



Lettre d'information N°12 - Février 2014

A quoi sert la due diligence en Contrat de Partenariat ?

La due diligence est un concept d'origine anglo-saxonne qui signifie qu'un porteur de projet (société, organisation ou personne physique) doit travailler à se prémunir lui-même contre tout élément risqué ou négatif d'une future opération qui pourrait être préalablement et raisonnablement évité avant la décision de lancement d'un projet.

En droit français, on parlera plutôt d' "obligation de diligence" confiée à un tiers. Elle porte parfois le nom de "diligence raisonnable".

L'équivalent français de l'expression "due diligence" se retrouve aussi en partie dans les définitions de l'audit préalable et de l'obligation de vigilance. L'audit préalable est une "investigation qui implique le recours à des experts, notamment comptables, financiers, juridiques ou fiscaux, dont les conclusions serviront de base à la prise de décision d'un investisseur", tandis que l'obligation de vigilance est un "ensemble de prescriptions légales imposant aux établissements de crédit et à toute personne recueillant des fonds des contrôles visant à identifier leur interlocuteur et l'origine de ses ressources".

La due diligence montre le degré de jugement, de soin, de prudence, de fermeté et d'action auquel on doit s'attendre d'une personne (physique ou morale) raisonnable, dans des circonstances connues et pour un objectif défini. En droit des sociétés, le concept de due diligence peut être schématisé comme l'exigence d'un niveau minimum de prudence dans la prise en compte d'un standard extérieur lors du processus de décision de l'entreprise. Là apparaissent les notions d'évaluation, de comparaison aux meilleures pratiques du marché et de "benchmark".

Enfin, on retrouve le concept de due diligence dans le domaine du droit international de l'environnement, à travers le principe de l'utilisation non dommageable du territoire de l'Etat. Ainsi, lequel a été défini par la Cour Internationale de Justice comme "... l'interdiction de causer un dommage appréciable (qui) s'analyse lors d'une mission de due diligence, obligation de moyens et non de résultats, sur les risques encourus" ... dont la signification n'est pas très éloignée de la vieille notion de "gestion en bon père de famille" du droit civil français.

Ainsi de manière générale, la due diligence est donc un processus visant à introduire une dimension de prudence, à travers la réalisation d'un audit préalable et des contrôles divers, utiles à la prise de décision d'un porteur de projet, vis-à-vis d'acteurs qui lui sont extérieurs. Autrement dit, il ne s'agit rien de plus qu'un devoir élémentaire de précaution. Appliquée aux Contrats de Partenariat, la due diligence est la procédure qui vise à faire un état des lieux rapide mais néanmoins complet d'un projet (aspects financiers, stratégiques, économiques, sociaux, techniques, environnementaux, juridiques et fiscaux...) avant que celui-ci ne soit présenté à un donneur d'ordre et/ou à un associé et/ou un prêteur.

Elle n'est pas imposée par les textes mais par les faits, comme la pratiquent nos voisins britanniques, partis plus tôt que nous sur cette voie atypique de la commande publique qu'est le PPP, en mandatant des "lender's technical advisor" (LTA). Pour le moment assez confidentielle en France, elle ne peut que se développer en parallèle de l'extension des domaines accessibles aux PPP et à l'émergence de nouveaux donneurs d'ordres, tels que les métropoles (traitées dans l'une de nos précédentes lettres d'information).

Le porteur de projet, destinataire de l'analyse, est ainsi encouragé à prendre une décision ("go / no go") à la lumière d'une investigation préalable raisonnablement menée, le caractère raisonnable étant laissé à l'appréciation du tiers mandaté (qui n'est pas un juge) sans que soient nécessairement prédéfinis tous les critères applicables. Ce processus d'investigation doit confirmer la totale compréhension du besoin exprimé par le donneur d'ordres, la future et conforme exécution du projet, assurer son financement, qualifier et quantifier l'ensemble des risques (économiques, financiers, administratifs, urbanistiques, architecturaux, techniques, juridiques & fiscaux), et leurs modes de prise en compte (assurance, délégation, mutualisation, provision, subrogation, pénalisation, etc ...), sans oublier de calculer le coût global d'usage attaché à l'exploitation regroupant la pérennité de l'ouvrage (plan GER), son entretien et sa maintenance, la sécurité de ses futurs utilisateurs et les services qui leur seront rendus, voire le contrat de performance énergétique (CPE).

Le caractère subjectif attaché au concept, déjà remarqué ci-dessus en droit international, se retrouve donc dans le droit des entreprises et celui, tout jeune, appliqué aux contrats de partenariat. On peut naturellement craindre cette subjectivité qui est parfois attachée à la mise en œuvre d'un processus de due diligence, tendant à faire primer la perception extérieure – l'apparence du projet vu du point d'observation de l'auditeur – à la réalité de la situation appréhendée ou connue par le porteur de projet.



S'auto-évaluer est donc un complément indispensable à la due diligence.

Etape critique dans le succès d'un projet, la due diligence doit être la plus opérationnelle possible pour limiter, autant que faire se peut, la part de subjectivité inhérente à tout audit externe.

Elle doit avoir pour objectif d'identifier et de quantifier les risques et opportunités opérationnelles qui pourront impacter la valeur du projet. Elle peut se dérouler en plusieurs étapes successives.

- Dans un premier temps, elle peut permettre au chef de projet d'éditer son offre initiale en adéquation avec le besoin exprimé en obtenant une vision extérieure des risques et opportunités du projet.
- Dans un second temps, la mission permet de vérifier si le chef de projet a corrigé son offre initiale en prenant en compte les préconisations de l'auditeur et les éventuelles demandes du donneur d'ordres.
- Enfin en phase finale, notamment à l'issue d'un dialogue compétitif, elle doit permettre au chef de projet d'ajuster son offre initiale (ou intermédiaire) en obtenant une vision la plus précise possible des leviers opérationnels de création de valeur et de prise en compte des risques ainsi que de leurs impacts sur la performance économique future, et projetée sur toute sa durée, du projet.

Le succès d'une mission de due diligence efficace repose sur trois facteurs clés :

1. Un niveau d'expertise fonctionnelle et sectorielle élevé
Du fait de la durée limitée de ce type de mission, les équipes composées seulement de généralistes ne parviennent pas toujours à percevoir la complexité du projet et aboutissent de ce fait à des conseils simplistes et/ou inapplicables sur le terrain. La bonne approche doit s'appuyer sur une équipe pluridisciplinaire composée d'experts fonctionnels compétents au vu du projet concerné et de consultants senior spécialisés dans les opérations montées en PPP.
2. Un processus d'analyse structuré, ajusté aux délais et répondant aux enjeux de chaque projet
Les missions de due diligence se caractérisent par un délai (souvent très !) court et par un accès limité aux informations. De ce fait, il est nécessaire d'employer une méthodologie efficace pour accéder rapidement aux informations critiques, de gérer en temps réel les priorités du projet et l'allocation des ressources, de disposer de méthodes d'analyse et d'évaluation standardisées et éprouvées basées sur des bases de données compilant les retours d'expérience valides permettant d'assurer la réalisation de benchmarks et la revue des meilleures pratiques, notamment dans la revue des coûts (conception, construction, gestion SPV, exploitation & GER).
3. Une gestion efficace de la relation-Client
La mise en œuvre d'une mission de due diligence met parfois (pour ne dire souvent) en contradiction les leviers de création de valeur identifiés par plusieurs acteurs du projet. Ainsi, les banques peuvent retenir des indicateurs qui sont propres à leur métier de prêteur et qui ne sont pas familiers, voire inexploitable, par le chef de projet côté entreprises. Par la mise en place d'un dialogue permanent, l'équipe chargée de la mission de due diligence doit adopter un niveau d'appropriation élevé en combinant la sensibilité des décideurs, la définition des indicateurs communs et des objectifs adaptés à tous les acteurs du projet, la déclinaison de ses préconisations en plan d'actions détaillés. Puis en phase de réalisation et d'exploitation du projet (si celui-ci abouti), proposer d'assurer la mise en place d'outils de suivi des travaux et de l'exploitation en vue des futurs (mais certains !) audits quinquennaux.

Enfin, le montant des honoraires, donc les moyens en temps, accordé à l'équipe mandatée pour assurer la mission de due diligence doit être dimensionné correctement et supporté par ceux qui ont le plus à y gagner. Les constructeurs, individuellement candidats ou se présentant en groupement, qui portent au départ les projets en PPP ne sont les seuls à profiter des enseignements d'une mission réellement efficace. Leurs partenaires naturels que sont les prêteurs et les mainteneurs ayant autant à y gagner, puisque leur rôle dans le projet est (quasiment) certain d'aller jusqu'au terme du contrat de partenariat, il serait juste et utile qu'ils y contribuent également.

Si cette lettre d'information succincte éveille des attentes ou des questions au sein de votre entreprise ou de votre organisation, DCR Consultants se tient à votre disposition pour accompagner votre réflexion vers ce que le marché attend et ce qui pourrait vous être profitable. Cordiales salutations.

Denis CHAMBRIER
Gérant & Consultant Senior
denis.chambrier@dcr-consultants.fr