par exemple, on peut penser que les performances d'une cafétéria d'hôpital s'évaluent quantitativement par le nombre de repas servis, la raisonnable du coût, etc. Le récent débat public sur la qualité de la nourriture fournie aux usagers des hôpitaux par des sous-traitants soulève la question de ce qu'est une politique d'alimentation saine et équilibrée et laisse croire que même la délivrance de soins non cliniques dans un établissement hospitalier s'évalue qualitativement tout en respectant des critères de performances bien établis. Nous pourrions transposer la même réflexion à la qualité de l'eau pour la consommation.

¹⁹¹ H. McCandless et D. Wright, « Enhancing Public Accountability », (1993) 24(2) *Optimum-The Journal of Public Sector Management* 110, à la p.116. Pour une discussion sur la réelle transparence des résultats obtenus voir C. Reichard, « The Impact of Performance Management on Transparency and Accountability in the Public Sector » dans A. Hondeghen, *Ethics and Accountability in a context of governance and new public management*, Washington, IOS Press (1998) aux pp.131-134.

¹⁹² Acar, supra note 4 à la p.55.

juridiques qui maximalisent les attentes et les besoins fondamentaux des usagers des services publics¹⁹³.

Les mécanismes de contrôle fournissent les conditions indispensables à l'optimisation de l'usage des multiples formes d'imputabilité et font en sorte qu'elles participent vraiment au développement des PPP et à l'amélioration des services publics, et protègent directement ou par « ricochet » l'intérêt général. L'objectif est de sélectionner les mécanismes de contrôle connus du secteur privé dans la prestation d'un service public traditionnellement sous l'unique responsabilité du gouvernement, et de les harmoniser avec les mécanismes de contrôle de l'imputabilité de l'État. En conséquence, cette harmonisation donne l'occasion de mettre à contribution les usages organisationnels et les connaissances pratiques des partenaires privés. Ceci implique une intégration de ces mécanismes de contrôle, le développement d'une culture organisationnelle, et ce, dès la phase de conception et d'élaboration du PPP¹⁹⁴.

Nous avons énoncé une approche pour les PPP qui prône une coexistence entre l'imputabilité des différentes parties à un PPP. Avant d'aborder les mécanismes de contrôle qui sont privilégiés dans un cadre juridique afin de favoriser l'imputabilité des parties, et plus particulièrement l'imputabilité de l'État, nous énumérons ci-après certains éléments à considérer avant de penser introduire des mécanismes de contrôle. En effet, les facteurs suivants influencent l'angle favorisé afin de potentialiser les mécanismes qui constitueront l'application pratique des multiples formes d'imputabilité.

¹⁹³ Voir M. Barzelay, *Breaking through Bureaucracy : A New Vision for Managing in Government* Berkeley : University of California Press, 1992 à la p.8.

¹⁹⁴ Voir Dubois, *supra* note 120 à la p.206.

3.1 Les facteurs influençant les mécanismes de contrôle de l'imputabilité adoptés dans un PPP

3.1.1 Le type de services publics en cause

Nous avons énoncé précédemment les types de services publics en cause et nous avons mentionné à cet égard que certains services publics (éducation, soins et services de santé, milieu carcéral, gestion des déchets, traitement des eaux usées, etc.) étaient plus favorables au mode PPP. L'essence même de la notion d'imputabilité peut varier dans certaines circonstances qui militent vers un degré accru de « publicisation » du contrat de PPP. En effet, la question se pose donc quant au caractère « mesurable » de ces services. Si un des partenaires à l'entente de PPP se trouve dans l'incapacité de préciser un objectif à poursuivre dans un PPP, car il représente des valeurs politiquement contestées ou fait référence à des objectifs d'intérêt général complexes, le partenaire concerné a tout intérêt à conserver ce champ de compétences et à s'assurer d'un encadrement rigoureux, entre autres par l'introduction de mécanismes de contrôle axés sur la conformité, et d'objectifs de performances précis à l'intérieur d'un PPP¹⁹⁵. Par exemple, déterminer ce que sont des soins de base, une éducation de qualité ou des services sociaux accessibles fait appel à des concepts plus subtils que ceux qui précisent les critères d'un réseau routier satisfaisant ou d'une qualité de service de distribution d'énergie ou d'eau¹⁹⁶. Certaines interprétations relèvent du domaine social et, de ce fait, laissent place à diverses opinions, tandis que des données plus factuelles et scientifiques, telles que le nombre de voitures utilisant une route à une certaine heure d'affluence, parlent souvent d'elles-mêmes et sont rarement contestées. Encore là, la distribution d'eau ou d'électricité laisse peut-être peu de marge discrétionnaire, mais une distribution qui serait inégale, à un

¹⁹⁵ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p. 1345.

¹⁹⁶ Encore que certaines questions émergent au sein de la société québécoise de ce qu'on considèrerait évident à définir. Par exemple : « Quel type d'environnement veut-on donner aux prisonniers incarcérés? ».

coût inéquitable et qui restreindrait l'accès à ces services à certains usagers, ou les empêcherait d'effectuer leurs activités quotidiennes demeure une décision qui relève de la compétence du partenaire public¹⁹⁷. Plus particulièrement dans le domaine de la santé et des services sociaux, on peut s'attendre à ce que, étant donné cette évaluation très subjective, les mécanismes de contrôle établis se traduisent par plus qu'une simple tenue de livres et qu'une simple mise en place de l'infrastructure demandée. Il est fréquent de constater que lorsqu'il existe une confusion sur les critères de qualité d'un service public donné, l'État évalue les performances de l'activité en cause en termes de consommation de matériel et de temps à mettre pour exécuter la tâche, plutôt qu'en termes de qualité des résultats¹⁹⁸.

Pour ces raisons, l'auteur et professeur Shleifer mentionne certaines situations qui devraient décourager l'implantation d'un PPP ou, à tout le moins, il propose d'être vigilant face à certaines situations qui requièrent une présence de l'État de façon plus notoire : (1) une corrélation « diminution des coûts / diminution de la qualité », (2) un apport insignifiant en matière d'innovation, (3) une absence de concurrence, (4) une faiblesse dans la diversité, (5) un manque de choix pour le consommateur et finalement, (6) des mécanismes de contrôle de l'imputabilité qui s'avèrent rapidement inefficaces¹⁹⁹.

Toujours dans l'optique de bien déterminer les facteurs qui influenceront les mécanismes de contrôle à adopter afin de maintenir et optimiser les formes d'imputabilité supportées par chaque partenaire à un PPP, il faut considérer le caractère séparable du service public. Par exemple, la définition imprécise des tâches entre les parties affecte subsidiairement la clarté des exigences de

¹⁹⁷ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1350.

¹⁹⁸ Voir Donahue, *supra* note 106 à la p.82.

¹⁹⁹ Voir Andrei Shleifer, « State versus Private Ownership », (1998) 12 J. Econ. Persp. 133, à la p.140.

performance et peut rendre de ce fait une entente contractuelle insatisfaisante, voire inapplicable²⁰⁰.

Pour ces raisons, nous réitérons l'importance d'établir en premier lieu le type de services que l'État désire transférer dans un PPP. Cette analyse évite des conséquences indésirables après coup et, du point de vue de l'État, une possible érosion des objectifs d'intérêt général dans un PPP mal évalué pour un service public donné.

3.1.2 Les rapports de pouvoir entre les partenaires

Les rapports de pouvoir entre les différents partenaires influencent le nombre et la diversité des figures d'autorité à l'intérieur d'un PPP auxquels les acteurs périphériques impliqués (citoyens, employés, fonctionnaires, etc.) doivent s'en remettre. Une dissymétrie des pouvoirs en défaveur du partenaire public engendre une incertitude quant à la détermination des politiques, procédures et mécanismes de contrôle d'un PPP faisant la promotion des formes d'imputabilité du partenaire public. Pour les mêmes raisons, plus il existe de figures d'autorité en place dans un PPP avec son propre système de normes et de régulation et ses propres formes d'imputabilité, plus la gestion des mécanismes de contrôle satisfaisant à toutes ces autorités est diffuse et laborieuse. En cela, nous rejoignons l'opinion émise par l'auteur Acar :

It is, of course, too naïve to expect that the power differences among participating organizations will disappear simply because they decided to combine their resources and energies in a partnership. It is reasonable to assert, however, that participants should be aware of the implications of an unequal power distribution among themselves and should strive to ensure that power among participants is relatively equal over the course of the partnership²⁰¹.

²⁰⁰ Voir *Guide d'élaboration*, *supra* note 18, à la p.43.

²⁰¹ Acar, *supra* note 4 à la p.61.

3.1.3 Le monopole privé

Un processus d'appel d'offres du gouvernement qui garantit la présence de plusieurs investisseurs privés potentiels ou qui se base sur une longue lignée de projets similaires de PPP entrepris au Québec, au Canada ou ailleurs dans le monde, maximise les chances de succès d'un partenariat²⁰². Lorsque le fait de créer un partenariat garantit une certaine exclusivité du service public à un seul acteur privé, des mécanismes de contrôle devront être élaborés pour pallier cette absence de marché concurrentiel. Il sera d'autant plus important de s'assurer que les objectifs d'intérêt général soient considérés en premier lieu et que soit évitée toute forme d'arbitraire et d'abus de pouvoir²⁰³.

Une fois les facteurs pris en compte, nous pouvons nous consacrer aux mécanismes de contrôle à rencontrer afin qu'un projet de PPP satisfasse aux exigences des partenaires public et privé eu égard à leurs liens d'imputabilité respectifs. Les vertus de l'imputabilité se transposent par ses mécanismes de contrôle pour créer une architecture renouvelée de la prestation du service public. La considération de ces différents facteurs amènent des mécanismes de contrôle de l'imputabilité plus adéquats et qui valoriseront le mode PPP vis-à-vis le mode traditionnel. L'encadrement juridique quant à lui, concourt à renforcer les mécanismes de contrôle de l'imputabilité.

3.2 L'encadrement juridique

Nous avons choisi d'aborder les solutions ayant une approche juridique plutôt que politique ou d'administration publique. Nous croyons que les mécanismes de contrôle se développent et s'exercent grâce aux relations contractuelles et « extracontractuelles » que les partenaires entretiennent avec leur milieu immédiat

²⁰² Voir *Guide d'élaboration*, *supra* note 18, à la p.43.

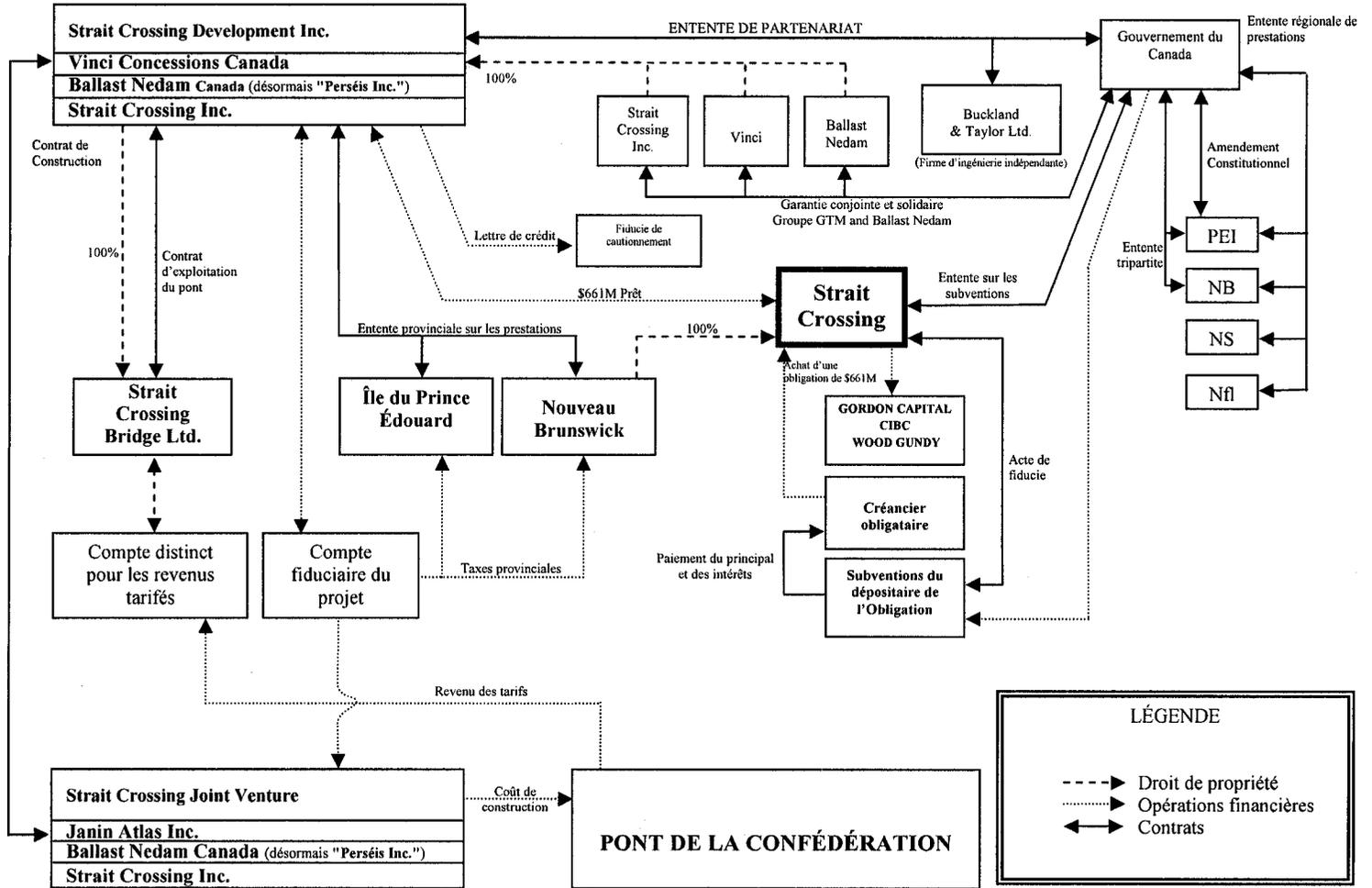
²⁰³ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1346.

et effectif. À cette fin, il faut faire la part entre l'imputabilité externe et interne au PPP. Pour les formes d'imputabilité développées à l'intérieur d'un PPP, il convient de se référer au contrat, l'entente de partenariat même, et aux autorités administratives de type « agence gouvernementale ». Les formes externes, quant à elles, envisagent que l'imputabilité est encadrée par une loi-cadre et par des autorités tierces.

3.2.1 Le contrat

La contractualisation peut concourir à renforcer l'imputabilité en spécifiant les engagements, en délimitant les responsabilités, transférables et non transférables, en identifiant et en calculant les risques encourus, et en encadrant, dans la mesure du possible, ces risques via des mécanismes de contrôle. Le tableau ci-après, représentant la structure mise en place pour le PPP du pont de la Confédération, illustre à juste titre le transfert contractuel des interrelations d'imputabilité. Élément central de cette figure, l'entente de partenariat représente le contrat de référence qui tisse les liens entre tous les contrats créés pour cette infrastructure publique.

FIGURE 5 LA CONTRACTUALISATION DES INTERRELATIONS D'IMPUTABILITÉ : EXEMPLE DU PONT DE LA CONFÉDÉRATION



Référence: Vinci Concessions Canada, en ligne : vinci-concessions.com < <http://www.vinci-concessions.com>>

En ayant analysé les différentes formes d'imputabilité valorisées à l'intérieur d'un PPP, nous constatons les liens établis entre l'imputabilité et le renforcement des mécanismes de contrôle comme moyen d'amélioration de la performance et de protection de l'intérêt général. Ainsi, lorsque le cadre global des politiques en services publics est insuffisant, le contrat de PPP peut y suppléer en énonçant les objectifs, le champ et les mécanismes de contrôle appropriés. Des indicateurs de performances stratégiques, mesurables, exacts, fiables et efficaces servent de points de repère à l'évaluation du PPP en plus de diminuer le pouvoir discrétionnaire des partenaires. Cette méthode de gestion de la performance assure une meilleure reddition de comptes²⁰⁴. Une vérification minutieuse effectuée sur une période donnée aide à mieux contrôler la qualité du service, et c'est pourquoi il est souvent préconisé d'intégrer à l'intérieur du contrat l'obligation d'un suivi périodique modulable de résultats intermédiaires préétablis. Il s'agit d'allier encadrement rigoureux et mécanismes de contrôle flexibles²⁰⁵.

De plus, en introduisant des indicateurs de performances, les parties peuvent exiger des garanties et imposer des pénalités le cas échéant. Les mécanismes de contrôle deviennent donc les outils à l'intérieur d'un contrat qui guident le parcours du PPP et dirigent les attentes de chacun des partenaires²⁰⁶. La contractualisation donne les leviers nécessaires aux parties concernées pour gérer les ressources de manière plus opérationnelle. Tel que le souligne l'auteur Matthew Diller, « [c]ontractual mechanism for public oversight and input could establish means of accountability²⁰⁷ ».

²⁰⁴ Voir Belhocine et al., *supra* note 11 à la p.10.

²⁰⁵ *Ibid.*; Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1317; Acar, *supra* note 4 à la p.153.

²⁰⁶ Voir Belhocine et al., *supra* note 11 à la p.8; Acar, *supra* note 4 à la p.93.

²⁰⁷ Voir Diller, *supra* note 3, à la p.1311.

À cet effet, l'analyse que nous proposons se penche sur les étapes et les clauses normalement négociées et rattachées au contrat de PPP. À cet égard, mentionnons que l'Agence travaille actuellement à l'ébauche d'un contrat type de partenariat pour guider les parties à un projet de PPP²⁰⁸. L'enjeu ici soulevé est de s'assurer que l'imputabilité et, ce faisant, la protection de l'intérêt général, soient préservées par la contractualisation afin de pallier le manque de contrôle direct de l'État sur les services publics.

Lors de l'exécution du contrat, l'État peut exiger certaines obligations telles que des obligations de renseignements, des obligations d'exécution et des obligations financières afin de sécuriser ses engagements. Évidemment, sa force de persuasion est intimement liée à l'étendue de son pouvoir de négociation. Un État qui fait face notamment à une situation d'urgence, à un faible taux de participation d'investisseurs privés intéressés lors de l'appel d'offres, ou à une description ambiguë de ses objectifs n'est sûrement pas en position de force pour imposer et faire respecter ses objectifs d'intérêt général à l'autre partie. La tangente que prend (ou ne prend pas) le contrat en faveur des usagers dépend en grande partie de l'influence et du pouvoir décisionnel détenu par l'État.

Le partenaire privé s'attend quant à lui à négocier, et espère se voir garantir certains crédits bancaires et subventions, l'accès à des installations et à du matériel à des prix concurrentiels, des avantages fiscaux, une protection contre la concurrence et des possibilités d'accès préférentiel à des ressources accessoires²⁰⁹.

²⁰⁸ Voir *Moderniser l'État*, *supra* note 23.

²⁰⁹ À titre d'exemple, une clause de privilège d'exclusivité insérée au contrat protégerait le particulier face à la concurrence ou lui offrirait un taux préférentiel d'utilisation d'énergie hydroélectrique. Voir *Guide CNUDCI*, *supra* 61 à la p.152. Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.162-164.

Le partenaire privé essaie d'introduire dans le contrat de PPP ses propres mécanismes de contrôle de son imputabilité, qu'il a forgés à même les besoins de son environnement. Certains de ces mécanismes peuvent servir l'intérêt général, tout en étant initialement créés par une motivation distincte. Ainsi, certains contrôles présentent un attrait pour le partenaire public en étant moins coûteux d'accès qu'ils n'en paraissent ou parce que leur implantation représente un investissement minime. En plus de la délimitation des risques individuels et conjoints, chaque partenaire au PPP est tenu de dévoiler ses objectifs à rencontrer aux autres parties de la façon la plus concise possible. Ultérieurement dans l'existence du PPP, cette mesure permettra de déterminer « qui est responsable pour quoi ». Chacun doit néanmoins demeurer vigilant face à des objectifs trop rigides qui ne tiennent pas compte de changements non prévus : la flexibilité est de mise. De surcroît, prendre le temps de bien définir ses objectifs est une initiative déterminante dans les mécanismes de contrôle qui seront ensuite adoptés dans le cadre juridique afin d'optimiser l'atteinte de ces résultats²¹⁰.

À cet effet, l'analyse que nous vous proposons se penche sur les étapes et les clauses normalement négociées et rattachées au contrat de PPP. À cet égard, mentionnons que l'Agence travaille actuellement à l'ébauche d'un contrat type de partenariat pour guider les parties à un projet de PPP²¹¹.

3.2.1.1 L'appel d'offres

Nous tenons à réitérer qu'avant même d'évaluer les garanties qu'il peut aller chercher dans un PPP pour répondre à ses obligations d'imputabilité, le partenaire public doit s'assurer de compléter un processus d'appel d'offres soumis à une évaluation transparente et répondant à des objectifs de

²¹⁰ « a common framework of meaning is an essential ingredient of public accountability » dans Taylor, *supra* note 2 à la p.68; Acar, *supra* note 4 aux pp.150-161.

²¹¹ Voir *Moderniser l'État*, *supra* note 23.

performance bien définis²¹². Dans l'éventualité où l'État aurait mal cerné les enjeux, les besoins, les limites et les garanties dont il doit être à l'affût, l'offre du secteur privé risque peu de pourvoir aux lacunes du public et de combler les intérêts de celui-ci. Un appel d'offres mal ciblé demeure avant tout au désavantage de l'État, en laissant la détermination de ses propres besoins aux mains du secteur privé.

3.2.1.2 Les audiences et les consultations publiques

Dans le but de renforcer l'imputabilité de l'État, notre analyse rejoint ici celle de l'auteur Martha Minow, qui souligne la nécessité de tenir systématiquement des audiences publiques sur la façon la plus adéquate de protéger l'indépendance et l'interdépendance des usagers sur des projets de PPP d'envergure²¹³.

Dans le même ordre d'idées, dévoiler et donner accès à de l'information, ou mettre sur pied un processus consultatif afin d'améliorer les services publics, sont des efforts d'imputabilité qui apportent beaucoup plus de bénéfices que d'argent dépensé²¹⁴. Établir un processus de consultation demeure un mécanisme de contrôle de l'imputabilité dont le partenaire public et le partenaire privé peuvent tirer profit malgré une réticence inhérente du partenaire privé. Une approche consultative auprès des particuliers qui leur donne la chance de prendre connaissance des enjeux et de s'exprimer à cet égard facilite la détermination des performances à venir et évite de sanctionner les erreurs après coup. Également, planifier d'avance fait prendre conscience des possibilités de

²¹² *Ibid.* à la p.20.; Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.62.

²¹³ Voir Minow, *supra* note 9 à la p.1262. Une consultation générale et des auditions publiques ont eu lieu à l'automne 2004 concernant le projet de loi numéro 61, de la *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*, à l'Assemblée Nationale, mais il semble que le sujet des enjeux éthiques et d'imputabilité des PPP n'ait pas été adéquatement soulevé.

²¹⁴ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1339.

diminuer les coûts, d'augmenter la qualité du service public rendu, et de mieux circonscrire le mandat du PPP²¹⁵.

3.2.1.3 *Les obligations d'information et l'accès à l'information*

Afin de respecter l'obligation de transparence et d'information aux usagers, une clause du contrat de PPP doit pourvoir au droit de procéder à des enquêtes de conformité et à des auditions afin que les administrateurs du PPP justifient leurs décisions et même permettent de surveiller les transactions financières entre les différentes sociétés et leurs filiales définies dans le rôle du partenaire privé. On peut également penser à transposer les documents pertinents au contrat de PPP dans des bases de données publiques qui contiennent, entre autres, les évaluations périodiques des PPP. La mise sur pied de telles bases de données réussit à réorienter les objectifs, de même que les mécanismes d'imputabilité en cours de performance, voire à transposer les succès à des PPP ultérieurement constitués : conserver cette information, c'est doter les parties de mesures d'ajustement à long terme²¹⁶.

Évidemment, si certaines contraintes accompagnent l'obligation d'information, telles l'imposition de sanctions aux partenaires qui refusent de coopérer, ou une ordonnance de pénalités à défaut de donner les renseignements requis, les chances de renforcer l'imputabilité des partenaires accroissent tout autant²¹⁷.

3.2.1.4 *Les obligations financières*

En introduisant la nécessité d'obtenir certaines garanties financières et cautions du partenaire privé, l'État s'allie à un partenaire de taille qu'est l'institution

²¹⁵ *Ibid.* à la p.1329.

²¹⁶ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1315; Freeman « Governance », *supra* note 3 aux pp, 587-588.

²¹⁷ *Guide CNUDCI*, *supra* note 60 à la p.144.

bancaire. En effet, afin d'obtenir le financement désiré, le partenaire privé qui investit dans un projet de PPP devra présenter à ses créanciers²¹⁸ un plan sérieux, des résultats probables et des échéances de performances réalistes, avant même que le partenaire public n'exige quoi que ce soit en ce sens dans le contrat PPP.

Sur le plan des mécanismes de contrôle de l'imputabilité managériale, le partenaire privé peut également garantir la bonne exécution de ses obligations par le biais d'assurances pour tout dépassement des coûts, et de caution auprès des institutions financières en cas de faillite²¹⁹. À cette fin, l'État doit spécifier, dans le contrat de PPP, des normes précises de qualité et de résultats. À la notion de performance, il peut rattacher des pénalités financières, sous forme de dommages et d'intérêts pour tout retard dans l'échéancier. Il peut également déduire un certain montant sur les paiements qu'il aurait à faire éventuellement au partenaire privé²²⁰.

3.2.1.5 La diversité des acteurs privés

Une adaptation des clauses du contrat de PPP et une mention expresse à cet effet dès le début de la création du contrat permettent de pallier le problème engendré par le départ et l'arrivée de nouveaux partenaires au sein du PPP. En effet, il est

²¹⁸ Des différentes sources de financement de PPP, on retrouve a) les fonds propres tirant leur origine du partenaire privé ou d'autres investisseurs intéressés, b) les crédits commerciaux dont les capitaux sont obtenus sur le marché financier sous forme de prêts accordés par des banques commerciales nationales ou étrangères, c) les prêts subordonnés, d) les investisseurs institutionnels desquels on distingue les sociétés de financement, les fonds d'investissement, les compagnies d'assurance, les sociétés d'investissements collectifs, les caisses de retraite, etc., e) le marché financier par le biais d'obligations et d'autres instruments négociables, f) les institutions financières internationales qui peuvent contribuer à la formation de « syndicat bancaire » pour l'octroi de prêts et à fournir des garanties contre certains risques, g) l'association des fonds publics et privés afin de réduire le montant des capitaux d'emprunt que le partenaire privé doit se procurer; *Guide CNUDCI, supra* note 61 aux pp. 17-21.

²¹⁹ Voir *Guide CNUDCI, supra* note 61 à la p.147. Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.158.

²²⁰ Voir, The Canadian council for public-private partnerships « The Submission of the Canadian Council for Public-Private partnerships to the Commission on the Future of Health care in Canada » (8 mars 2004), en ligne : [pppcouncil.ca](http://www.pppcouncil.ca) <<http://www.pppcouncil.ca>>.

fort possible que certains acteurs se joignent ou quittent le PPP à différentes phases de son élaboration et de son exploitation. Pour cette raison, les formes d'imputabilité et l'interrelation avec les différents partenaires existant au sein du PPP peuvent être amenées à évoluer ou à changer. C'est pourquoi le principe de la continuité des services publics en tant qu'objectif de l'intérêt général exige l'adaptation des mécanismes d'imputabilité et une possibilité de réajustements, suivant les changements de partenaires au PPP pour garantir une certaine stabilité²²¹.

3.2.1.6 *Le choix des sous-traitants*

Lorsque le choix des entreprises de sous-traitance au PPP est géré par le partenaire privé, le partenaire public peut exiger certaines normes encadrant le choix des sous-traitants.²²² Inévitablement, cette revendication n'est habituellement pas mise en priorité dans la négociation d'un PPP et cette exigence peut s'effriter au profit de l'option de rentabilité du partenaire privé, justification initiale du transfert de risques. Toutefois, le partenaire public doit s'engager envers ses citoyens à respecter les objectifs d'intérêt général et cela peut impliquer d'encadrer le choix des sous-traitants.

3.2.1.7 *Les sanctions*

La nature même de l'intérêt général exige la prestation de services publics sans délais et de façon continue. En accord avec cette approche s'ouvre la voie de la

²²¹ Voir Acar, *supra* note 4 à la p.185.

²²² Par exemple exiger que les employés soient syndiqués ou qu'ils répondent à certains critères d'embauche minimaux, ou encore qu'ils proviennent de la communauté locale. Les employés syndiqués et les entreprises locales peuvent soumettre des offres faisant preuve d'audace, de productivité et de compétitivité. En Angleterre, les services soumis à la concurrence ont été remportés à 70% par des unités syndiquées. Voir à cet effet, Institut pour le partenariat public-privé, « Des projets de Partenariat public-privé émergent de toutes parts. En voici des exemples » (Juin 2002) en ligne : [ippp.org <http://www.ippp.org>](http://www.ippp.org).

procédure d'exécution des obligations du partenaire privé en charge de la prestation du service par contrainte ou par substitution, accompagnée de sanctions administratives ou pénales prévues dans le contrat ou la loi²²³. Les sanctions devraient être clairement définies suivant la description d'une ou des obligations²²⁴. La sanction, même sous la forme d'un blâme, peut avoir plus d'impact au sein d'un groupe de partenaires qui répondent à un code de conduite dans un contexte d'imputabilité « horizontale » que la violation d'une règle obscure, mais officielle, qui engendre des sanctions administratives ou pénales suite à un long processus bureaucratique, impersonnel et confidentiel. Évidemment, la logique d'une sanction plus informelle peut sembler ne pas répondre aux intérêts des usagers, qui deviennent impuissants face à l'application de codes ou autres mesures juridiquement invisibles. Une décision doit être prise sur le type de sanctions, formelles ou informelles, à évaluer dans la meilleure atteinte du comportement recherché pour chacun des partenaires au PPP²²⁵. De plus, le mécanisme de sanction doit s'appliquer à une mauvaise performance persistante plutôt qu'à un événement isolé, refléter la gravité de l'incident et inclure une certaine gradation des sanctions selon la gravité ou la récidive²²⁶.

Paradoxalement, il ne faut pas sous-estimer les bénéfices possibles à souligner suite à une bonne gestion de ses performances et à l'atteinte des résultats

²²³ À titre d'exemple, si une route construite par le partenaire privé n'est pas fonctionnelle selon les standards établis dans le contrat, les versements que fait l'État pour jouir du bien sont susceptibles d'être diminués. Voir à cet effet Clark, *supra* note 11 à la p.32.; Nguyen, *supra* note 65 à la p.170.

²²⁴ Voir Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Droit, objectifs publics et observation des normes, document de travail 51*, Ottawa, CRDC, 1986, à la p.87.

²²⁵ Voir Mockle, *supra* note 87 à la p.201.

²²⁶ Voir Louise Panneton, « La préparation de propositions novatrices et rentables: conseils pratiques afin d'établir des partenaires fructueux », P3 Experts-Conseils, Forum Québécois sur les PPP.

escomptés. Récompenser les bons coups procure divers avantages et représente un solide potentiel pour qui veut s'assurer du respect des normes²²⁷.

3.2.1.8 La modification et la résiliation unilatérales

Comme le but premier du contrat de PPP consiste en l'exécution d'une tâche publique, il est raisonnable de penser que cette tâche devra s'adapter à l'évolution des besoins et des exigences de ses usagers. En conséquence, il peut arriver que, pour répondre à ces exigences, les modalités d'obligations du contrat soient amenées à changer elles aussi. Notre analyse rejoint ici celle de l'auteur Nguyen qui mentionne que si les droits et obligations fixés initialement deviennent inadaptés et inutiles au regard de la mise en œuvre de la tâche publique, le contrat de PPP ne remplit pas sa fonction et les obligations initiales qui doivent être accomplies constitueraient une violation insoutenable du principe postulant que l'État doit agir de manière conforme à l'intérêt général.²²⁸ Ce concept nous ramène à l'application des principes du droit administratif²²⁹ dans le contrat de PPP, au surcroît d'une interprétation en vertu du droit commun, régi par le *Code civil du Québec* prépondérant.

À cette fin, l'État doit s'assurer que les clauses du contrat de PPP stipulent expressément et clairement qu'il peut toujours mettre fin à une relation contractuelle qui lui est préjudiciable ou préjudiciable à l'intérêt général et qu'il existe un recours ou un procédé pour lui permettre de critiquer une façon de faire du partenaire privé qui ne correspond pas à ses attentes²³⁰.

²²⁷ Voir Acar, *supra* note 4 à la p.194; voir Mockle, *supra* note 87 à la p.187.

²²⁸ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.180.

²²⁹ Voir le chapitre premier, à la p.29 de ce mémoire

²³⁰ Le gouvernement du Québec exprime en ce sens que des clauses contractuelles doivent être prévues notamment en ce qui a trait à l'interruption des contrats de PPP, dans *Politique-cadre*, *supra* note 43 à la p.3; Minow, *supra* note 9 à la p.1266.

Ainsi, il est envisageable et justifié pour l'État de se donner le privilège de modification unilatérale au nom de l'intérêt général dans un contrat de PPP. De la même façon, il peut invoquer une résiliation unilatérale du contrat de PPP pour des motifs d'intérêt général et de non-respect de ses objectifs²³¹. Ce pouvoir demeure cependant limité : il peut ne pas être contraire à la législation et ne peut s'imposer de manière à dénaturer le contrat de PPP²³². La modification et la résiliation unilatérale représentent un immense pouvoir discrétionnaire concédé à l'État et laissent peu de marge de manœuvre au partenaire privé. Il doit évaluer ce risque avec beaucoup de diligence afin de ne pas être pris de court avec une indemnité non désirée.

Les idées soumises ci-dessus peuvent amener à d'autres mécanismes de contrôle de l'imputabilité par le biais de la contractualisation que ceux traditionnellement rencontrés dans un contexte traditionnel de délivrance des services publics et permettent d'envisager une réconciliation des objectifs de chaque partenaire à l'intérieur d'un contrat PPP en services publics. Il n'en demeure pas moins que le degré de satisfaction dans une perspective d'intérêt général repose sur la façon dont le partenaire public a su gérer, à l'intérieur des négociations de l'entente de PPP, les rapports de force qui s'établissent avec le partenaire privé, et a su tirer profit d'une volonté de coopérer²³³.

Toutefois, considérant qu'aucun contrat de PPP ne peut inclure de manière exhaustive toutes les obligations et responsabilités ainsi que l'interdépendance des différents intervenants au PPP²³⁴, il importe désormais d'analyser la portée de la loi qui encadre le PPP.

²³¹ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.252.

²³² *Ibid.* à la p.184.

²³³ Voir Belhocine et al., *supra* note 11 à la p.8.

²³⁴ Voir Dubois, *supra* note 120 à la p.27.

3.2.2 La loi

Partant du principe que l'État agit au nom d'une compétence et non d'une liberté, sa liberté contractuelle peut être restreinte par des principes généraux édictés dans une loi à cet effet.

La recherche d'une plus grande transparence des services publics suppose notamment que des dispositions législatives et réglementaires viennent définir les conditions dans lesquelles les partenaires au PPP rendent compte de leur gestion et comblent les zones grises laissées par l'entente de PPP. Tel qu'il a été vu au chapitre premier, le gouvernement du Québec a légiféré sur la création de l'Agence des partenariats public-privé du Québec. De plus, il a établi les assises d'une entente de partenariat en adoptant la *Loi sur les contrats des organismes publics* et la *Loi sur l'Administration financière*²³⁵. Pour être plus spécifique, la mise sur pied d'une loi-cadre repose sur la nécessité d'encadrer le dessaisissement d'une tâche publique qui relève traditionnellement de l'État²³⁶.

Il faut rappeler que la collaboration entre le partenaire privé et le partenaire public ne suppose pas forcément le transfert complet et l'exercice d'un pouvoir du public vers le privé. Toutefois, lorsque telle situation se présente et que le pouvoir d'action du partenaire public et sa responsabilité sont transférés partiellement ou totalement, une base juridique légitimant l'action de l'État demeure essentielle. Une délégation d'une partie du pouvoir étatique doit reposer sur une loi formelle, établie à cet effet, qui prévoit les garanties nécessaires pour respecter les intérêts des usagers des services publics et, par le fait même, la protection de l'intérêt général²³⁷.

²³⁵ Voir *Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q. c. 29. et *Loi sur l'Administration financière*, L.R.Q. c. A-6.001.

²³⁶ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.80.

²³⁷ *Ibid.* à la p.111.

3.2.2.1 Les avantages à légiférer

Grâce à l'encadrement d'un PPP par des obligations et des risques définis dans des lois, il est possible de promouvoir les objectifs d'intérêt général. L'idée d'adopter une loi répond au besoin de sécuriser les investissements et de stimuler les initiatives. Dès le départ, la présentation d'un projet de loi-cadre démontre la volonté politique d'un gouvernement à considérer le mode PPP dans la délivrance de ses services publics. Cette intention positionne l'intérêt du gouvernement, encourage le débat public, permet de clarifier des situations juridiquement problématiques et d'éclairer le législateur sur des amendements à proposer²³⁸. Une loi accompagnée d'un cadre réglementaire et d'une politique fiscale explicite représente à n'en pas douter une sécurité pour l'investisseur, et fait du contrat de PPP un investissement plus attrayant.

Afin de mieux protéger les intérêts des usagers et de leur permettre d'exprimer leur mécontentement, une loi peut ouvrir la voie à un processus de révision judiciaire, sous certaines conditions, ou même déterminer les cas où il existe un recours en exécution de l'obligation contractuelle pour l'utilisateur, tiers bénéficiaire du service public²³⁹.

Un net avantage procuré par une loi demeure la possibilité d'intégrer un énoncé global des objectifs de protection de l'intérêt général qui ont motivé le législateur à faire adopter cette loi. En les incorporant par exemple dans un préambule, l'origine et la finalité de la loi ne sont que plus évidentes.

²³⁸ Voir Lignières, *supra* note 72 à la p.12.

²³⁹ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1320. À cet effet, avant l'adoption de la loi créant l'Agence, la Commission des finances publiques sur le projet de loi no 61 a procédé à une consultation générale où divers organismes étaient invités à déposer un mémoire.

À titre d'exemple plus général du pouvoir de coercition d'une loi sur une entité privée, citons le cas des normes antidiscriminatoires, des normes environnementales, des normes de sécurité au travail, en plus de la Charte québécoise que doit déjà respecter le partenaire privé. L'observation de ces normes a sûrement déjà conduit à certains aménagements au sein de l'entité privée avant même qu'elle considère être partenaire à un PPP²⁴⁰!

3.2.2.2 Les limites d'une loi-cadre

Certains auteurs soutiennent que l'entente de PPP ne devrait pas être expressément consacrée dans une loi, car la réglementation contractuelle et la législation peuvent créer des droits acquis qui font obstacle à l'accomplissement d'un objectif édicté ultérieurement par les partenaires.²⁴¹ En d'autres mots, une base juridique expresse du procédé contractuel à suivre peut constituer un barrage inutile au développement et à l'évolution du contrat de PPP²⁴².

Nous croyons néanmoins que l'élaboration d'une loi-cadre traitant spécifiquement des PPP demeure une avenue intéressante et propice à faire son chemin en territoires québécois et canadien. Du point de vue du respect des objectifs d'intérêt général, elle présente plus d'éléments bénéfiques que

²⁴⁰ Et pourtant ces adaptations n'ont pas transformé drastiquement les entités privées en entités publiques, comme certains auraient pu le craindre. Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1340.

²⁴¹ De nombreuses histoires infructueuses d'une législation lacunaire et adoptée hâtivement pour guider les parties ont démontré qu'elle peut être faite au détriment des parties. Ainsi, dans un but louable d'encadrer et de diminuer les risques pour le partenaire privé, le gouvernement britannique a obligé le gestionnaire public d'un PPP hospitalier à régler ses engagements financiers auprès du partenaire privé avant de s'engager à toute autre forme de dépense. En pratique, le respect de cette garantie a été fait au détriment de la qualité des services cliniques, qui doivent absorber les pressions financières. Voir Ruane, *supra* note 82 à la p.43.

²⁴² Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.91.

d'inconvénients pour les usagers des services qui bénéficieraient d'un contrôle législatif de leurs intérêts.

3.2.3 L'autorité tierce aux parties

Plusieurs États qui ont adopté les PPP comme mode de prestation de leurs services publics ont, par le biais d'une loi, créé un organisme indépendant ou autorité tierce, ayant juridiction en matière de différends entre les partenaires publics et privés et pouvant, notamment, examiner les révisions contractuelles ayant cours périodiquement.²⁴³ Que ce soit une autorité indépendante ou une autorité relevant d'un ministère, l'existence d'une autorité tierce demeure primordiale dans l'accomplissement et la bonne marche d'un PPP. Ces entités constituent souvent un lieu de référence sur les PPP et sur la mise en œuvre des lignes directrices des politiques publiques. Elles servent ainsi d'institutions de soutien et de promotion des politiques publiques²⁴⁴. Elles constituent également un excellent forum dans le règlement des différends pour les usagers qui veulent loger une plainte et, de ce fait, renforcent l'imputabilité des partenaires du PPP auprès de ses usagers. L'autorité tierce représente un moyen permanent de contrôle et assure une mutabilité dans la prestation de services publics d'un contrat s'échelonnant en moyenne plus d'une dizaine d'années. Il reste à savoir de quelle manière chaque type d'autorité extérieure aux partenaires peut contribuer au bon fonctionnement du PPP. Nous étudierons donc dans un premier temps l'agence gouvernementale, pour ensuite nous attarder aux autorités indépendantes.

²⁴³ À cet effet, citons notamment la Grande-Bretagne, la France et l'Australie qui possèdent de tels organismes indépendants.

²⁴⁴ Voir Lignières, *supra* note 72 à la p.12.

3.2.3.1 L'agence gouvernementale

L'agence se définit avant tout comme une personne morale mandataire de l'État, une unité administrative qui conserve une obligation de reddition de comptes et un lien de dépendance étroit avec l'État. De plus, une agence gouvernementale à qui est attribuée exclusivement la tâche de veiller à la bonne marche des PPP en services publics possède l'expertise nécessaire pour optimiser les liens entre le partenaire public et le partenaire privé.

Sur ce point, le gouvernement du Québec a mis sur pied une telle agence : l'Agence des partenariats public-privé du Québec (« l'Agence »)²⁴⁵. Cette initiative veut avant tout centraliser en un seul endroit les transactions sous la forme de PPP, excepté pour les municipalités, les universités et les cégeps. Malgré le fait que les organismes publics conservent certaines responsabilités, l'Agence se retrouve avec le mandat de conseiller le gouvernement, d'aider les organismes publics, de procéder à l'analyse des coûts-avantages des projets de PPP, de mettre en place et de gérer les processus d'octroi des contrats et finalement, de soutenir les organismes publics dans la gestion des contrats de PPP²⁴⁶. Un des grands avantages que peut procurer une agence demeure sans contredit la constitution d'un centre de connaissances et d'expertise qui conserve des données sur les PPP à travers le temps et qui renforce les méthodes de gestion des résultats. De plus, une agence permet la standardisation des dispositions contractuelles en créant un contrat standard pour les transactions PPP à adapter pour chaque secteur de service public²⁴⁷. Cette initiative d'une

²⁴⁵ Voir Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Politique-cadre sur les partenariats public-privé*, Québec, Publications du Québec, 2004, à la p.7. et pour consulter le site de l'Agence en ligne voir <<http://www.ppp.gouv.qc.ca>>..

²⁴⁶ Voir *Politique-cadre*, supra note 43 à la p.7; *Loi sur l'Agence*, supra note 30.

²⁴⁷ Par exemple, en Grande-Bretagne, différentes formes standards de contrats ont été conçues pour divers types de service public.

agence gouvernementale permet de réduire les coûts encourus par le futur partenaire public à la négociation du contrat de PPP.

En ce qui a trait à son organisation interne, les membres sont généralement nommés par le gouvernement, signe de l'existence d'un lien de dépendance et d'autorité. Les gens engagés ne sont pas des employés de la fonction publique, mais doivent toutefois se soumettre à ses règles d'éthique et de déontologie. L'Agence possède un conseil d'administration composé de huit membres : un nombre égal de fonctionnaires et de gens émanant du secteur privé n'ayant pas d'intérêt dans les PPP. Également, l'Agence voit généralement ses directives soumises à l'approbation du gouvernement²⁴⁸. Cette précaution existe afin de diminuer le pouvoir discrétionnaire de l'Agence et de mieux l'encadrer, tout en instaurant une imputabilité de l'Agence devant le gouvernement, et non l'électorat.

Il est déplorable toutefois que le gouvernement n'ait pas désigné l'Agence comme lieu de résolution de conflits entre partenaires ou ne lui ait pas conféré une quelconque autorité décisionnelle. Nous comprenons qu'il s'agit plutôt de lui attribuer un pouvoir de recommandation en plus d'un pouvoir de gestion²⁴⁹, mais il reste que l'Agence instituée par le gouvernement québécois pour les PPP aurait pu se voir octroyer plus de fonctions décisionnelles. En définitive, lorsqu'un État se dote d'une agence gouvernementale comme l'a fait l'État québécois avec l'Agence, il revient aux ministres d'autoriser les projets de PPP, et ce, suivant la majorité des phases de réalisation du projet de PPP²⁵⁰. C'est pourquoi certains gouvernements opteront en plus d'une agence

²⁴⁸ *Loi sur l'Agence, supra note 30, art. 20-38.*

²⁴⁹ *Loi sur l'Agence, supra note 30, art. 10-11.*

²⁵⁰ Voir *Politique-cadre, supra note 43 à la p.4.*

gouvernementale pour un organisme indépendant de l'État possédant une autorité décisionnelle sur le PPP.

3.2.3.2 L'autorité indépendante

Une autorité indépendante est instaurée généralement pour lutter contre l'arbitraire et le favoritisme et, sauf exception et contrairement à l'agence gouvernementale telle que décrite précédemment, ne relève pas du gouvernement. L'autorité tierce s'implique à différentes étapes de l'existence d'un PPP, principalement en tant qu'autorité habilitée à octroyer un budget, approuver des éléments contractuels ou à titre consultatif.²⁵¹ Par exemple, l'Agence fait appel dans chacun de ses dossiers de PPP à un vérificateur de processus qui assiste aux réunions et aux prises de décisions afin d'en publier un rapport accessible au public.

Quant à l'établissement d'une autorité d'approbation à l'intérieur ou à l'extérieur des partenaires, il faut avant tout déterminer l'étendue de son pouvoir de modification ou de refus. Le même exercice peut être convenu pour les modifications ultérieures au contrat²⁵². Une autorité indépendante doit posséder une autonomie suffisante pour éviter l'ingérence politique ou les pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.

Une autorité indépendante présente de nombreux bénéfices non quantifiables, tels qu'une garantie minimum d'équité et de justice, en plus d'une certaine légitimité politique qui en découle²⁵³. Son intervention dans la création et la gestion d'un PPP permet d'établir et de qualifier un lien entre performance et

²⁵¹ Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.66-67.

²⁵² Voir Nguyen, *supra* note 65 à la p.76-77.

²⁵³ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1311.

rémunération du partenaire privé. L'autorité indépendante peut appliquer des critères de performance accompagnés de sanctions importantes, et s'assurer que des garanties par des cautionnements sont à la hauteur des enjeux financiers. Contrairement à une agence gouvernementale imputable devant un ministère ou devant des politiciens pouvant chercher à satisfaire leur électorat, l'autorité administrative indépendante n'a aucune pression, aucun incitatif. Ainsi, elle peut être vue comme la plus apte à imposer le respect et faire la promotion de l'intérêt général sans avoir à en payer les frais par la suite²⁵⁴.

Il est intéressant dans un deuxième temps d'examiner ce que fera l'autorité indépendante quant aux responsabilités relevant du partenaire privé. Elle peut s'attarder sur le caractère transférable de la tâche publique au privé ou plutôt considérer le partenaire privé qui dessert un service public imputable au même titre que le partenaire public dans certaines circonstances. Il se peut aussi qu'une autorité indépendante décide tout simplement de ne pas s'immiscer dans le débat et de considérer la question sous l'angle de la souveraineté parlementaire²⁵⁵. Dans ce dernier cas, il peut toutefois être reconnu à la tierce partie, qui inclut l'utilisateur du service public, la possibilité de réclamer des droits et des dommages le cas échéant.

3.2.4 Les groupes divers

Notre société compte des regroupements qui, à défaut parfois de faire figure d'autorité, ont un impact significatif et certain sur le degré de transparence et de reddition de comptes des partenaires au PPP. On retrouve dans cette catégorie les médias, les groupes de pression et les associations professionnelles.

²⁵⁴ *Ibid.* à la p.1337.

²⁵⁵ Voir Mark Aronson, *Judicial Review of Administrative Action*, 2^e éd. 2000, 92-93.

3.2.4.1 *Les médias*

Le « quatrième pouvoir » ne passe pas inaperçu lorsqu'un organisme de l'État est pris en défaut. Cette situation se répercute aisément aux partenaires à un PPP. En informant les usagers sur une situation qui leur est défavorable, les médias contribuent à sensibiliser la population et à l'aider, jusqu'à un certain point, à se mobiliser contre toute forme d'injustice sociale.

3.2.4.2 *Les groupes de pression*

Grâce à leurs interventions dans des causes parfois désespérées et à une certaine expertise acquise, les groupes lobbyistes peuvent faire pression sur le gouvernement, parfois mieux que quiconque, et le tenir imputable avec son partenaire privé de leurs actions et de leurs décisions²⁵⁶. Par exemple, les groupes environnementaux ont contribué à la mise sur pied de sanctions et d'amendes pour les industries non respectueuses de règles environnementales. Par contre, il ne faut pas oublier que ces groupes de pression font face à l'imposante machine lobbyiste de l'industrie privée. La pression et l'influence proviennent donc des deux côtés d'un PPP : du secteur privé et des groupes de pression. Il n'en demeure pas moins que, peu importe le parti pris, ces intervenants, études et expertises en main, alimentent positivement le débat des PPP et renforcent l'obligation d'imputabilité des partenaires.

3.2.4.3 *Les associations professionnelles et les accréditations*

Certains particuliers se regroupent et s'identifient à une accréditation privée qui certifie que leurs membres appliquent des critères de performance définis. Ces regroupements peuvent d'emblée exiger que leurs membres intègrent à leur

²⁵⁶ Voir David E. Seidemann, « Insufficient Accountability; Case Study of the Recycling Plan of a Public Interest Research Group », (1995) 3 Buff. Env'tl.L.J. 221, à la p.222.

milieu un organisme indépendant, un ombudsman ou l'établissement d'une procédure permettant la participation de l'utilisateur du service. Qui plus est, on peut voir imposer aux membres l'obligation de fournir une information fiable, compréhensible et accessible²⁵⁷. Faire référence aux associations professionnelles et à une certaine accréditation se révèle un atout pour définir les mécanismes de nature procédurale ou les critères de performance qui guideront le contrat de PPP. Cela devient souvent inévitable lorsqu'il est question d'imputabilité professionnelle.

3.3 Conclusion du chapitre

Un contrat articulé dans un langage clair, reposant sur une loi spécifique, avec des mécanismes de contrôle équitables reste un gage de succès pour les deux partenaires²⁵⁸. Sans tous ces efforts, la concession de services publics dans un PPP risque de compromettre la protection de l'intérêt général, le contrôle démocratique, et d'engendrer l'insatisfaction des usagers sur les choix arrêtés en leur nom²⁵⁹.

En définitive, peut-on atteindre un équilibre, même fragile, même précaire, entre les objectifs d'intérêt général et ceux de droit privé au sein d'un PPP qui prenne en compte les préoccupations de chacun? Nous le croyons. Malgré certaines divergences, l'importance des attentes mutuelles dans un PPP est fondamentale comme gage de réussite. Rappelons une fois de plus que l'objectif n'est pas de « publiciser » les entreprises privées pour en faire des sociétés d'État, mais de faire en sorte que l'imputabilité soit potentialisée et que la protection de l'intérêt général soit intégrée au contrat pour que chacune des parties garde le cap sur ces principes.

²⁵⁷ Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1326.

²⁵⁸ *Ibid.* à la p.1351.

²⁵⁹ Voir Minow, *supra* note 9 à la p.1269.

Selon le point de vue qu'on se donne, on peut décider de traiter l'imputabilité de l'État en définissant le mandat de l'État en des termes souvent flous, tels que les valeurs qui guident une société libre et démocratique. La mise sur pied de mécanismes de contrôle de l'imputabilité de l'État dans un PPP entend y apporter une solution.

Les préoccupations des partenaires public et privé doivent être prises en compte et encadrées par des mécanismes d'imputabilité en plaçant l'usager et non le profit au cœur des services publics.

À la lumière des formes d'imputabilité énoncées précédemment, de leur interrelation et des différentes dimensions en jeu, il se dégage l'image que l'imputabilité diffère, se qualifie et s'incorpore à différents mécanismes en fonction des autorités en présence, de la motivation qui les habite, et ce, selon des principes distincts, mais souvent complémentaires²⁶⁰. Il a été observé que des mécanismes de contrôle de l'imputabilité très formels et procéduraux au début d'une relation de partenariat ont fait place, au fil de l'expérience entre les partenaires, à une forme plus informelle. Ceci s'explique surtout par le fait que les procédures formelles instaurent les bases du PPP, assurent sa continuité dans le temps : pensons à la gestion de l'information, aux méthodes d'accès à l'information et à la production de rapports, qui sont des mécanismes qui répondent à différentes formes d'imputabilité, bureaucratiques principalement, ainsi que procédurales. Une fois ces balises créées en contexte macro, les mécanismes plus informels viennent résoudre les problèmes générés au quotidien dans l'existence d'un PPP. Pour cette raison, une reconnaissance des divergences et une compréhension des différents enjeux dans la nature

²⁶⁰ Voir P. Barberis, « The New Public Administration and A New Accountability », (1998) 76 *Public Administration* 451, à la p.464; Voir Acar, *supra* note 4 à la p.128.

collaboratrice du PPP ne peuvent qu'optimiser l'atteinte d'un consensus entre les partenaires.

CONCLUSION

La création des PPP a contribué à renforcer la méfiance à l'égard de la prestation des services publics selon le monde conventionnel et à provoquer une remise en question de la capacité de l'État à prendre seul en charge ces services. Les PPP ont également poussé l'État à redéfinir son rôle et sa manière de rendre la prestation plus efficiente en l'incitant à centrer son action sur des interventions plus adéquates à son mandat social et économiquement plus viables. Le PPP s'inscrit comme l'un des moyens appropriés pour améliorer l'efficacité et encourager une culture plus dynamique et mieux adaptée aux services publics. Le pari du PPP est de miser sur l'imputabilité pour des services publics performants. Cette nouvelle approche a été largement adoptée par plusieurs pays comme une solution aux nombreux problèmes rencontrés dans la prestation des services publics.

Ce mémoire a mis en évidence la complexité de cette prestation en mode PPP et les enjeux auxquels doit faire face l'État pour renouveler son imputabilité et assurer la protection de l'intérêt général. L'existence de différents types de PPP, de différentes approches selon différents types de service public, suivant différents modèles d'imputabilité appliquant différents mécanismes de contrôle et impliquant des partenaires publics et privés illustre à juste titre le défi que l'État doit relever en voulant renouveler le mode de prestation de ses services publics. Les attentes sont nombreuses et peuvent parfois être contradictoires. C'est dans ce paradoxe qu'est créé le PPP : l'obligatoire coexistence de deux partenaires issus de milieux exclusifs, mais qui sont tous deux opérationnels dans un même cadre juridique. L'obligation de concilier des logiques avec des objectifs qui peuvent être divergents.

Cette analyse démontre que l'encadrement juridique des relations entre les partenaires au PPP permet de contrôler leurs comportements et, pour l'État, de privilégier les mécanismes de contrôle de l'imputabilité qui favorisent la protection de l'intérêt général. L'encadrement juridique offre un équilibre précaire, mais démontre une volonté ferme de s'adapter aux nouvelles réalités de prestation des services publics. Plus que la substitution d'une forme d'imputabilité à une autre, l'enjeu est de favoriser les adaptations de mécanismes de contrôle de l'imputabilité qui considèrent les préoccupations de chacun des partenaires au PPP. Privilégier un modèle d'imputabilité centrerait toute l'attention soit sur la conformité au détriment des résultats, soit sur la recherche permanente de consensus au détriment du pouvoir décisionnel d'un des partenaires. Le but de ce mémoire n'était pas de trouver un modèle d'imputabilité optimal en mode PPP, mais bien une combinaison qui s'adapte à l'évolution du PPP et qui fait la promotion des objectifs d'intérêt général d'un service public.

La littérature abondante sur les PPP prône une analyse très pratique qui aide à en comprendre le processus sans toutefois nous en faire connaître les fondements théoriques. Malgré l'intérêt que suscitent les PPP au Québec, il n'en demeure pas moins qu'il en reste beaucoup plus à dire qu'il en a été dit. Les interventions ont, jusqu'à maintenant, beaucoup mis l'emphase sur la nécessité d'avoir recours au mode PPP. On aurait besoin d'en connaître davantage sur les paramètres plus théoriques de son « expérimentation ».

Il faut dépasser l'approche réactionnelle qui occupe en premier plan la scène médiatique pour s'attarder aux enjeux d'imputabilité soulevés par la venue des PPP dans la prestation des services publics et le renouvellement des mécanismes de contrôle et des diverses formes d'imputabilité générées. Il s'agit aussi de définir un cadre juridique qui gouverne concrètement l'action du PPP : la

législation récente témoigne de cette volonté politique, mais il reste à en approfondir la portée. Des efforts devront être déployés en ce sens et c'est dans cette volonté qu'on évaluera l'intérêt de l'État à vouloir protéger les objectifs d'intérêt général qui définissent le service public : «[PPP] are not created by default, but by desire and design²⁶¹».

C'est en multipliant les expériences de PPP au Québec que l'on suscitera le débat plus spécifique de l'imputabilité de l'État envers la protection de l'intérêt général.

Évidemment, tous s'entendent pour dire que les PPP ne sont pas une panacée. L'État doit se soucier de façon permanente de maintenir la qualité du service public et de répondre aux besoins de la population qu'il dessert.

On note également que les meilleurs PPP pourraient être mis sur pied et fournir la meilleure assurance de protection de l'intérêt général dans un PPP, qu'ils n'auraient aucun effet pratique sans l'existence d'une volonté des partenaires, de l'octroi de fonds suffisants et de sanctions adéquates. Comme le dit si bien le vieux dicton : « la fin justifie les moyens ». La difficulté inhérente à circonscrire parfaitement l'atteinte de performances et les objectifs quotidiens à poursuivre dans un PPP représentera toujours un frein à la protection des objectifs d'intérêt général et une possible érosion de l'imputabilité de l'État. L'effort d'adaptation des services publics peut trouver écho dans un PPP, mais la compétitivité, la recherche de productivité et l'innovation technologique ne doivent pas détourner l'État de sa « veille sociologique »²⁶².

²⁶¹ Voir Acar, *supra* note 4 à la p.64.

²⁶² Voir Freeman « Privatization », *supra* note 4 à la p.1337.

Les PPP se veulent une solution au problème d'efficacité économique et peuvent contribuer à atteindre la rentabilité, dans un marché ouvert à la scène internationale et de plus en plus compétitif. Les lacunes auxquelles sont confrontés les gouvernements québécois et canadien représentent beaucoup plus qu'une simple question économique : c'est la manière même d'aborder le système qui est en cause. L'État ne craint pas l'échec et son existence est assurée malgré une piètre performance de ses services publics. L'État doit donc trouver sa motivation à se réinventer autrement. À cette fin, l'État doit insister sur le fait qu'il forme un tout et que, contrairement à la prestation de services en milieu privé, les sommes allouées aux services publics sont intimement liées à d'autres secteurs tels que l'éducation, le logement et d'autres mesures socialement bénéfiques qui contribuent et déterminent significativement l'état de satisfaction d'une société envers son gouvernement²⁶³. L'État doit prendre conscience que l'arrivée des PPP dans le milieu québécois nécessite une adaptation pour ses citoyens et une éducation de l'opinion publique. Il est primordial de clarifier les enjeux du PPP, de le distinguer de la privatisation et de l'intégrer dans un mode renouvelé de prestation des services publics qui préserve les valeurs d'accessibilité, de continuité, de qualité et d'égalité du modèle québécois.

Adopter le mode PPP ne signifie pas considérer aveuglément cette voie comme le baume de tous les maux dans l'offre des services publics aux usagers. Les PPP ne sont qu'une ébauche des avenues à prendre.

²⁶³ Flood, Stabile & Tuohy, *supra* note 25 à la p.339; Trebilcock and Iacobucci, *supra* note 18 à la p.1436.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

Monographie et ouvrage collectifs

Aberbach J.D., *Bureaucracy : Control, Responsiveness, Performance*, A.I., a.m.e., tel que cité dans A.I. Baaklini et H. Desfosses, *Design for Democratic Stability – Studies in Viable Constitutionalism*, New York, M.E. Sharpe Inc., 1997.

Acar M., *Accountability in Public-Private Partnership*, thèse de doctorat en philosophie et administration publique, University of Southern California, 2001, [non publiée].

Aronson M., *Judicial Review of Administrative Action*, 2 éd., A.I., a.m.e., 2000.

Barzelay M., *Breaking through Bureaucracy: A New Vision for Managing in Government*, Berkeley, University of California Press, 1992.

Bouchard M. et Rondeau J., *Le financement de l'économie sociale, à la croisée des intérêts privés et publics : Le Réseau d'investissement du Québec*, Cahier du CRISES, Coll. « Working Papers », Groupe de recherche CHAÎNE, HEC Montréal, 2003.

Baudouin J.- L. et P. G. Jobin, *Les obligations*, 6e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005.

Charih M. & A. Daniels, *New Public management and Public Administration in Canada* Toronto, Institute of Public Administration of research on Public Policy, 1995.

Côté P.P., *Le contrat de société , Corporate Structure Finance and Operations*, 4e éd., Toronto, Carswell, 1986.

De Laubadère A., *Administration et contrat*, Pages de doctrine, tome II, Paris, a.m.e., 1980.

Donahue, J., *The Privatization Decision*, 4 éd., A.I., a.m.e., 1989.

Dubois C. A., *Transformation des systèmes de soins de santé et pratique d'imputabilité*, thèse de doctorat en Administration de la santé, Faculté de Médecine, Université de Montréal, 2002, [non publiée].

Findlay P.G., *Consolidated Ontario Securities Act. Regulation and Rules*, 36e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2004.

Garant, P., *Droit administratif*, 5e éd., Québec, Les Éditions Yvon Blais, 2004.

Harden I., *The Contracting State*, Buckingham, Open University Press, 1992.

Issalys P. et D. Lemieux, *L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997.

Kagan R.A. et Scholz J.T., *The Criminology of the Corporation and Regulatory Enforcement Strategies in Enforcing Regulation*, A.I., Keith Hawkins & John M. Thomas ed., 1984.

Kernaghan K.& D. Diegel, *Public Administration in Canada*, 4 ed., Scarborough, ITP Nelson, 1999.

Le Petit Larousse illustré, Paris, 1992, dirigé par Patrice Maubourguet.

Lignières P., *Partenariats Publics Privés*, Paris, Éditions Litec, 2000.

Moore P., *Droit administratif*, tome III, Berne, a.m.e., 1992.

Nguyen M.S., *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Études de droit suisse, Berne, Staemphi Editions SA, 1998.

Raymundie O., *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, 1re éd., Collection L'Actualité Juridique, Paris, Le Moniteur, 1995.

Rhodes R.A.W., *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Bristol, Open University Press, 1997.

Tannenbaum J., *The Buck Stops Where? The Role and Responsibilities of the Quebec Government for the Delivery of Health Care Services*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Sherbrooke, 2002, [non publié].

Van Lang A., Gondouin G. et Inserget-Brisset V., *Dictionnaire de droit administratif*, 3e éd., Paris, Armand Collin, 2002.

Zwahlen H., *Le contrat de droit administratif*, RDS/ZSR, A.I., a.m.e., 1958.

Doctrine

Articles de revues juridiques

- Baily Mary-Ann, « Managed care organization and the rationing problem » (2003) 33 The Hasting Center Report Jan-Feb 1
- Barberis P., « The New Public Administration and A New Accountability », (1998) 76 Public Administration 451.
- Beerman J., « Privatization and Public Accountability » (2001) 28 Fordham Urb. L.J. 1507.
- Belhocine N., J. Facal et B. Maziouz, « Les partenariats public-privé : Une forme de coordination de l'intervention publique à maîtriser par les gestionnaires d'aujourd'hui », (2005) 12 Télescope 2.
- Beneviste G., « The Design of School Accountability Systems », (1985) 7(3) Educational and Policy Analysis 261.
- Boase J.P., « Beyond Government? The Appeal of Public-Private partnerships » (2000) 43(1) Canadian Public Administration 75.
- Boase J.P., « Is there hope for Canadian health care » (2003) Canadian Public Administration 3.
- Broadbent J., « Critical accounting research: a view from England », (2001) 13 Critical Perspectives on Accounting 433.
- Clark D., « Les partenariats public-privé au Royaume Uni », (2005) 12 Télescope 31.
- Côté L., « Les partenariats public-privé », (2005) 12 Télescope 5.
- DeLeon L., « Accountability in a Reinvented Government », (1998) 76 Public Administration 539.
- Derome Y., « Le contrat de gestion privée d'un service public » (1995) 36 Les Cahiers de Droit, 323.
- Deschênes J., « Les agences britanniques, source d'inspiration des modernisations administratives » (1996) 2 Choix, n.2, 4.
- Diller M., « Introduction: Redefining the Public Sector: Accountability and Democracy in the Era of Privatization », (2000-2001) 28 Fordham Urb.L.J. 1307.

Feigenbaum H.B. et J.R. Henig, « The Political Underpinnings of Privatization: A Typology », (1994) 46 *World Pol.* 185.

Flood C.M., Stabile M. et Tuohy C.H., « The Borders of solidarity: How countries determine the public/private mix in spending and the impact on health care », (2002) 12 *Health Matrix* 297 .

Foot P., « P.F. Eye An idiot's guide to the Private Finance Initiative » (2004) *Private Eye*, 1102.

Freeman J., « The Private Role in Public Governance », (2000) 75 *N.Y.U.L. Rev* 543.

Freeman J., « The Contracting State » (2000) 28 *Fla. St. U.L. Rev.* 155.

Freeman J., « Extending Public law Norms Through Privatization », dans *Symposium: Public Values in an Era of Privatization*, (2003) 116 *Harv. L. Rev.* 1285 (WL).

Kernaghan K., « Partnership and Public Administration: Conceptual and Practical Considerations » (1993) 36(1) *Canadian Public Administration* 57

Lowndes V. et Skelcher C., « The Dynamics of Multi-Organizational Partnerships: An Analysis of Changing Mode of Governance », (1998) 76 *Public Administration* 313.

Macalister T., « Private concerns », (2003) *Guardian Society*, 7 mai.

Massé M., « Partners in the Management of Canada: The Changing Roles of Government and the Public Service » (1993) 24(1) *Optimum* 54

McCandless H. et Wright D., « Enhancing Public Accountability », (1993) 24(2) *Optimum-The Journal of Public Sector Management* 110.

Minow M., « Public and Private Partnership: Accounting for the New Religion », dans *Symposium: Public Values in an Era of Privatization*, (2003) 116 *Harv. L. Rev.* 1229 (WL).

Mitchell J.R., « Accountability » (1992) 23(1) *Optimum* 12.

Mockle D., « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *Les Cahiers de Droit* 143.

Moore M.H., « Introduction », dans *Symposium: Public Values in an Era of Privatization*, (2003) 116 Harv. L. Rev. 1212 (WL)

Mulgan R., « Accountability: An Ever-Expanding Concept » (2000) 78 Public Administration 555.

Mulgan R., « Outsourcing and public service values : the Australian experience », (2005) 71(1) International Review of Administrative Sciences 55.

Okma K.G.H., « What is the Best Public-Private Model for Canadian Health Care? » (2000) Policy Matter series, Montreal : Institute for Research on Public Policy, 60.

Peters B.G. et Pierre J., « Governance without Government? Rethinking Public Administration », (1998) 8(2) Journal of Public Administration Research and Theory 223.

Pongsiri N., « Regulation and public-private partnerships », (2002) 15 The International Journal of Public Sector Management, n 6, 487.

Reichard C., « The Impact of Performance Management on Transparency and Accountability in the Public Sector » dans A. Hondeghen dir., *Ethics and Accountability in a context of governance and new public management*, Washington, IOS Press, (1988) aux pp. 131-134.

Riemer D.R., « Government as Administrator vs. Government as Purchaser: Do Rules or Markets Create Greater Accountability in Serving the Poor? », (2001) 28 Fordham Urb. L.J. 1715.

Ruane S., « L'Initiative de financement privé et le Service national de la santé au Royaume Uni » (2005) 12 Télescope 41.

Rutherford J., « PFI: The only show in town » (2003) 24 Soundings 41

Seidemann D.E., « Insufficient Accountability; Case Study of the Recycling Plan of a Public Interest Research Group », (1995) 3 Buff. Env'tl.L.J. 221.

Shape G., « Governments and Health: A time for Leadership » (2003) 23 Health Law in Canada 3.

Shleifer A., « State versus Private Ownership », (1998) 12 J. Econ. Persp. 133.

Smith A.J., « Philosophical Aspects of the Public Private Sector Partnership » dans *Privatized Infrastructure: The Role of Government*, (1999) Chapitre 9, London: Thomas Telford Publishing, 129-145.

Stephenson M.O.Jr., « Whither the public-private partnership: A critical Overview », (1991) 27(1) *Urban Affairs Quarterly* 109.

Taylor M., « Between Public and Private: Accountability in Voluntary Organizations », (1996) 24 (I) *Policy and Politics* 57.

Thomas P.G., « The Changing Nature of Accountability », dans *Canadian Center for Management Taking Stock. Assessing Public Sector Reforms*, Ottawa , BG Peters et DJ Savoie (eds),. (1998), 348.

Thompson D.F., « Moral Responsibility of Public Officials: The Problem of Many Hands », (1980) 74 *American Political Review* 905.

Trebilcock M.J. et Iacobucci E.M., « Privatization and Accountability », dans *Symposium: Public Values in an Era of Privatization*, (2003) 116 *Harv. L. Rev.* 1422, à la p.1423 (WL).

Wettenhall, R., « The Rhetoric and Reality of Public-Private Partnerships », (2002) 3 *Public Organization Review* 77.

Articles de doctrine sur Internet

Cefrio, « Partenariat public-privé : pour une meilleure performance de l'État, Cahiers synthèse des actes du colloques », (Octobre 2002), en ligne : [cefrio.qc.ca](http://www.cefrio.qc.ca) <<http://www.cefrio.qc.ca>>.

Gosling P., « PFI : Against the Public Interest. Why a 'licence to print Money 'can also be a Recipe for Disaster » (2004) en ligne : Unison <<http://www.unison.org.uk/london/>>.

Institut Économique de Montréal, « Une étude de l' Institut Économique de Montréal invite le Québec à se mettre à l'heure des partenariats public-privé » (16 septembre 2003) en ligne : [iedm.org](http://www.iedm.org) <<http://www.iedm.org>>.

Institut Économique de Montréal, « Des services publics plus efficaces grâce au partenariat public-privé » (septembre 2003) en ligne : [iedm.org](http://www.iedm.org) <<http://www.iedm.org>>.

Institut pour le partenariat public-privé, « Nouvelles orientations gouvernementales en matière de PAPP au Québec » (Avril 2003) en ligne : [ippp.org](http://www.ippp.org) <<http://www.ippp.org>>.

Institut pour le partenariat public-privé, « Des projets de Partenariat public-privé émergent de toutes parts. En voici des exemples » (Juin 2002) en ligne : [ippp.org](http://www.ippp.org) <<http://www.ippp.org>>.

Institut pour le partenariat public-privé, « Réflexions sur le partenariat public-privé » (Octobre 2000) en ligne : [ippp.org](http://www.ippp.org) <<http://www.ippp.org>>.

Lamy, Catherine, « Partenariat public -privé : du choc à la réconciliation des cultures », en ligne : [cefrio.qc.ca](http://www.cefrio.qc.ca) <<http://www.cefrio.qc.ca>>.

The Canadian council for public-private partnerships, « Hospitals : The Canadian Case for Hospital PPP Projects » (Novembre 2002) en ligne : [pppcouncil.ca](http://www.pppcouncil.ca) <<http://www.pppcouncil.ca>>.

The Canadian council for public-private partnerships, « PPP Hospital Fact Sheet - Referenced » (Novembre 2002) en ligne : [pppcouncil.ca](http://www.pppcouncil.ca) <<http://www.pppcouncil.ca>>.

The Canadian council for public-private partnerships, « The Submission of the Canadian Council for Public-Private partnerships to the Commission on the Future of Health care in Canada » (8 mars 2004), en ligne : [pppcouncil.ca](http://www.pppcouncil.ca) <<http://www.pppcouncil.ca>>.

Articles de presse

« Une campagne est lancée contre les partenariats public-privé dans la santé » *La Presse Canadienne* (23 février 2004)

Bourgault-Côté G., « Grogne sociale en France », *Le Devoir* (31 janvier 2004) B3.

Breton B., « Passer à la caisse » *Le Soleil [de Québec]* (1 avril 2004) A14.

Cantin A. « Les salaires dans le secteur public » *Le Droit* (5 avril 2004).

Corbeil, M. « Au royaume uni du public-privé » *Le Soleil [de Québec]* (3 avril 2004) D1.

Dansereau S, « Le Québec est parmi les derniers à adopter les PPP », *Les Affaires* (2 octobre 2004) 5.

Méthot D., « La communauté médicale dénonce la nomination du Commissaire par le ministre » *L'Actualité médicale* (31 mars 2004) vol. 25 n 13.

Muller P. D., « À l'heure des PPP jusqu'à maintenant, le Québec n'a presque pas fait appel au partenariat public-privé » *La Presse* (16 septembre 2003).

Documents officiels

Accords et traités

Rapport des gouvernements et organisations internationales

Fédéral

Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *Droit, objectifs publics et observation des normes, Document de travail 51*, Ottawa, CRDC, 1986.

Provincial

Québec, Secrétariat à la modernisation de la gestion publique, *Guide sur la convention de performance et d'imputabilité et sur l'entente de gestion*, Québec, Publications du Québec, 2000.

Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Le dossier d'affaires, guide d'élaboration*, Bureau des partenariats d'affaires, Québec, Publications du Québec, 2002.

Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Politique-cadre sur les partenariats public-privé*, Québec, Publications du Québec, 2004.

Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Moderniser l'État, pour des services de qualité aux citoyens*, Plan de Modernisation 2004-2007, Québec, Publications du Québec, 2004.

Québec, Secrétariat du Conseil du trésor, *Moderniser l'État, pour des services de qualité aux citoyens*, Deuxième rapport d'étape du Plan de Modernisation 2004-2007, Québec, Publications du Québec, 2006.

<<http://www.ppp.gouv.qc.ca>>.

Communauté Européenne

CE, Commission, *Livre vert sur les partenariats publics privés*, CE, 2004, COM/2004/327.

International

Banque mondiale, *Institutional Options for the Provision of Infrastructure*, n. 212, (1993).

CNUDCI, *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*, 12 juin au 7 juillet 2000, A-CN.9-SER.B-4 (entrée en vigueur : New York 2001).

OCDE, *Projet de rapport, Modernisation du secteur public : moderniser la responsabilité et le contrôle*, 30^e sess., n de doc. GOV/PGC (2004).

Jurisprudence

Ministre de la Justice du Canada c. Borowski, [1981] 2 R.C.S. 575

Ministre des Finances du Canada c. Finlay, [1986] 2 R.C.S. 607

T.S.C.O. of Canada Ltd. c. Châteauneuf, [1995] R.J.Q. 637 (C.A.)

Supermarché A.R.G. inc. c. Provigo Distribution inc., [1995] R.J.Q. 464 (C.S.) mod. par [1998] R.J.Q. 47 (C.A.)

Couture c. Gagnon, [2001] R.J.Q. 2047, REJB 2001-25543 (C.A.)

Pharmacentres Cumberland (Merivale) ltée c. Lebel, [2002] R.J.Q. 2607, REJB 2002-34850 (C.A.), conf. [1999] R.J.Q. 3042, REJB 1999-14977 (C.S.).

Cie des jouets Feuille d'érable Ltée c. Association montréalaise d'action récréative et culturelle, [1986] R.J.Q. 549 à la page 555 (C.S.) mod. par JE-89-75 (C.A.).

Québec (Procureur général) c. Nicolas, [1996] R.J.Q. 1679 (C.S.)

Pitl c. Tessier, J.E. 99-1160, REJB 1999-13286 (C.S.)

Conexsys Systems inc. c. Aime Star Marketing inc., [2003] R.J.Q. 2875, REJB 2003-46933 (C.S.)

Législation

Provinciale

Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec, L.R.Q. c.32.

Loi sur les contrats des organismes publics, L.R.Q. c. 29.

Loi sur l'administration financière, L.R.Q. c. A-6.001.

Loi sur l'administration publique, L.R.Q. c. A-6.01.

Loi sur la réduction du personnel dans les organismes publics et l'imputabilité des sous-ministres et dirigeants d'organismes publics, L.R.Q., c. R-2.3.

Code civil du Québec

Internationale

France

Ordonnance no. 2004-559, J.O., 17 juin 2004.