

# Juristes de l'État et le service public

Alain Massicotte\*

*Science sans conscience n'est  
que la ruine de l'âme.*

*Rabelais*

Je vous remercie de l'invitation qui m'a été faite pour aborder avec vous et, j'espère, échanger sur des sujets que le partenariat public-privé (ci-après PPP) nous amènera forcément à approfondir.

Les conférences et les débats sur les PPP sont nombreux. On pourrait s'étendre sur le concept de PPP au sens large – toute forme de collaboration entre l'État et le secteur privé – et aborder au détour la *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*<sup>1</sup> ou la *Loi concernant les partenariats en matière d'infrastructures de transport*<sup>2</sup>. Pourquoi aussi ne pas parler de la répartition des risques ou traiter des nombreux débats idéologiques que soulève le PPP ?

Il m'a semblé toutefois qu'il pourrait être intéressant d'échanger avec les juristes de l'État sur les sujets du service public, de l'imputabilité et de la manière dont ceux-ci peuvent se traduire dans un schéma contractuel des PPP.

On peut légitimement se demander quelle mouche a bien pu avoir piqué un avocat de la pratique privée pour citer ainsi Rabelais, dans le cadre d'un atelier sur les PPP. En raccourci, l'avocat pourra élaborer les structures contractuelles et financières selon les techni-

---

\* Avocat. Associé, Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l.

1. L.R.Q., c. A-7.002.

2. L.R.Q., c. P-9.001.

ques les plus sophistiquées qui soient, mais l'objectif du PPP ne sera pas atteint à moins d'intégrer certains principes qui relèvent de la mission du service public.

Les règles de gouvernance de Partnerships UK apportent, à ce titre, un éclairage intéressant. Cet organisme qui assiste le gouvernement britannique dans l'élaboration et la conclusion des PPP, un peu comme notre Agence, est lié par un code de conduite qui énonce sans détour sa mission.

PUK [Partnerships UK] has a public sector mission and will always put the interests of its public sector clients first. It is of the utmost importance that the public sector retains confidence in PUK to always act in the public sector's best interests.<sup>3</sup>

## LE SERVICE PUBLIC

On retrouve une référence à l'expression « service public » dans une quarantaine de lois au Québec. Notons aussi l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui énonce l'obligation de fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels. Bien qu'utilisée, l'expression fait rarement l'objet d'une définition. Dans les quelques cas où l'expression « service public » est plus élaborée, on retiendra surtout la conception organique : une municipalité, un établissement visé par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, un chemin de fer, un métro, une entreprise de transport par autobus ou par bateau, etc. La jurisprudence ne nous est pas plus utile<sup>4</sup>.

La notion de service public, dans son sens organique ou matériel, remonte cependant aux temps anciens. On retrouve par exemple le recours à l'expression « service public » expressément dans un édit de 1635 qui réorganise les droits de roulage par eau et par terre dans

3. « *Corporate Governance, Working Practices, Policies and Oversight in place to ensure potential conflicts of interest do not adversely affect the public sector.* » <[www.partnershipsuk.org.uk](http://www.partnershipsuk.org.uk)>. Une discussion sur les différentes approches, européenne, française ou anglo-saxonne, pourrait s'avérer intéressante. Au Québec, je constate que les principes français ont une influence certaine, bien que sur les plans juridictionnel et administratif notre culture juridique soit différente de celle de la France.

4. « Il n'existe guère de définition jurisprudentielle précise de ce qu'est un service public. Par ailleurs, le législateur utilise les expressions « service public » ou « service public essentiel » dans des sens variés correspondant à divers contextes. » Patrice GARAND, *Droit administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 6.

tout le royaume de France (à la fois pour les transports publics et la poste)<sup>5</sup>.

Certains auteurs font même remonter le concept de service public aux Mésopotamiens avec les services communs de Babylone et la réglementation économique royale<sup>6</sup>.

Dans la Grèce antique, Platon prescrit la poursuite du bien commun comme principe de société. Pour sa part, Aristote affirme que les institutions doivent être au service des citoyens. On y voit l'amarce d'une approche philosophique à l'action de l'Administration. Dans la Rome antique, on référait à l'*utilitas publica* pour l'entretien des égouts et la construction des aqueducs. Au Moyen Âge, on parla plutôt de « commun profit ». Aussi, il est intéressant de noter que le mot « concession » (*concessio*) a été relevé à la même époque dans un texte de 1170 accordant le privilège de transport de marchandises aux bourgeois de Paris<sup>7</sup>. C'est un peu notre héritage.

À compter du XX<sup>e</sup> siècle, en France, l'École du service public (Faculté de droit de Bordeaux) a commencé à élaborer une théorie générale du service public. Pour certains toutefois, encore aujourd'hui, tout effort de concevoir le service public « conduit à l'affirmation de son caractère indéfinissable »<sup>8</sup>.

Je cite aussi : « Si la mention du service public est désormais assez fréquente dans la loi, cela n'en fait pas forcément une notion. Le législateur révèle effectivement sa difficulté à donner un contenu précis au terme qu'il emploie, qui reste presque toujours générique »<sup>9</sup>. Comme d'autres toutefois, je crois que l'on peut, tout en gardant à l'esprit le caractère modulable de la notion de service public, tenter de délimiter certains principes ou paramètres.

---

5. BERGER-LEVRAULT, *La Gestion déléguée des services publics dans le monde : concession ou BOT*, Paris, Collection Administration Nouvelle, 1997, p. 21.

6. Jean-Paul VALETTE, *Le Service public à la française*, Paris, Ellipse, Éditions marketing s.a., 2000, 173 p.

7. Les auteurs diffèrent d'avis sur la date de la première concession française. Pour certains, la première concession date de 1554 avec la concession accordée à Adam de Craponne pour la réalisation d'un canal. ([www.urbanisme,equipement.gouv.fr](http://www.urbanisme,equipement.gouv.fr)). Chez nous, une loi de 1870 du Québec accordait à Narcisse-Pierre Massicotte le droit de construire et d'exploiter un pont à péage sur la rivière Batiscan (34 Vict., c. 64).

8. Jean-Paul VALETTE, *op. cit.*, p. 57.

9. Jean-Paul VALETTE, *op. cit.*, p. 58.

Dans un contexte de PPP, l'application de principes découlant de la notion de service public et adaptés au contexte du projet, peut servir de balises pour la rédaction et la négociation des accords de partenariat.

Point de départ pour certains ou finalité pour d'autres, le service public doit nécessairement être lié à l'atteinte de l'intérêt général, notion « [...] constamment présente lors de la formation et de l'exécution du contrat »<sup>10</sup>. De cette préoccupation de concourir à l'atteinte de l'intérêt public, des principes fondamentaux se sont imposés au service public : continuité, mutabilité et égalité.

### *Continuité*

En raison de l'importance du service pour la collectivité, celui-ci ne peut souffrir d'interruption. Il ressort de ce principe que l'État doit « disposer des moyens d'assurer cette obligation [de continuité] »<sup>11</sup>. Ceci étant, on peut moduler ce principe de continuité selon les circonstances en fonction de la nature et de la qualité des prestations qui sont à fournir. Par ailleurs, la continuité ne doit pas être prise dans le sens où le service public doit fonctionner pour tout le monde. Cela relève du principe d'égalité. Enfin, comme l'indique Jean-Paul Valette, « le principe de continuité n'a pas la même intensité pour tous les services. Elle est maximale lorsqu'elle implique la permanence du service (la police, la défense nationale, les hôpitaux, la navigation aérienne). Pour les autres services, il suffit que l'utilisateur puisse normalement accéder au service, que leur fonctionnement soit satisfaisant et respecte les jours ouvrables (l'état civil, l'enseignement, les musées, les services administratifs) »<sup>12</sup>.

On peut d'ailleurs noter que la politique cadre sur les partenariats public-privé de juin 2004 du Secrétariat du Conseil du trésor reprend ce principe et précise que la continuité des services publics aux citoyens doit être prise en considération.

---

10. Pierre LEMIEUX, « L'article 573 de la *Loi sur les cités et villes* et la notion de « service professionnel » », (1991) 51 *R. du B.* 421. Voir aussi Pierre LE FRANÇOIS, « Le défi des parties prenantes à un partenariat public-privé : concourir à l'intérêt public tel que perçu par le citoyen », communication présentée à l'Institut international des sciences administratives dans le cadre de la troisième conférence spécialisée de l'Institut, Berlin, sept. 2005.

11. Jean-Paul VALETTE, *op. cit.*, p. 86. Voir aussi GUGLIELMI et KOUBI, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000, 581 p.

12. Jean-Paul VALETTE, *op. cit.*, p. 88.

### ***Mutabilité***

Ce principe requiert que le service puisse être adapté en fonction des progrès techniques, économiques ou juridiques. Au nom de ce principe, le service public se doit d'être à l'avant-garde et d'améliorer la qualité de ses prestations. J'en reviens à Valette : « En tout temps, le principe d'adaptation lie l'administration par des obligations : en cas de changement de circonstances, elle doit aménager les services en conséquence, changer sa réglementation. Si elle modifie unilatéralement des dispositions contractuelles relatives au service public, le droit de l'administration tiré de la jurisprudence sur le fait du prince s'applique ; elle peut également supprimer un service devenu inutile, sous réserve d'indemniser le concessionnaire s'il est affecté dans ses avantages financiers »<sup>13</sup>. Valette, dont vous noterez bien sûr que je m'inspire largement sur la question des principes, va même jusqu'à affirmer que l'on peut justifier les adaptations des services publics, non seulement par les progrès de la science, mais aussi par des considérations de rentabilité, voire de productivité.

### ***Égalité***

Du principe de l'égalité devant la loi découle celui de l'égalité des usagers devant la prestation du service. Égalité de traitement ne va pas jusqu'à être interprétée comme une obligation de considérer tous les usagers de manière identique. Donc, les règles peuvent être différentes selon les catégories de personnes ou la diversité des situations.

### **L'IMPUTABILITÉ**

La politique cadre sur les partenariats public-privé (juin 2004, Secrétariat du Conseil du trésor) précise que « les organismes publics demeurent imputables en tout temps de la qualité et de la disponibilité des services rendus aux citoyens »<sup>14</sup>. La Loi sur l'Agence traite aussi de manière plus laconique de l'imputabilité des organismes publics, en son article 4.

J'envisage que l'imputabilité, c'est être responsable, être en mesure de répondre de ses actions et d'éviter de poser les actes qui dérogent à la mission dont l'organisme est investi.

Dans le contexte de l'administration publique, l'accès à l'information est souvent identifié comme étant une des caractéristiques de

13. Jean-Paul VALETTE, *op. cit.*, p. 93.

14. Page 3.

l'imputabilité. Accès nécessaire pour s'assurer que l'Administration accomplit son mandat.

Découle aussi de ce principe, la transparence.

The community has a right to be assured that the programmes to which funding is applied have a clear and relevant purpose, that programmes are being run efficiently and effectively (are providing value for money) and that the highest standards of ethics are being maintained.<sup>15</sup>

Si l'on revient à la politique cadre, celle-ci développe sa déclaration sur l'imputabilité comme suit :

- « Les ententes de PPP doivent être basées sur les résultats attendus et la rémunération des partenaires privés doit être établie en fonction de la performance. » Il en découle que le contrat de PPP devra imposer au partenaire privé la réalisation d'objectifs et de prestations et ne pas se limiter à en accorder seulement les moyens au partenaire.
- « Des mécanismes de contrôle et de règlement des différends doivent être prévus. » Le contrôle impose l'accès à l'information, et des règles claires afin d'établir avec précision les droits et obligations des parties.
- « Des clauses contractuelles doivent être prévues, notamment en ce qui a trait à la terminaison des contrats de PPP. » Il faut, bien sûr, un contrat pour régir la relation entre les parties. La référence à la terminaison du contrat fait ressortir que l'Administration peut, que ce soit pour des motifs de défaut, performance insatisfaisante ou l'exercice de puissance publique, gérer directement le service public.

Dans un schéma de PPP, on peut prétendre que la présence du partenaire privé peut poser des difficultés dans l'application du principe d'imputabilité : une entreprise du secteur privé n'est pas soumise aux mêmes exigences d'imputabilité envers le public que ne l'est l'Administration. C'est à première vue indiscutable. On peut aussi prétendre que le schéma PPP peut servir de catalyseur au développement de l'imputabilité de l'Administration. La mission donnée au partenaire privé de rendre un service ou de livrer une infrastructure

15. Wayne CAMERON, Victorian Auditor General, « Public Accountability : Effectiveness, Equity, Ethics », *Australian Journal of Public Administration*, 63(4):59-67, December 2004, p. 63.

amène l'Administration à identifier clairement les objectifs qu'elle poursuit. Elle devra circonscrire avec détails les exigences du service et les critères de performance du partenaire. Enfin, elle devra arrêter les modalités d'évaluation de cette performance. Le schéma de PPP impose donc une discipline à l'Administration : un exercice qui ne saurait s'opposer à l'exigence d'imputabilité.

### ***Traduction contractuelle des principes du service public et d'imputabilité***

La force du contrat [de PPP] réside dans la grande précision des rôles, responsabilités et engagements de chaque partie à une entente de partenariat. On peut même affirmer qu'il favorise un contrôle supérieur du fait même de la précision évoquée.<sup>16</sup>

Dans le cadre d'un PPP, le juriste de l'État devra travailler de concert avec ses collègues des équipes technique, financière et de politique publique dans toutes les étapes de la planification et de la réalisation du PPP, de l'étude de faisabilité, à la préparation de la matrice de risques, jusqu'à la conclusion du contrat. Pour le juriste, le schéma PPP l'amènera donc à traduire dans le contrat conclu avec le partenaire privé, et au-delà dans toute la structure contractuelle du projet, les principes qui découlent du service public.

J'aborderai ci-dessous quelques clauses<sup>17</sup> qui peuvent se retrouver dans les contrats de PPP<sup>18</sup> et les structures de financement de projets. Je ne parlerai pas ici du processus d'octroi, sauf pour insister sur l'importance qu'il soit guidé par des principes de transparence, de non-discrimination et de clarté. Ces principes participent aussi à établir les assises de l'imputabilité. Mon but n'est pas, non plus, de traiter du partage des risques.

1. Aux termes du contrat, le partenaire privé devra fournir à l'État copie des documents principaux relatifs au projet, y compris la documentation relative au financement.

---

16. Pierre LE FRANÇOIS, « Le défi des parties prenantes à un partenariat public-privé : concourir à l'intérêt public tel que perçu par le citoyen », communication présentée à l'Institut international des sciences administratives dans le cadre de la troisième conférence spécialisée de l'Institut, Berlin, sept. 2005.

17. Il faut noter au passage que la France a jugé nécessaire de décrire les dispositions essentielles qui devraient faire l'objet du contrat de PPP – Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

18. Voir notamment la version 3, *Standardisation of PFI Contracts*, HM Treasury, Grande-Bretagne.

Dans cet ordre d'idées, le partenaire privé s'engagera à ne pas modifier les documents. Il s'engagera par ailleurs à ce que les parties aux documents exécutent leurs obligations. Le partenaire privé ne pourra s'engager aux termes d'autres conventions qui auraient pour objet d'affecter les documents principaux transmis à l'État.

Plus particulièrement en ce qui concerne les documents relatifs au financement, le partenaire privé ne pourra conclure d'entente avec les prêteurs de manière à augmenter les obligations financières de l'État.

L'État pourra faire des commentaires relativement à la documentation et s'y opposer sur la base de certains paramètres et conformément à une procédure qui sera établie au contrat de PPP.

2. L'État sera en droit d'exiger que des cautionnements de performance soient mis en place notamment aux termes des contrats de conception-construction, le sous-contrat de conception, le contrat d'opération.
3. Le partenaire privé reconnaîtra qu'il n'aura droit à aucune indemnisation ou droit à celle-ci pour tout acte posé par l'État, qu'il soit de nature législative ou autre, sauf de la manière dont en dispose le contrat de PPP dans les clauses traitant du changement de loi.
4. L'État pourra se réserver le droit de développements d'affaires ou des aménagements commerciaux se rapportant à l'infrastructure.
5. En matière de conception et de construction, le partenaire privé sera généralement responsable de ses opérations et devra s'assurer qu'elles puissent rencontrer les objectifs de performance ou *Construction Output Specifications* et autres exigences techniques. L'État cherchera à établir une procédure de certification et de non-objection.
6. L'État obtiendra de la part du partenaire privé des engagements pour effectuer les travaux et débiter les opérations selon un calendrier préétabli. Un délai d'exécution du service ou dans la livraison de l'infrastructure sera susceptible de forcer le paie-

ment de pénalités à l'État, en fonction des circonstances ayant conduit à ce délai. On peut penser par exemple au viaduc de Millau où l'État a exigé du partenaire privé d'établir des stations météo et des postes d'urgence en périphérie du viaduc.

7. L'État conclura des accords avec les banques finançant le projet visant notamment les modalités d'exécution des sûretés en cas de défaut du partenaire privé et la continuité du service.
8. Le contrat devra énoncer, le cas échéant, l'étendue des obligations imposées au partenaire pour assurer (i) l'adaptation au service afin de répondre à la demande effective de ce service, (ii) la continuité du service, (iii) la fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques à tous les usagers.
9. L'État cherchera à s'assurer que le partenaire privé exploitera l'infrastructure ou rendra le service :
  - a) de manière efficace, prudente et conforme aux standards les plus élevés de l'industrie et aux critères de qualité définis par l'État ;
  - b) de manière sécuritaire et respectueuse de l'environnement ;
  - c) de manière telle à ne pas empêcher tout ministère ou organisme public d'exercer sa compétence ou son autorité ;
  - d) conformément aux lois et règlements ;
  - e) conformément aux spécifications techniques claires qui auront été élaborées ;
  - f) et, bien sûr, conformément aux dispositions du contrat de PPP.
10. L'État pourra aussi exiger d'être partie à certains documents relatifs au projet.
11. L'État pourra requérir que le partenaire privé lui fournisse une copie de son modèle financier et tout autre document d'ingénierie financière et accorde à l'État le droit de l'utiliser pour les fins du projet ou des projets qui pourraient lui être périphériques.

12. Le partenaire devra produire périodiquement des rapports et autres informations sur ses activités.
13. L'État pourra requérir du partenaire privé qu'il se conforme à certaines obligations relativement à l'embauche, que ce soit sur une base, par exemple, de communauté ou de géographie.
14. L'État pourra exiger que des changements soient apportés en cours de projet. Des modalités de compensation au partenaire seront à prévoir.
15. L'État obtiendra aussi un droit d'accès sans restriction aux locaux, au site et aux réunions de projet. S'il est constaté un défaut de la part du partenaire privé, l'État pourra, à sa discrétion, augmenter le niveau de sa supervision ; cette augmentation du niveau de supervision pourra se faire d'ailleurs aux frais du partenaire privé.
16. La rémunération du partenaire privé sera calculée sur la base de règles claires et précises et s'appuiera sur le degré de conformité aux critères de performance. Des mécanismes de pénalités et bonification seront mis en place.
17. L'État imposera au partenaire privé l'obligation de maintenir les assurances nécessaires et qu'il aura approuvées. L'État s'assurera aussi qu'il est un bénéficiaire de ces assurances.
18. Le contrat traitera des modalités de transfert des titres du capital du partenaire.
19. Le contrat traitera des cas et modalités de partage de certains avantages économiques, réduction de tarifs, montant forfaitaire, réduction de la rémunération au partenaire ou imputation des sommes à un projet de développement non prévu mais rendu nécessaire.
20. On jugera opportun de prévoir des clauses rendez-vous pour évaluer l'équilibre économique du contrat compte tenu de sa longue durée.
21. En cas de manquement continu et sérieux, l'État pourra temporairement ou de manière permanente assurer l'exploitation de l'infrastructure afin d'assurer la continuité du service.

22. À la fin du contrat ou lors de sa résiliation, l'État obtiendra propriété de toute l'infrastructure et sera le cessionnaire de tous les contrats qui s'y rapportent, selon les modalités prévues au contrat.
23. Dans le cas de résiliation, l'État cherchera à définir une structure de compensation de paiement qui soit raisonnable et juste compte tenu de la valeur résiduelle de l'infrastructure. On verra à l'occasion des procédures de mise aux enchères.

## CONCLUSION

Pour paraphraser le professeur Bernier, le PPP commande pour le juriste de l'État la maîtrise « des valeurs et de la culture du secteur privé en vue de faire primer en tout temps l'intérêt public »<sup>19</sup>.

J'irais même jusqu'à dire que le partenaire privé doit aussi s'astreindre à un exercice du même ordre. En effet, à défaut d'équilibre, l'expérience du PPP peut s'avérer négative, à la fois pour les entreprises privées et dans l'opinion publique, et en fin de compte éphémère.

Il importe donc de miser sur la communauté des intérêts des uns et des autres.

## BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

BERGER-LEVRAULT, *La Gestion déléguée des services publics dans le monde : concession ou BOT*, Paris, Collection Administration Nouvelle, 1997, 287 p.

BERNIER, Pierre, professeur à l'ÉNAP, « Pour l'amorce d'une réflexion éthique appliquée au PPP », Québec, 11 novembre 2004.

CAMERON, Wayne, Victorian Auditor General, « Public Accountability : Effectiveness, Equity, Ethics », *Australian Journal of Public Administration*, 63(4):59-67, December 2004, p. 63.

CANADA, *Loi constitutionnelle de 1982*.

FRANCE, Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

---

19. Pierre BERNIER, professeur à l'ÉNAP, « Pour l'amorce d'une réflexion éthique appliquée au PPP », Québec, 11 novembre 2004.

- GARAND, Patrice, *Droit administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, 1368 p.
- GRANDE-BRETAGNE, *Standardisation of PFI Contracts*, HM Treasury, version 3.
- GUGLIELMI et KOUBI, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000, 581 p.
- LE FRANÇOIS, Pierre, « Le défi des parties prenantes à un partenariat public-privé : concourir à l'intérêt public tel que perçu par le citoyen », communication présentée à l'Institut international des sciences administratives dans le cadre de la troisième conférence spécialisée de l'Institut, Berlin, sept. 2005.
- LEMIEUX, Pierre, « L'article 573 de la *Loi sur les cités et villes* et la notion de « service professionnel » », (1991) 51(3) *R. du B.* 421.
- PIELow, Johann-Christian et Henri COURIVAUD, « Service public en France et Daseinvoerge en Allemagne : convergence des objectifs, diversité de moyens », *Revue juridique de l'entreprise publique, Cahiers juridiques de l'Électricité et du Gaz*, Électricité de France et Gaz de France, Paris, 54<sup>e</sup> année, n<sup>o</sup> 603, novembre 2003.
- QUÉBEC, *Loi accordant à Narcisse-Pierre Massicotte le droit de construire et d'exploiter un pont à péage sur la rivière Batiscan*, 1870, 34 Vict., chapitre 64.
- QUÉBEC, *Loi concernant les partenariats en matière d'infrastructures de transport*, L.R.Q., c. P-9.001.
- QUÉBEC, *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*, L.R.Q., c. A-7.002.
- VALETTE, Jean-Paul, *Le Service public à la française*, Paris, Ellipse, Éditions marketing s.a., 2000, 173 p.
- VINTER, Graham, *Project Finance*, Second Edition, London, Sweet & Maxwell, 1998, 306 p.