UNIVERSITE DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
Faculté de Droit, des Sciences Politiques, Economiques et de Gestion
GREDEG UMR 6227 CNRS

ÉCOLE DOCTORALE
« MARCHÉS ET ORGANISATIONS : DROIT - ECONOMIE – GESTION »

Réglementation et commande publique : Analyses économique et juridique

HABILITATION A DIRIGER DES RECHERCHES
EN SCIENCES ECONOMIQUES

Présentée et soutenue par
Frédéric MARTY

JURY

Monsieur le Professeur Simon DEAKIN
Université de Cambridge, *Rapporteur*
Monsieur le Conseiller d'Etat Bertrand du MARAIS
Professeur associé Université de Paris 10 Nanterre
Monsieur le Professeur Jean-Luc GAFFARD
Université de Nice-Sophia Antipolis, *Directeur de recherche*
Monsieur le Professeur Guy GILBERT
Ecole Normale Supérieure de Cachan, *Rapporteur*
Monsieur le Professeur Robert TELLER
Université de Nice-Sophia Antipolis, *Rapporteur*

25 JANVIER 2007

Le programme de recherche mené se situe à la confluence de l'économie et du droit. Pour reprendre le titre de l'ouvrage de Jean-Jacques Laffont et Jean Tirole de 1993, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, ce programme se déploie selon les deux directions traditionnelles de l'économie publique, à savoir l'analyse économique de la réglementation (*regulation*), d'une part, et l'analyse économique des contrats publics (*procurement*), d'autre part.

Les premiers travaux de recherche se concentrèrent sur deux domaines d'applications. Le volet *regulation* a fait l'objet de travaux sur la réglementation des industries de réseaux en cours de libéralisation. Le volet *procurement* a, quant à lui, été initialement abordé sous l'angle de l'analyse économique des marchés publics. Ces travaux, entamés pour les premiers à l'occasion de la thèse de doctorat et pour les seconds dans le cadre d'un contrat de recherche pour le compte du ministère de la Justice, furent respectivement prolongés par des recherches sur le thème de l'encadrement des aides publiques et sur celui des contrats de partenariats public-privé.

Les directions de recherche actuellement explorées suivent encore ces deux axes mais renforcent les dimensions reliées à l'économie du droit et de la concurrence pour le premier ensemble et s'orientent vers des préoccupations de finances et de comptabilité publique pour le second.

Il s'agit, en effet, pour un premier ensemble de travaux, de s'intéresser aux décisions de la Commission européenne en matière de mise en œuvre des politiques de concurrence, notamment dans le domaine du contrôle des concentrations ou des alliances horizontales entre firmes. Ces travaux conduiront à s'attacher aux critères économiques utilisés par la Commission et aux effets des contrôles de ses décisions par le Tribunal de Première Instance et la Cour de Justice des Communautés européennes. Il conviendra ensuite de confronter les dispositifs institutionnels et les pratiques qui en découlent (via les décisions de la Commission et les arrêts des tribunaux) avec celles en vigueur outre-Atlantique.

Un second ensemble de travaux porte sur les effets de l'encadrement comptable et budgétaire des contrats administratifs, aux premiers rangs desquels les contrats de partenariats public-privé. Il s'agit notamment de s'attacher aux modalités d'enregistrement de ces derniers tant dans les comptes publics au sens de Maastricht (dans le cadre des prescriptions d'Eurostat),

dans la comptabilité patrimoniale de la collectivité publique (dans le cadre des exigences de la Loi Organique relative aux Lois de Finances - Lolf), que dans les comptes sociaux du prestataire privé (dans le cadre de l'application des normes IFRS). Il convient de s'interroger sur l'existence de stratégies de dissimulation de la dépense (et de la dette publique) au travers de tels montages. De telles stratégies de comptabilité publique créative (transfert d'engagements financiers de long terme en hors bilan) peuvent induire deux risques. Ils peuvent tout d'abord conduire à des distorsions dans le choix des instruments contractuels de la part de la collectivité publique (lesquelles viseraient plus à satisfaire des règles budgétaires telles le Pacte de Stabilité et de Croissance qu'une optimisation intertemporelle de la dépense publique). Ils contribuent à dégrader de ce fait la transparence des comptes publics. Ainsi, l'analyse du cadre comptable et financier dans lequel s'inscrivent de tels contrats ouvre sur une problématique des risques sous-jacents pour les finances publiques et sur le contrôle des pratiques de comptabilité créative, que celle-ci soit envisagée du côté de la collectivité publique ou de sa contrepartie privée.

I – Présentation des Travaux : Fondements théoriques et méthodologie

La recherche menée s'inscrit dans une démarche d'économie institutionnaliste du droit. Elle entretient des liens étroits de complémentarité avec les travaux menés dans les mêmes domaines par l'analyse économique du droit et la nouvelle économie publique.

La démarche de l'économie institutionnelle du droit conduit à considérer la réglementation non seulement au niveau de la construction des règles[1] mais aussi à celui de leur mise en œuvre concrète[2]. En matière d'analyse de la réglementation et de la commande publique, ceci mène à s'attacher non seulement aux textes réglementaires et aux contrats types eux-mêmes, mais aussi, et peut être surtout, à l'activité des juridictions impliquées dans la mise en œuvre de la réglementation. Tant pour la réglementation économique que pour les commandes publiques, l'analyse d'un matériau juridique (constitué par l'activité des tribunaux ou par les décisions des autorités de régulation) permet tout à la fois de saisir les règles en action telles

[1] Laffont, J.-J. and Tirole J. (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, Cambridge, Ma.
[2] Kirat T. et Serverin E., (2000), *Le droit dans l'action économique*, éditions du CNRS, Paris.

qu'elles sont mobilisées par les divers intérêts en présence et d'étudier le rôle de la jurisprudence dans la dynamique de la réglementation[3].

Une telle perspective de recherche nous apparaît particulièrement adaptée pour des matières se rattachant au droit économique. Ce dernier peut en effet être saisi comme un droit instrumental. Il est agencé de façon à produire des effets jugés désirables par le législateur. Cette "instrumentalisation" du droit, en vue de conduire le système économique dans une situation jugée souhaitable, conduit à une conception particulière de la réglementation. Elle vise à doter les opérateurs du marché de la capacité d'évaluer leurs intérêts. Ainsi, les visées normatives du droit de la réglementation reposent sur sa mise en œuvre même. Tant la construction de la règle que son exécution doivent participer à l'obtention d'un effet conforme à celui attendu par le législateur. Le contentieux induit par le droit de la concurrence et le droit de la réglementation est une source de production du droit.

Il s'agit de montrer que la compréhension des règles publiques et l'analyse de leur dynamique ne peut se faire sans s'attacher à leurs modalités concrètes d'application. Cette prémisse conduit à l'analyse des textes réglementaires, des avis des autorités de régulation, des contrats et des contentieux. Dans les domaines qui nous intéressent ceux-ci peuvent tenir au règlement de conflits d'intérêts autour de marchés publics ou d'actions auprès des autorités concurrentielles dans des secteurs caractérisés par des cadres réglementaires en cours de construction. En d'autres termes, nous formulons l'hypothèse que les stratégies actives des acteurs économiques autour des règles, notamment par le biais de recours devant les tribunaux, constitue l'une des composantes déterminantes de la dynamique des règles publiques[4].

Ainsi, l'accent mis sur l'analyse d'une dynamique réglementaire en partie fondée sur l'activité judiciaire nous conduit à mobiliser l'économie du droit des pays de *Common Law*[5], des analyses reliées à la théorie économique de tradition autrichienne (en matière d'actions

[3] Marty F., (2002), « Pluralité et dynamique des conventions de réglementation : Une analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur électrique », Thèse de doctorat es sciences économiques, ENS de Cachan, décembre.
[4] Marty F., (2004), « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, n° 4 – 2004, pp. 435-459.
[5] Posner R., (2003), *Economic Analysis of Law*, 6th edition, Aspen Publishers, New York.

stratégiques des acteurs économiques vis-à-vis des règles[6]) et l'institutionnalisme américain. Ce dernier, et plus particulièrement, les travaux de John R. Commons, constitue un point d'appui essentiel pour nos travaux, dans la mesure où il se fonde sur la construction réflexive de la réglementation assurée par les actions en justice des divers intérêts sociaux. Ainsi, cette démarche d'économie institutionnaliste du droit[7], nous conduit à développer une analyse positive de la réglementation publique appuyée sur l'activité des tribunaux. L'analyse positive de la réglementation permet de prendre en compte les stratégies des acteurs économiques vis-à-vis des règles et donc de saisir l'impact de la jurisprudence sur leur dynamique. Il s'agit de saisir le droit en mouvement en considérant tout à la fois sa dynamique interne, mue par le travail législatif, réglementaire et le jeu de la jurisprudence et les impulsions externes à la sphère juridique *stricto sensu* liées à « *l'existence de rapports actifs entretenus par les acteurs aux dispositifs juridiques, dans des activités économiquement finalisées* [8]».

La volonté de s'attacher non pas à la seule évaluation de la cohérence interne des règles de droit ou à celle de leur efficacité économique attendue mais à celle de leur mise en œuvre suppose de s'attacher à leurs conditions concrètes d'application et donc, comme nous l'avons noté *supra* à l'activité des tribunaux et des organes de régulation[9]. En effet, les règles ne sauraient fonctionner comme des algorithmes (imposant des sanctions monétaires données à des comportements définis *ex ante*). Elles demeurent par définition ambiguës et "ouvertes" tant que la jurisprudence n'en a pas garanti une unicité d'interprétation sur laquelle les anticipations des agents peuvent se stabiliser. Il est nécessaire de saisir les règles de droit comme des ressources d'actions dont peuvent se saisir les acteurs économiques pour faire préciser la règle dans le cadre de conflits d'intérêts ou pour bénéficier d' une interprétation favorable de celle-ci. Cette optique, qui pourrait être rapprochée de celle préconisée par Maw

[6] Wisman J., (1985), "Economics, Subjectivism and Public Choice", *Market Process*, (3) 2, autumn, pp.14-15.
[7] Kirat T., (2003), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ.
[8] Kirat T., (2003), *Ibid.* p.12.
[9] Suivant en ceci la démarche présentée par Korobkin, il s'agit de constituer des bases de données juridiques par le codage exhaustif de décisions de justice, afin notamment d'opérer des traitements statistiques. Cette méthode a été notamment utilisée dans le cadre de nos travaux pour les actes du Conseil de la Concurrence relatifs aux industries de réseaux, pour les arrêts du Conseil d'Etat relatifs aux contentieux dans les marchés publics et délégations de service public ainsi que pour les décisions de la Commission Européenne en matière d'autorisations d'aides publiques dans le domaine automobile. De la même façon, l'étude des décisions de justice peut passer par le traitement des textes eux-mêmes par le biais d'un logiciel d'analyse lexicale, permettant de mettre en évidence (au travers d'un dendrogramme et d'une analyse en composantes principales) des classes de vocabulaires homogènes. Cette méthode a été notamment appliquée pour les actes du Conseil de la Concurrence relatifs aux industries de réseaux et pour les avis des Commissions Spécialisées des Marchés.
Korobkin R. (2001). "Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfall", *Research Paper, n° 01-22*, UCLA School of Law.

Weber en sociologie du droit, conduit à sélectionner une entrée par les contentieux traités par les tribunaux[10].

Dans une logique d'inspiration coasienne, un tel choix ne va de soi dans la mesure où le recours aux tribunaux pourrait être considéré comme une décision sous-optimale[11], liée à l'existence de biais informationnels ou d'erreurs d'anticipation des agents économiques[12]. Cependant, le recours aux tribunaux, tant en matière de conflits nés de la libéralisation des industries de réseaux que de contentieux de nature contractuelle, correspond à une réalité statistique irréfutable.

Elle pourrait, dans une certaine mesure, être expliquée dans le cadre de l'analyse économique du droit par l'approche du *droit incomplet*[13]. Dans le cadre de cette approche, les acteurs économiques peuvent faire face à une situation caractérisée par la difficulté de former des anticipations quant aux conséquences de la règle de droit ; difficulté tenant à la nouveauté de la règle, à sa complexité, à son ambiguïté, voire à l'absence ou à l'instabilité de jurisprudence. L'incertitude quant aux conséquences de l'application des règles peut tout à la fois se traduire par des divergences d'anticipations entre les acteurs économiques, par la montée en puissance d'une situation préjudiciable d'insécurité juridique, mais aussi, dans certains cas, par l'ouverture d'opportunités d'actions pour obtenir une précision ou une inflexion de la règle par le jeu de la jurisprudence[14]. Il convient d'ailleurs de noter que dès lors que nous sommes en présence d'un secteur dont la réglementation est en construction, un des moyens de

[10] Serverin E., (2000), *Sociologie du Droit*, Repères – La Découverte, Paris.
[11] Coase R., (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, volume 1, pp.1-60.
[12] Deffains B., (1997) « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue Française d'Economie*, n°3, 1997, pp.57-99.
[13] Dari-Mattiaci G. and Deffains B., (2006), "Uncertainty of Law and the Legal Process", Tinbergen Institute Discussion Paper, TI 2006-071/1, 41p.
[14] Nous retrouvons ici un mécanisme qui pourrait s'assimiler à la logique de recherche d'opportunité de profit à partir des règles publiques, telle que la décrit Kirzner (1978). Celui-ci pourrait à la fois être illustré au travers des saisines du Conseil de la Concurrence par de nouveaux entrants soucieux de faire infléchir la réglementation dans le sens de leurs intérêts (Marty, 2004) et au travers des demandes d'immunités antitrust (ou d'exemptions au titre de l'article 81-3) de la part d'alliances horizontales de compagnies aériennes, soucieuses de bénéficier d'un haut degré de sécurité juridique pour leurs accords (qui pourraient revêtir certaines caractéristiques d'ententes injustifiables), quand bien même ces immunités ne seraient pas indispensables à la mise en œuvre de l'alliance (Marty et Saglietto, 2006).
Kirzner I., (1978), "Government Regulation and the Market Discovery Process", in *Perils of Regulation: a Market Process Approach*. University of Miami, School of law, Coral Gables, FL, section IV, pp.13-19.
Marty F., (2004), « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, n° 4 – 2004, pp. 435-459.
Marty F. et Saglietto L., (2006), Strategic airline alliances: a review of the elements for understanding the competition stakes, 3rd European Network on the Economics of the Firm Meeting, *Regulation and Governance of the Firm*, Sophia-Antipolis, September.

limitation des conséquences d'une telle incomplétude réside en la mise en place d'un régulateur sectoriel, agissant principalement *ex ante*. Le relais pourrait logiquement être pris par les tribunaux, lesquels agissent *ex post*, dès lors que la réglementation – et donc les anticipations – sont stabilisées[15].

La prise en compte de tels phénomènes fait qu'une entrée par l'activité des tribunaux peut s'avérer particulièrement pertinente pour saisir l'application de la réglementation[16]. Par exemple, l'analyse économique des marchés publics peut passer par l'étude du contentieux lié à son exécution traité dans le cas français par le Conseil d'Etat[17] ou par celle du contrôle préalable de ces mêmes marchés, tel qu'il était assuré, avant le Code des Marchés Publics de 2004[18], par les Commissions Spécialisées des Marchés[19].

Au final, l'approche institutionnaliste développée s'inscrit tant pour les volets *regulation* que *procurement* en complémentarité avec les approches "microéconomiques" de l'analyse économique du droit qu'avec celles de la nouvelle économie publique. Vis-à-vis de la première, elle se situe dans une optique *ex post*. Il s'agit d'expliquer les régularités dans les actions juridiques des agents économiques, notamment au travers de la constitution de bases de données jurisprudentielles. Il s'agit donc d'enrichir en retour les travaux menés sur la définition des règles de droit optimales dans une optique incitative. Vis-à-vis de la seconde, il s'agit de ne pas seulement considérer la définition de ce que peut être un contrat optimal, mais de s'attacher à l'efficacité de leur exécution (mesurable par des dérives de coûts et / ou de

[15] Xu C. and Pistor K., (2002), "Law Enforcement under Incomplete Law: Theory and Evidence from Financial Market Regulation", *Discussion* paper, n° TE/02/442, London School of Economics and Social Sciences, December.

[16] L'entrée par l'activité des tribunaux est d'autant plus légitime qu'elle a fait non seulement l'objet d'une attention particulière dans le cadre de l'analyse économique du droit et que le rôle du juge se situe au cœur de l'hypothèse d'efficience de la *Common Law* et donc de l'hypothèse de supériorité du droit anglo-saxon sur les droits codifiés, hypothèse notamment portée par la *New Comparative Economics* (Djankov et alii., 2003) et notamment illustrée par les rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale.
Djankov S., Gleaser E.L., La Porta R., Lopez-de-Silanes F. and Shleifer A., (2003), "The New Comparative Economics", NBER, Working Paper n° 9608, April.

[17] Kirat T., Vidal L. et Marty F., (2005) « Le juge administratif et le risque : Sujétions imprévues et imprévision dans le contentieux du contrat administratif », *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation Française, Paris, août, pp. 213-248.

[18] Code en vigueur jusqu'à sa modification par le décret n° 2006-975 du 1er août 2006.

[19] Kirat T. et Marty F., (2005), « Les logiques économiques du contrôle *a priori* des marchés publics par les commissions spécialisées des marchés », *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation Française, Paris, août, pp. 193-212.

délais), laquelle dépend largement de facteurs "institutionnels" et procéduraux[20] organisant l'encadrement de l'exécution des contrats administratifs[21].

II – Travaux réalisés

II - 1 Economie de la réglementation:

II - 1- 1 Application à la réglementation des industries de réseaux

Les travaux dérivés de la thèse de doctorat : une réflexion sur la construction de la réglementation

Il s'agissait dans le cadre de ces travaux d'analyser la construction progressive de la réglementation au travers de sa propre application sous l'influence des règlements de différents ou de l'activité des autorités de régulation. La perspective, qui pourrait être rapprochée des conventions de l'Etat de Salais et Storper[22] ou des théories de l'incomplétude du droit, repose sur une logique et une démarche d'économie institutionnelle du droit visant à analyser, en situation, la construction d'un droit de nature jurisprudentielle.

La réglementation relative au secteur électrique, à l'instar de celle de l'ensemble des industries de réseaux, a en effet connu une mutation radicale[23]. Le processus de libéralisation, impulsé par la directive européenne de 1996 et amorcé en France par la loi de février 2000, a bouleversé l'ensemble de l'architecture institutionnelle du secteur, avec notamment une ouverture à la concurrence pour les consommateurs domestiques dans le courant 2007.

[20] Kirat T., (2005), « L'économie des dispositifs de l'exécution des contrats administratifs : le cas des marchés industriels de Défense », in Chatel E., Kirat T. et Salais R. (s.d.), *L'action publique et ses dispositifs : Institutions, Economie, Politique*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 417-440.

[21] La prise en compte de cet encadrement suppose de se pencher sur les structures comptables et budgétaires des administrations publiques et leurs liens avec les contrats administratifs. Cette problématique fait d'ailleurs l'objet d'une ACI dont nous assurons conjointement la direction avec Yuri Biondi (CNAM) et Thierry Kirat (CNRS-IRISES Université de Paris Dauphine).

[22] Salais R. et Storper M., (1993), *Les mondes de production ; enquête sur l'identité économique de la France*, éditions de l'EHESS, Paris, 467p.

[23] du Marais B., (2004), *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, Paris.

L'objet de ce travail de thèse a été d'étudier la nature et les ressorts de cette dynamique de changement de réglementation. Ce travail s'est appuyé sur la notion de convention de réglementation. Celle-ci doit se concevoir comme un *pattern of predictions* quant aux finalités, au périmètre et aux modalités de l'action de l'Etat en matière réglementaire[24]. Elle permet de traduire l'influence des théories économiques dans la formation des attentes, des perceptions et des anticipations des agents quant à la réglementation. La convention de réglementation structure les attentes et sert de point d'appui aux actions des agents économiques[25]. L'analyse des débats théoriques, ainsi que l'étude historique des expériences françaises et étrangères ont permis de dégager une pluralité d'approches et de pratiques de réglementation de l'électricité, dont la thèse a présenté la dynamique[26]. Les basculements

[24] Deux publications issues de la thèse ont été consacrées aux déterminants des évolutions de la réglementation du secteur électrique :
Marty F., (2003), « Conventions de réglementation et configurations productives et institutionnelles des marchés : application au secteur électrique », *Cahiers Lillois d'Economie et de Sociologie*, CLES, L'Harmattan, n° 41-42, pp.231-249.
Marty F., (2005), « Dynamique technique et réglementation du service public de l'électricité », dans Bouget D. et Karsenty S. (dir.), *Regards croisés sur le lien social*, L'Harmattan, Paris, pp.275-291.

[25] La notion de convention de réglementation a été développée dans le cadre d'une contribution dérivée de la thèse :
Marty F., (2006), « La libéralisation du secteur électrique : Une approche en terme de dynamique conventionnelle », *in* Eymard-Duvernay F. (s.d.), *L'économie des conventions, méthodes et résultats*, tome II : *Développements*, Paris, La Découverte, avril, 480p.

[26] Les quatre conventions étaient organisées selon le croisement de deux dimensions. La première correspond à la place reconnue à l'action publique en matière économique. Selon la conception de l'intérêt général adoptée, l'Etat peut légitimement porter des objectifs économiques, ou doit, à l'inverse, essayer de s'effacer devant les intérêts particuliers. La seconde dimension repose sur la théorie de la connaissance utilisée. S'il est possible de se doter d'une fonction de bien-être à maximiser, le cadre institutionnel sera construit en surplomb, en vue de l'atteinte de cet optimum social. La logique est alors la même, qu'il s'agisse d'assurer le primat de l'action publique ou des mécanismes de marchés. A l'inverse, s'il est impossible d'exprimer celle-ci, la construction des institutions ne peut être que réflexive et ne peut s'obtenir que par un mécanisme de subsidiarité, assuré par le jeu de la jurisprudence.
La première convention de réglementation a été baptisée *convention de service public*. Elle tire ses racines tant des théories que des actions de J.R. Commons aux Etats-Unis (ayant initié le premier modèle américain de régulation des *utilities* que de Léon Duguit en France (lequel a contribué à fonder la théorie juridique du service public à la française)).
Ce schéma réglementaire s'est peu à peu érodé durant l'entre-deux-guerres, sous les coups de butoir d'une intervention étatique, portée à la fois par les circonstances et la théorie de l'optimum social de Maurice Allais (logique de la théorie du bien être). Dans ce cadre, une intervention publique directe, basée sur le calcul économique, permettait de corriger les défaillances de marché ou du moins d'obtenir un optimum de second rang (logique du monopole public agissant dans un secteur à rendements croissants mais astreint à une règle d'équilibre budgétaire).
Cette convention de réglementation, baptisée *convention de réglementation extérieure* (du fait du caractère en surplomb de la correction des défaillances de marché), fit l'objet d'une contestation assise sur la mise en cause de la permanence des caractéristiques de monopole naturel, sur la possibilité d'organisation de la *disputabilité* du marché via des mécanismes d'*unbundling* (permettant l'accès des tiers au réseau i.e. à l'infrastructure essentielle) et sur les qualités du schéma incitatif induit par la propriété publique. Il s'ensuivit une *convention de règlementation absente* (i.e. dont l'objectif est de s'absenter au profit des mécanismes concurrentiels). Une telle convention ne signifie pas l'absence de toute réglementation à l'issue de la phase de libéralisation. Elle désigne, au contraire, une intervention étatique réglementaire des plus actives visant à rendre inutile, à terme, une régulation spécialisée.

conventionnels ont été étudié à la fois au travers de l'histoire des faits économiques et de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur électrique entre 1996 et 2002. Les analyses qualitatives et quantitatives de cette jurisprudence ont été complétées d'une étude étendue à l'ensemble des services publics. Il s'agissait de s'interroger sur une éventuelle spécificité de l'électricité vis-à-vis des autres services publics et de tracer des perspectives d'évolution du secteur dans l'ensemble du processus actuel de libéralisation[27]. En effet, l'étude de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence permet de préciser les modalités du basculement conventionnel. Le choix de l'analyse des actes du Conseil se fonde sur la place centrale que nous accordons aux processus de construction, de précision, d'activation et d'application des textes législatifs et réglementaires par la jurisprudence. Celle-ci est issue des actions des agents économiques devant les tribunaux en charge du droit de la concurrence et les autorités administratives indépendantes. Une base de données a été constituée par le codage de l'ensemble des avis, décisions et mesures conservatoires publiées par le Conseil de la Concurrence entre 1996 et le 1er janvier 2002. Des analyses qualitatives et quantitatives (statistique descriptive, analyse en composantes principales) ont été mobilisées tant pour l'électricité que pour l'ensemble des services publics. L'analyse sur l'ensemble des services publics permet de tester la robustesse des conclusions tirées sur l'échantillon électrique et de situer l'électricité dans la dynamique de l'ensemble des services publics. L'analyse lexicale (au moyen du logiciel Alceste) a été appliquée à l'ensemble des textes des actes du Conseil, afin de dégager des classes homogènes de vocabulaire. Elle permet de faire ressortir les argumentaires économiques des actes du Conseil[28].

L'objectif final d'une telle réglementation est donc de se rendre progressivement inutile en construisant des marchés de plus en plus concurrentiels qui pourront être régis *ex post* par le seul droit de la concurrence. Une telle *convention de réglementation autrichienne* (en ce sens que la régulation spécialisée disparaîtrait au profit du seul contrôle par le juge du respect des règles de juste conduite) peut dans une certaine mesure faire écho aux travaux sur le besoin d'une régulation sectorielle intervenant *ex ante* dans le cadre d'une situation d'incomplétude du droit. Il n'en demeure pas moins que la mise en évidence du *besoin de réglementation* (pour reprendre l'expression de Deakin et Pratten (1999), lié au caractère non anticipable des stratégies des acteurs face à la règle rend un tel basculement pour une grande partie illusoire.

Deakin S. and Pratten S., (1999), "Reinventing the Market? Competition and Regulatory Change in Broadcasting", *Journal of Law and Society,* volume 26, n° 3, September, pp.323-350.

[27] Ce travail, dans sa forme étendue à l'ensemble des services publics de réseaux, a fait l'objet d'une publication dans la *Revue Internationale de Droit Economique*

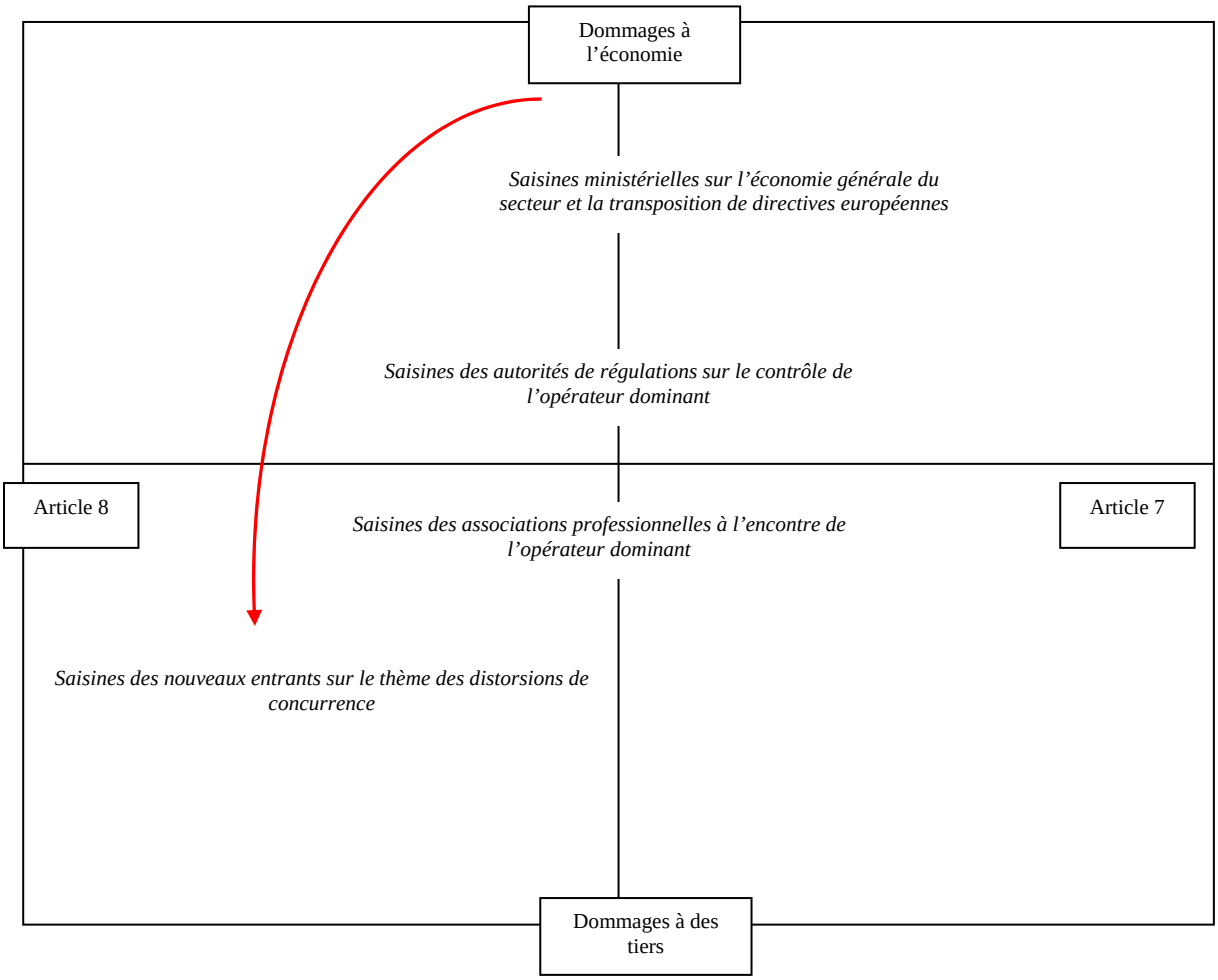
Marty F., (2004), « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, n° 4 – 2004, pp. 435-459.

[28] Ce travail a fait l'objet d'une publication, pour un périmètre concernant l'ensemble des industries de réseaux.

Marty F., (2005), « La jurisprudence concurrentielle relative aux services publics : Les enseignements de l'analyse lexicale », *in* Chatel E., Kirat T. et Salais R. (s.d.), *L'action publique et ses dispositifs : Institutions, Economie, Politique*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 317- 345.

Plusieurs conclusions issues des travaux de thèse peuvent être mises en exergue.

L'activité du Conseil permet de dégager une dynamique du basculement conventionnel, scandée par une succession de saisines consultatives puis contentieuses. Aux saisines de l'administration relatives à des dommages à l'économie, succèdent les saisines des autorités de régulation et des associations professionnelles portant soit sur les dispositifs réglementaires encadrant le secteur, soit sur les dommages à l'ensemble des firmes concurrentielles de celui-ci. La dernière phase de la dynamique du changement conventionnel est portée par les saisines des concurrents des opérateurs historiques. La réglementation est alors complétée par le jeu de la jurisprudence à partir de dénonciation de dommages causés à des tiers. *In fine*, le processus de basculement conventionnel peut donc se résumer par le schéma reproduit *infra*. Ce dernier, construit à partir d'une analyse statistique des actes du Conseil de la Concurrence en matière d'industries de réseaux est structuré selon deux axes. Le premier (en abscisses) est fondé sur l'opposition entre des griefs formulés sur la base de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 (actuel article L 420-1 du Code de Commerce) et ceux fondés sur l'article 8 (actuel article L 420-2). En d'autres termes, l'axe est structuré par la mise en cause soit d'une entente anticoncurrentielle, soit d'un abus de position dominante. Le second axe (ordonnées) est quant à lui construit par l'opposition entre l'invocation de dommages à des tiers (détournement d'une partie du surplus) et celle de dommages à l'économie (perte sèche de surplus).


Dommages à l'économie
Saisines ministérielles sur l'économie générale du secteur et la transposition de directives européennes
Saisines des autorités de régulations sur le contrôle de l'opérateur dominant
Article 8
Saisines des associations professionnelles à l'encontre de l'opérateur dominant
Article 7
Saisines des nouveaux entrants sur le thème des distorsions de concurrence
Dommages à des tiers

Il apparaît que la dynamique mise en évidence peut se rapprocher du phénomène de libéralisation "automatique", mis en évidence par E. Cohen à partir des législations et juridictions communautaires[29]. En effet, la Commission et la Cour de Justice délibèrent, à l'instar du Conseil de la Concurrence français, sur la seule dimension concurrentielle. Les approfondissements jurisprudentiels de la libéralisation du cadre réglementaire s'appuient sur la mobilisation de textes généraux régissant le droit européen de la concurrence. Le caractère général des textes favorise les saisines contentieuses. Celles-ci sont soumises à des juridictions jouissant de pouvoirs exorbitants du droit commun et ne jugeant qu'en fonction du seul droit de la concurrence. Les saisines contentieuses sont donc à la source d'un « expansionnisme de la norme juridique[30] », reposant sur des articles généraux et flous du Traité de Rome. L'activité juridique constitue une source bien plus redoutable que l'activité législative elle-même en matière de libéralisation. Celle-ci est d'autant plus facilitée que les textes négociés par les représentants des Etats s'en tiennent à des considérations générales et ne posent aucun principe d'organisation explicite des services publics. Chaque imprécision, loin de laisser des degrés de liberté aux Etats, offre des marges de manœuvre aux actions en justice des divers intérêts constitués pour s'assurer, via la sédimentation jurisprudentielle, une libéralisation sans cesse plus complète des secteurs en question. Au final, le caractère trop général des textes crée des opportunités d'accélération de la libéralisation des services publics par le seul jeu des saisines des juridictions concurrentielles. Comme l'écrit E. Cohen, « *ce mécanisme juridique est extraordinairement puissant cas il se nourrit de sa logique interne, des principes de l'économie de marché, de l'initiative décentralisée des agents économiques, voire même de la politique masquée des gouvernements nationaux. Il constitue une*

[29] Cohen E., (1995), « L'Europe entre marché et puissance. Le cas des politiques de l'industrie. Spécialisation, technologie, concurrence, commerce extérieur », *in* Mény Y., Muller P. et Quermonne J.-L., *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Paris, 352p, pp.183-202.
[30] Cohen E., (1995), *Ibid*.

fantastique excroissance à partir de quelques articles du traité de Rome qui étaient tombés en désuétude[31] ».

Articles dans des revues à comité de lecture

« Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, n° 4 – 2004, pp. 435-459.

« Conventions de réglementation et configurations productives et institutionnelles des marchés : application au secteur électrique », *Cahiers Lillois d'Economie et de Sociologie*, CLES, L'Harmattan, n° 41-42, pp.231-249, 2003.

Articles dans des ouvrages collectifs

« La libéralisation du secteur électrique : Une approche en terme de dynamique conventionnelle », *in* Eymard-Duvernay F. (s.d.), *L'économie des conventions, méthodes et résultats*, tome II : *Développements*, Paris, La Découverte, avril 2006, 480p.

« La jurisprudence concurrentielle relative aux services publics : Les enseignements de l'analyse lexicale », *in* Chatel E., Kirat T. et Salais R. (s.d.), *L'action publique et ses dispositifs : Institutions, Economie, Politique*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 317- 345.

« Dynamique technique et réglementation du service public de l'électricité », dans Bouget D. et Karsenty S. (dir.), *Regards croisés sur le lien social*, L'Harmattan, Paris, pp.275-291, 2005.

Extension des travaux depuis la thèse sur les thèmes de l'économie de la réglementation et du cas particulier du secteur électrique.

Les travaux menés sur la réglementation des industries de réseaux, et plus spécifiquement le secteur électrique, ont été prolongés selon deux axes. Le premier tient à une généralisation de la démarche d'économie institutionnelle du droit à l'encadrement des marchés publics, plus particulièrement de Défense et du secteur du Bâtiment Génie Civil. Ce travail mené en collaboration avec Thierry Kirat va faire l'objet d'une publication à paraître dans *Economie et Prévision*. Le second axe de travail porte sur la stabilité des marchés de l'électricité libéralisés, tant en matière de prix (qu'il s'agisse de prix de l'électricité sur le marché ou des prix d'achat d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables) que d'investissements des firmes.

[31] Cohen E., (1995), *Ibid*., p.189.

Lecture économico-juridique de la mise en œuvre de la réglementation

L'article rédigé avec Thierry Kirat part du constat que les approches économiques normatives de l'action publique, qu'elles se préoccupent de la justification et des limites de l'intervention étatique ou de la définition de modèles régulatoires ou contractuels optimaux, ne permettent pas de saisir l'ensemble des dimensions reliées aux règles publiques, notamment dans le domaine de leur mise en œuvre[32].

Deux questions sont alors à étudier en complémentarité avec l'approche issue de la nouvelle économie publique. La première est celle de l'impact de l'architecture institutionnelle (notamment les tribunaux et les autorités de régulations). La seconde est celle de leur mise en œuvre, sous l'effet des actions de l'administration, des entreprises, des tribunaux, des régulateurs spécialisés. L'hypothèse formulée dans l'article est que le sens des règles n'est pas entièrement contenu dans leur formulation initiale. Il convient donc de ne pas les envisager comme de simples commandements dans la mesure où elles ne prennent définitivement leur sens que lorsque des textes ou des circulaires d'application ont été élaborés, ou que les juges en aient fixé une interprétation lors de décisions relatives à des différends ponctuels. De ce fait, l'analyse des règles passe d'une part par l'étude de leur dynamique de construction et de précision progressive au travers de l'action des organes de régulation et des tribunaux et d'autre part par la considération de leurs conditions de mise en œuvre. Au travers des cas de la réglementation du secteur électrique et des marchés publics, il est mis en évidence le fait que la réglementation ne procède pas exclusivement d'une construction optimale *ex ante* et que l'encadrement des marchés publics est principalement forgé par la jurisprudence administrative, laquelle s'appuie en grande partie sur les clauses contractuelles. L'analyse de la mise en œuvre de la réglementation procède d'une démarche sur d'économie institutionnelle du droit. Celle-ci suppose, notamment, que les comportements économiques sont orientés par les règles dans la mesure où celles-ci leur ouvrent des capacités d'actions juridiques. Dans cette perspective, les décisions des tribunaux ou des juridictions spécialisées permettent de trancher les conflits entre les intérêts et les préférences des agents économiques et initient, de ce fait, une dynamique de construction continue des règles au travers des actions

[32] Kirat T. et Marty F., « La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économico-juridique du secteur électrique et des marchés publics », *Economie et Prévision*, à paraître.

en justice, observables pour le cas des marchés publics au travers de l'activité du Conseil d'Etat.

La première conclusion porte sur l'impact de l'activité des organes de régulation sur la construction progressive de la réglementation. Par exemple, les pouvoirs quasi-juridictionnels des autorités administratives indépendantes permettent, au travers d'un processus de tâtonnement réglementaire, mû par le règlement des conflits d'intérêts entre les différentes parties prenantes à la réglementation, de préciser voire d'infléchir les textes législatifs et réglementaires. La seconde conclusion réside dans le fait que la mise en œuvre des règles ne se réduit pas à une simple opération d'application de dispositifs juridiques prescrivant des conduites ou des normes de manière univoque. Elle doit être éclairée par la pratique administrative et le comportement des parties intéressées (notamment des entreprises) devant les tribunaux ou les autorités de régulation. Dans le secteur électrique, les réformes réglementaires menées depuis une dizaine d'années donnent lieu à des processus de construction de nouveaux dispositifs, dans lesquels les actions menées devant les autorités en charge de la concurrence sont d'une grande importance. Ainsi, apparaît l'hypothèse d'une « course de relais » dans le processus du basculement réglementaire, mise en évidence pour le secteur électrique. Pour ce qui est des marchés publics, l'observation de la mise en œuvre des règles du Code implique de ne pas s'en tenir à ce dernier et de prendre en considération les textes techniques, souvent de faible valeur normative du point de vue juridique, ainsi que la jurisprudence administrative. En dehors des marchés de la défense pour lesquels la régulation des surcoûts passe par d'autres canaux, le traitement d'éventuels événements non prévus dans le cadre de l'exécution des contrats passe par le contentieux administratif. Celui-ci s'appuie sur le standard jurisprudentiel du "bouleversement de l'économie du contrat", considéré au cas par cas, mais aussi sur les clauses contractuelles.

Prolongement des travaux sur le secteur électrique

Les travaux menés dans le prolongement de la thèse dans le domaine électrique se concentrent sur la question des signaux de prix offerts aux acteurs du marché. Ceux-ci permettent-ils de former des anticipations à même de garantir un niveau d'investissement socialement efficace pour garantir un niveau adéquat de sécurité d'approvisionnement et une composition optimale

du parc de production pour conjuguer celle-ci avec la minimisation du coût de l'approvisionnement ?

A ce titre, deux ensembles de travaux ont été menés. Les premiers interrogent la capacité des marchés de l'électricité à générer spontanément des signaux de prix optimaux[33]. Les seconds portent sur les effets des politiques publiques visant à soutenir la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables au moyen de tarifs d'achat garantis dans un contexte d'asymétrie informationnelle[34].

Signaux de prix, investissements et sécurité d'approvisionnement dans des marchés électriques libéralisés

L'un des principaux enjeux qui se posent tant en matière de sécurité technique, que de viabilité économique ou d'acceptabilité sociale des marchés de l'électricité libéralisés réside en la capacité de ces derniers à satisfaire la demande dans des conditions de prix raisonnables. Un tel enjeu peut être appréhendé selon deux dimensions. La première tient à des variables de court terme. Elles sont liées au pilotage du réseau électrique, à son efficacité propre et à l'éventualité de manipulations des cours par les acteurs du marché. La seconde correspond à des variables de long terme. Elle tient à l'adéquation du parc productif avec la demande. Il s'agit alors de la question de l'optimalité des signaux de prix fournis par les marchés de l'électricité en matière d'incitations à l'investissement[35]. Si les marchés de l'électricité étaient pleinement efficients, les investisseurs seraient en mesure de former des anticipations parfaites sur les *cash-flows* attendus. Ils pourraient alors sécuriser ces derniers au travers de contrats à terme dont les échéances seraient calées sur les délais d'amortissement financier des nouvelles infrastructures. De la même façon, un caractère subsidiaire du marché *spot* vis-à-vis des contrats bilatéraux à long terme limiterait d'autant les conséquences d'éventuels exercices de pouvoirs de marché.

---

[33] Amendola M., Gaffard J.-L and Marty F., (2004), « Prices, Costs and Investment: Why Sticky Prices are Necessary. An Illustration with the Case of Regulated-Deregulated Industries», 10th Schumpeter Society international conference, Milan, June.
Marty F., (2004), « Déséquilibres et défaillances des marchés électriques : La libéralisation est-elle coupable ? », *L'Economie Politique*, n° 24, 4ème trimestre 2004, pp.43-58.

[34] Marty F., (2006), « L'obligation d'achat d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables : une défaillance de la réglementation ? », *in* Revet T., (s.d.), *Annales de la Régulation*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome IX, volume 1, Université de Paris 1, Paris, avril 2006, pp. 605-623.

[35] Bouttes J.-P., (2004), "Some Remarks on Market Design and Competition in Electricity", *Competition and Coordination in the Electricity Industry*, IDEI-CEPR, Toulouse, January.

Cependant, les marchés de l'électricité présentent de nombreuses particularités, lesquelles sont à la source d'une forte volatilité des cours. Ce faisant, ils sont susceptibles de décourager les investissements. La première de ces particularités tient à l'inélasticité de la demande aux prix. Une facturation en temps réel étant encore techniquement problématique et apparaissant comme socialement peu acceptable[36], il est difficile de responsabiliser la demande au moment de la pointe. Ainsi, les cours sont susceptibles de connaître des variations extrêmes. La seconde particularité tient aux risques associés aux investissements dans des capacités de pointe. Ces dernières ne seront potentiellement appelées que durant quelques heures dans l'année. La rentabilité de l'investissement dépend des seules espérances de *cash-flows* liés à ces épisodes de tension extrême sur les capacités productives. Comme il n'existe pas encore de contrats à terme permettant suffisamment de sécuriser les débouchés de ces unités sur l'ensemble de leur durée d'exploitation, les investisseurs peuvent reculer devant le risque.

Non seulement la volatilité peut accroître le risque des nouveaux investissements, mais elle est susceptible de brouiller encore plus les signaux de prix. En effet, les investisseurs peuvent difficilement faire la part des choses entre les deux origines possibles d'une valorisation extrême des cours, à savoir l'existence de rentes de rareté, indispensables pour couvrir les coûts fixes des installations marginales, et l'exercice de pouvoir de marché. L'investisseur risque tout d'abord de se méprendre sur la réalité des rentes de rareté (annonciatrices de *cash-flows* futurs). Il risque ensuite de considérer que les valorisations des prix pourraient être de nature à susciter des accusations de manipulations des cours. Ces dernières peuvent être à l'origine d'interventions brutales du régulateur, notamment sous forme de plafonnement des prix. Celles-ci peuvent être des plus préjudiciables pour l'amortissement des investissements, dans la mesure où elles contribuent à annihiler les rentes en question, pourtant indispensables à l'amortissement des capacités de pointe.

Ainsi, il ressort de ces travaux, en cours, sur l'instabilité des marchés électriques, la mise en évidence des conséquences d'une volatilité des prix intrinsèque aux caractéristiques physiques mêmes du bien économique « électricité ». De tels phénomènes de marché, en grande partie spontanés (i.e. qui ne sont pas obligatoirement liés à des manœuvres anticoncurrentielles des firmes), nécessitent une intervention publique (ou un *design* de marché permettant de faire

[36] Borenstein S. and Holland S.P., (2003), "Investment Efficiency in Competitive Electricity Markets with and without Time Varying Prices", Center for the Study of Energy Markets, Working Paper 106R.

émerger des signaux de prix stables sur le moyen terme) de façon à sécuriser les anticipations des firmes pour conduire à un niveau et à une structure d'investissement socialement optimaux.

Choix d'investissements dans le cadre d'incitations publiques en faveur des énergies renouvelables

Afin de réaliser les objectifs publics en termes de production d'électricité à partir d'énergie renouvelables, les pouvoirs publics ont privilégié la solution d'une fixation de tarifs d'achat. Dans un contexte d'asymétrie informationnelle très marquée, cette solution peut poser problème. En effet, il est possible de s'interroger si elle est à même de participer à la limitation des deux dérives qui caractérisent les marchés de l'électricité libéralisés, à savoir la montée des prix et les interrogations sur la sécurité d'approvisionnement. Notre hypothèse défendue dans un article publié dans les *Annales de la Régulation*[37] tient à un risque de création d'une rente excessive au profit des producteurs d'électricité à partir d'énergies renouvelables, du fait d'une surestimation du tarif d'achat. Celle-ci peut s'avérer préjudiciable en ce sens qu'elle accélère la montée des prix de l'électricité (via son financement par la contribution au service public de l'électricité) et qu'elle n'offre pas dans le même temps un accroissement de la sécurité d'approvisionnement. En effet, un tel effet d'aubaine crée une distorsion dans les choix d'investissement des firmes et risque de favoriser des investissements dont le niveau de production ne saurait être garanti du fait de leur dépendance vis-à-vis des conditions climatiques. Ainsi, le risque principal du mécanisme du tarif d'achat garanti tient au fait qu'il risque de susciter une structure de parc de production qui ne pourra répondre efficacement aux objectifs généraux de la réglementation du secteur électrique lesquels demeurent la raisonnabilité des tarifs et la sécurité de l'approvisionnement.

Articles dans des revues avec comité de lecture

« La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économico-juridique du secteur électrique et des marchés publics » avec Thierry Kirat, *Economie et Prévision*, à paraître.

Articles dans des revues sans comité de lecture

[37] Marty F., (2006), « L'obligation d'achat d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables : une défaillance de la réglementation ? », *in* Revet T., (s.d.), *Annales de la Régulation*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome IX, volume 1, Université de Paris 1, Paris, avril 2006, pp. 605-623.

« Déséquilibres et défaillances des marchés électriques : La libéralisation est-elle coupable ? », *L'Economie Politique*, n° 24, 4ème trimestre 2004, pp.43-58.

Articles dans des ouvrages collectifs

« L'obligation d'achat d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables : une défaillance de la réglementation ? », *in* Revet T., (s.d.), *Annales de la Régulation*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome IX, volume 1, Université de Paris 1, Paris, avril 2006, pp. 605-623.

Communications

10th *Schumpeter Society* international conference, « Prices, Costs and Investment : Why Sticky Prices are Necessary. An Illustration with the Case of Regulated-Deregulated Industries», with Mario Amendola and Jean-Luc Gaffard, Milan, June 2004.

II – 1 -2 Economie du Droit et Economie de la concurrence: une application aux aides d'Etat

Cette thématique de recherche, liée aux travaux sur l'économie de la réglementation, se situe à la confluence des problématiques des politiques industrielles, régionales et de la concurrence. Elle conduit à mettre en perspective les conciliations et les compromis qui peuvent exister entre ces différentes politiques publiques. Elle permet aussi de développer des réflexions sur la promotion de la concurrence libre et non faussée face au risque de concurrence fiscale et de politiques de développement de l'attractivité des territoires voire de promotion de champions nationaux.

La méthode suivie reprend toujours la démarche de l'économie institutionnelle du droit et repose donc sur un travail sur base jurisprudentielle. Un premier travail a été mené à partir du contentieux devant les tribunaux administratifs et les juridictions européennes quant aux aides publiques versées par les collectivités pour favoriser les implantations de firmes sur des infrastructures publiques existantes. Un second travail s'est fondé sur la constitution d'une base de données exhaustive quant aux décisions de la Commission face aux notifications d'aides publiques au profit de l'industrie automobile.

Un premier article s'attache aux conventions nouées entre certains aéroports régionaux et des compagnies aériennes *low cost*, visant à susciter, pérenniser ou augmenter des dessertes. Les contentieux juridiques noués autour de la possible lecture de telles conventions en termes d'aides publiques posent le problème de la compatibilité des politiques publiques locales visant à promouvoir l'attractivité des territoires avec la législation communautaire. De telles

aides doivent être envisagées non seulement sous l'angle de leur légalité mais aussi de leur opportunité économique. Elles sont susceptibles d'introduire des distorsions de concurrence entre les compagnies aériennes mais aussi entre les aéroports régionaux. En effet, dans l'obligation d'assurer des dessertes participant à des missions de service public, de garantir une utilisation minimale aux infrastructures aéroportuaires et de veiller au développement local, les collectivités publiques peuvent être placées dans une situation de dépendance économique vis-à-vis des compagnies[38], dépendance susceptible de conduire à des dynamiques de concurrence fiscale[39].

Un second travail a porté sur l'impact de l'encadrement européen des aides publiques sur les décisions de localisation des constructeurs automobiles. Il s'est notamment agit de s'attacher aux stratégies des firmes face à d'éventuelles délocalisations vers des régions européennes présentant des avantages de coûts, au premier rang desquelles les pays d'Europe Centrale et Orientale, ainsi qu'aux stratégies de soutien mises en œuvre par les Etats pour prévenir de tels risques. Ce travail a aussi permis de s'attacher à la fois à l'impact de l'encadrement communautaire des aides publiques sur les décisions de localisation des firmes automobiles, mais aussi à la politique industrielle implicite qui se dégage de la mise en œuvre de cet encadrement par la Commission Européenne. En effet, la définition mais surtout la mise en œuvre des politiques de concurrence ne sauraient être, selon nous, tenues pour neutres ou indépendantes vis-à-vis d'options de politique industrielle[40].

Une base de données regroupant les décisions de la Commission en matière d'aides publiques destinées aux constructeurs automobile entre 1985 et 2003 a été construite. Il s'agit, à nouveau, d'analyser au travers de l'étude statistique d'un corpus de décisions, les conditions concrètes de mise en œuvre de la réglementation. L'analyse des décisions a permis à la fois de saisir les évolutions de la position de la Commission en matière de contrôle des aides

[38] Les différentes réductions de taxes, les ristournes exigées sur les frais aéroportuaires, le financement par l'aéroport de certains frais occasionnés par les dessertes, ainsi que la participation financière à des campagnes promotionnelles communes pourraient être rapprochées des pratiques connues dans la grande distribution et plus spécifiquement des phénomènes de marges arrières.

[39] Marty F., (2005), « Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence : Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes», *La Revue de l'OFCE*, numéro spécial *Attractivité, Délocalisations et Concurrence Fiscale*, n° 94, Juillet, pp. 97- 125.

[40] Une telle évaluation apparaît comme d'autant plus indispensable que deux inflexions se dessinent dans les politiques de la Commission. Tout d'abord, l'encadrement européen des aides publiques va connaître une évolution significative dans les prochaines années ; évolution annoncée par le *Plan d'action* de juin 2005. Ensuite, la Commission semble devoir renouer avec une certaine politique industrielle sur la base de politiques horizontales visant à renforcer la compétitivité de l'industrie européenne dans le cadre de la Stratégie de Lisbonne.

publiques, mais aussi, en filigrane, la dynamique de l'industrie automobile européenne au travers des décisions relatives aux implantations des sites de production. Ce travail montre de quelle façon le paramètre « aide publique » est saisi par les constructeurs automobiles[41], notamment dans un contexte d'implantations vers les régions méridionales de l'Union Européenne (années quatre-vingt) ou vers les pays de l'Est (années quatre-vingt-dix et deux mille).

Articles dans des revues avec comité de lecture

« Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence : Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes», *La Revue de l'OFCE*, numéro spécial *Attractivité, Délocalisations et Concurrence Fiscale*, n° 94, Juillet 2005, pp. 97- 125.

Articles dans des revues sans comité de lecture

« Choix de localisation des firmes automobiles et aides publiques : Une analyse des décisions de la Commission européenne relative aux aides publiques en faveur des constructeurs», avec Edouard Barreiro et Patrice Reis, *Annales de la Faculté de Droit, Economie et Administration de l'Université de Metz*, à paraître.

II – 2 Economie de la commande publique

II – 2 - 1 Economie des marchés publics

Selon la même méthode que celle suivie en matière de réglementation du secteur électrique, il s'agit dans le cadre de cet axe de recherche d'analyser l'efficacité des contrats administratifs au travers de la question de la maîtrise des risques, en passant par une analyse quantitative du contentieux lié aux contrats ou de l'activité des commissions en charge du contrôle de ceux-ci. A ce titre, nous nous sommes penchés sur les arrêts du Conseil d'Etat et les avis des Commissions Spécialisées des Marchés dans le cadre d'une étude réalisée pour le compte de la Mission "Droit et Justice" du ministère de la Justice, laquelle a fait l'objet d'une

[41] Notons qu'à l'instar des paramètres fiscaux, les aides publiques ne pèsent que marginalement dans les décisions de localisation des firmes, notamment face aux coûts salariaux. Cependant, de tels paramètres peuvent s'avérer déterminants dans le cadre d'arbitrages entre des localisations relativement substituables les unes aux autres. Dès lors, les aides publiques peuvent devenir un outil permettant de compenser les surcoûts liés au maintien de capacité ou à l'investissement dans un site exposé à la concurrence de régions à bas salaires.

publication à La Documentation Française[42] et de la publication d'un article dans la *Revue Internationale de Droit Economique* sur les apports de l'analyse économique dans la gestion des risques dans les contrats des collectivités publiques.

La recherche menée a visé à saisir le fonctionnement économique des dispositifs juridiques afférant à l'exécution des marchés publics et des délégations de service public. Elle s'est déroulée en croisant des compétences disciplinaires (en droit administratif et en économie du droit) autour d'analyses empiriques, en vue de comprendre la manière dont le jeu de la réglementation, des avis des organes de contrôle *a priori* des marchés, et de la jurisprudence administrative, organisent la répartition des risques liés à l'exécution du contrat administratif. L'ensemble de ce programme de recherche s'est axé sur une étude de l'exécution du contrat administratif fondée sur l'analyse de données empiriques quant aux conditions de passation, de mise en œuvre et de gestion des aléas d'exécution des contrats .

La perspective économique adoptée dans la recherche a davantage participé d'une démarche positive d'économie institutionnelle du droit que d'une approche microéconomique à visée normative. Il est apparu que l'approche institutionnelle pouvait apporter un angle d'analyse complémentaire permettant d'approfondir la compréhension de l'économie des dispositifs juridiques et leurs effets sur la répartition des risques.

En effet, l'achat public est saisi par la micro-économie à partir du cadre de référence de la théorie des incitations, ramenant la question de l'achat public à une relation de type principal agent. L'acheteur public est, en effet, en situation d'asymétrie d'information vis-à-vis des offreurs. D'une part, il ne peut que difficilement déterminer *ex ante* leur type. La firme est-elle ou n'est-elle pas efficace ? Il s'agit d'un problème d'anti-sélection. D'autre part, une fois le contrat signé, l'acheteur ne peut que difficilement observer si la firme met en œuvre les efforts nécessaires pour réduire ses coûts. La question de l'aléa moral se pose ici. Les marchés publics se caractérisent aussi par la présence d'un *leader de Stackelberg*, fixant les règles du jeu, en la personne de l'acheteur (dont le poids économique fait de lui plus qu'un simple preneur de prix) et par des offreurs théoriquement en situation d'indépendance stratégique.

[42] Kirat T. (s.d.), (2005), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation Française, Paris, août.

Il apparaît que les différentes règles de passation ouvertes par le Code des Marchés Publics peuvent avoir des efficacités diverses selon des paramètres tels la nature de l'équipement faisant l'objet de la transaction, le degré d'asymétrie d'information ou la diversité des offreurs. Comme le notent Mougeot et Naegelen[43], les procédures concurrentielles trouvent leur pleine validité dans des situations caractérisées par une structure de marché concurrentielle (un principal et *n* agents) et par des préférences de l'acheteur faisant l'objet d'une connaissance commune. A l'inverse, dès lors que l'acheteur ne s'avère pas en mesure de fixer *ex ante* les spécifications précises de l'équipement susceptible de satisfaire ses besoins et que le marché se rapproche d'un monopole bilatéral (un principal et un agent), une procédure négociée peut s'avérer préférable. La prise en compte des caractéristiques concrètes des marchés atteste de la nécessité de confronter ces approches normatives de l'achat public avec les études positives de la mise en œuvre des marchés[44]. De la même façon, il convient de garder présent à l'esprit que les mécanismes de contrats incitatifs ou d'enchères optimales construits par la micro-économie des marchés publics reposent sur des hypothèses strictes quant aux conditions de concurrence ou d'aversions relatives des agents vis-à-vis du risque[45].

Il convient par ailleurs de mettre en exergue la principale limite de cette approche en matière de compréhension des conditions concrètes d'exécution des marchés publics. L'analyse micro-économique se focalise sur la question du contrat optimal et n'aborde que plus marginalement les problématiques liées à l'exécution du contrat. Dans cet esprit, la problématique du marché public tend à se réduire à l'ingénierie contractuelle nécessaire à sa passation. Les mécanismes d'acquisition optimale étant fournis par les prescriptions du modèle, la question du déroulement du contrat lui-même n'occupe pas une place équivalente à celle qu'elle a dans la pratique. Les modèles normatifs souffrent dans une certaine mesure de leur polarisation sur la seule étape du contrat d'acquisition *stricto sensu*. Or, le contrat administratif porte souvent sur des équipements complexes ou sur des flux de prestations évolutives et étalées sur une longue période de temps. Ce faisant, l'achat public est quasiment

[43] Mougeot M. et Naegelen F., (1988), « Analyse micro-économique du code des marchés publics », *Revue Economique*, n° 4, juillet, pp. 725-752.

[44] Nous faisons nôtre la position exprimée par Caroline Montalcino de la DGCCRF dans le rapport du Conseil d'Analyse Economique consacré à l'utilisation des mécanismes d'enchères par les acteurs publics : « *L'analyse du sujet ne peut se faire indépendamment de l'examen de la situation concrète dans laquelle les procédures de commande publique, actes de la gestion publique, s'inscrivent dans l'économie réelle* ».
Montalcino C., (2001), « Concurrence et commande publique », *in* Cohen E. Et Mougeot M., *Enchères et Gestion Publique*, Rapport du CAE, La Documentation Française, Paris, 281p.

[45] « *Il est vain de mettre en place des mécanismes élaborés de commande publique ou d'enchères dès lors que les mécanismes de marché ne jouent pas librement* ».
Montalcino C., (2001), *Ibid.*

ramené au seul référent de l'acquisition de titres financiers sur un marché *spot*. Souvent axés sur des produits standards définissables *ex ante*, les approches normatives ont tendance à privilégier une analyse de type statique. Or, les contrats administratifs, à l'inverse des marchés de titres financiers, se caractérisent par l'étalement dans le temps de l'exécution de la prestation elle-même, comme nous le verrons avec les contrats de partenariats public-privé.

Il n'en demeure pas moins que la micro-économie des contrats permet de rendre compte des stratégies idéal-typiques que les acheteurs publics sont susceptibles de mettre en œuvre pour chacune des situations de marché. En effet, la micro-économie des marchés publics permet de dégager des prescriptions en termes d'utilisation d'outils contractuels pour les principales configurations de marché dans lesquelles se déploie l'achat public et pour différents types d'actifs faisant l'objet des transactions.

Trois situations peuvent être mises en évidence. Lorsque les caractéristiques de l'actif sont définies *ex ante* et que les offreurs sont en situation de concurrence, des mécanismes d'acquisition « concurrentiels », tels l'adjudication ou l'appel d'offres (pour reprendre les catégories de l'ancien code) sont optimales. Lorsque le marché est concurrentiel, mais que l'acheteur s'avère dans l'incapacité de fixer les spécifications techniques de l'actif, il apparaît qu'un certain degré de négociation peut être introduit, dans le cadre de procédures concurrentielles[46], pour discuter du couple (prix, qualité) susceptible de satisfaire ses besoins. Enfin, dans des situations dans lesquelles il est impossible de fixer les spécifications précises des actifs *ex ante*, dans lesquelles la structure de marché est hautement oligopolistique ou se rapproche d'un monopole bilatéral ou dans lesquelles des transactions sont enchaînées (jeu répété), un marché négocié peut avoir sa validité.

Notre propos était donc de nous inscrire en complémentarité avec de telles approches normatives définissant les règles de contractualisation optimales, en nous attachant à l'étude empirique des modalités de gestion des risques dans les contrats publics. Plutôt que d'adopter une définition *a priori* de la notion de risque, nous nous sommes appuyés sur les catégories qui émergent de la pratique des contrats administratifs, relevant de marchés publics ou de

[46] Nous retrouvons ici le concept de *dialogue compétitif* porté par les projets de directives européennes relatives aux marchés publics. Celui-ci est particulièrement indiqué, comme en atteste le recours à ce dernier de façon plus seulement dérogatoire en matière de partenariats public-privé, dans le cadre desquels l'acheteur public se borne à exprimer un besoin en termes de missions, laissant aux offreurs le soin de définir la solution technique la mieux à même de le satisfaire.

délégations de service public. Il s'agissait en effet moins d'évaluer l'efficacité de la gestion des risques en regard à un référent optimal extérieur que de saisir la façon dont les juridictions se saisissent de la notion dans le cadre de l'encadrement des contrats administratifs (marchés et délégations de service public). Afin de concentrer notre analyse sur la gestion des risques dans le cadre de l'exécution des contrats, nous avons privilégié les étapes postérieures à sa passation, en intégrant une dimension de durée dans l'analyse. Cette option nous a néanmoins conduits à ne pas négliger d'observer l'activité des Commissions Spécialisées des Marchés, lesquelles intervenaient, jusqu'en 2004, non seulement antérieurement à la passation des marchés mais aussi sur des projets en voie d'achèvement.

La jurisprudence administrative, le cas échéant sur une longue durée, les versions successives des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, et les avis motivés et les avis rendus dans des procédures de consultation préalable par deux commissions spécialisées des marchés furent utilisés comme principaux matériaux de cette recherche. Les outils utilisés furent tout d'abord des *méthodes qualitatives*, sous la forme d'analyse de la réglementation des marchés et délégations, de la jurisprudence, ainsi que des dispositions des C.C.A.G.-Travaux relatives à la variation de la masse des travaux et aux travaux supplémentaires. Ces méthodes qualitatives sont fondées sur une grille interprétative des textes et de la jurisprudence sous l'angle de la mise en scène de la régulation de l'exécution altérée des marchés et de délégations sous le prisme de l'équilibre financier du contrat. Il s'agit ensuite de *méthodes quantitatives*, sous la forme d'analyses statistiques lexicales des avis de deux commissions spécialisées des marchés, et d'analyses factorielles visant à mettre en évidence les variables actives de la régulation par le Conseil d'Etat des contrats litigieux, basés sur un argument d'imprévision ou de sujétion imprévue.

Nous avons directement participé à trois des cinq chapitres constitutifs de l'ouvrage.

Le premier de celui-ci, écrit avec Thierry Kirat, est consacré à un examen critique des analyses économiques de la répartition des risques dans les contrats. Son objectif est de tester les prolongements possibles des apports de l'analyse économique, qu'elle se rattache à la perspective de *Law and Economics* des contrats ou à celle de la nouvelle économie publique. Il apparaît qu'une approche positive de la question du contrat suppose de situer l'objet étudié dans son contexte juridique. A l'inverse, les analyses en termes d'incitations, d'incomplétude,

et de contrats relationnels disqualifient a priori le formalisme juridique. Il s'agit de placer l'observation de l'économie du contrat sous le prisme des situations d'action que le contexte juridique du contrat administratif organise, et qui touche au comportement des titulaires, aux logiques et aux catégories d'analyse et d'évaluation des marchés et délégations litigieux par les tribunaux administratifs.

Un deuxième chapitre, rédigé avec Thierry Kirat, s'attache à l'analyse de l'activité des commissions spécialisées des marchés, chargées, jusqu'en 2004, de procéder à un contrôle *a priori* des projets de marché dont la transmission était obligatoire. Le chapitre étudie les logiques d'évaluation des projets de marchés, à l'œuvre au sein de la commission "Bâtiment et génie civil" et de la commission "Aéronautique, mécanique et armement". A travers une étude des avis rendus par ces commissions au cours de l'année 2002 (avis motivés et consultations préalables), l'effet structurant des logiques d'évaluation que produit le cadre réglementaire de la passation des projets de marchés est mis en évidence. Les marchés passés dans le cadre d'appels d'offres avec mise en concurrence orientent l'évaluation vers l'étude de la régularité des procédures, alors que les marchés négociés, avec ou sans mise en concurrence, orientent l'évaluation vers l'équilibre du contrat et l'anticipation de l'efficacité des clauses contractuelles relatives aux prix, aux pénalités, aux incitations.

Enfin, un chapitre rédigé avec Thierry Kirat et Laurent Vidal porte sur le contentieux de l'exécution des marchés et délégations. Il est consacré à une étude empirique des arrêts du Conseil d'Etat rendus dans des affaires comportant au moins un moyen tiré de la théorie de l'imprévision ou des sujétions imprévues, depuis 1964. Le corpus réuni, soit 81 arrêts de la Haute juridiction, a fait l'objet d'une analyse statistique, réalisée au terme d'un travail de codage des données contenues dans le texte des arrêts, et orienté vers l'observation des sources de l'exécution altérée, des difficultés économiques avancées par les cocontractants de l'Etat, des solutions données par les juridictions administratives inférieures, puis par le Conseil d'Etat. Ce chapitre met en évidence la position restrictive du Conseil d'Etat vis-à-vis des conditions d'admission des demandes de compensation des effets d'évènements non anticipés, qu'elles soient fondées sur l'invocation de situations d'imprévision ou de sujétions imprévues. L'étude montre également l'absence de liens univoque entre les faits matériels invoqués par les requérants et les solutions données par le Conseil. Elle débouche également sur la conclusion selon laquelle, au cours de la période couverte, il n'est pas manifeste que le Conseil d'Etat s'attache à cataloguer les risques en tant que tels. En définitive, la pratique

décisionnelle de la Haute Juridiction est structurée par les obligations de prévision des aléas qu'elle fait peser sur les cocontractants de l'Etat, et par le standard du bouleversement de l'économie du contrat.

Il apparaît notamment que les sources économiques de difficultés d'exécution sont nettement distinctes pour les affaires en imprévision et les conflits en sujétions imprévues : les hausses de prix dominent les premières, les dépenses supplémentaires marquent les deuxièmes. De la même façon, les contentieux placés sur le registre de l'imprévision sont étroitement corrélés à une appréciation restrictive par le Conseil d'Etat du bouleversement de l'économie du contrat, ainsi qu'à une appréciation négative des prétentions à compensation des conséquences du choc inflationniste qui a suivi la crise pétrolière de 1973, compte tenu d'un contrôle attentif de la date à laquelle ce choc devait entrer dans les calculs des entrepreneurs. Enfin, les contentieux placés sur le registre des sujétions imprévues font apparaître une construction plus étoffée de leur appréciation par le Conseil d'Etat, notamment par des références aux dispositions contractuelles relatives aux délais, aux pénalités de retard, et aux anticipations formées sur le risque de sol.

Ce programme de recherche a par ailleurs donné lieu à la publication d'un article avec Thierry Kirat et Laurent Vidal sur le thème d'une mise en perspective des approches juridiques et économiques des risques dans les contrats administratifs[47]. L'article montre qu'une telle confrontation suppose de surmonter l'obstacle de la difficile communication entre la théorie économique du risque, de nature normative, et la sphère juridique, qui relève de pratiques administratives, réglementaires et jurisprudentielles indépendantes de l'analyse économique. Il apparaît alors inévitable que les règles juridiques n'incorporent pas réellement une théorie économique de l'allocation des risques. Cela n'empêche pas le droit positif du contrat administratif de définir une grammaire de la répartition des risques, placés au cœur d'un faisceau de règles qui, regroupées et mises en relation, dessinent le paysage de leur allocation. Ceci passe par les cahiers des clauses administratives, la jurisprudence administrative sur le contentieux du contrat (imprévision et sujétions imprévues) et les commissions spécialisées des marchés. Il n'existe pas alors dans un tel cadre de possibilités de s'appuyer sur des solutions *ex ante* garantissant une répartition des risques d'exécution. Cependant, le contrat, la

[47] Kirat T., Marty F. et Vidal L., (2005), « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », avec Thierry Kirat et Laurent Vidal, *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XIX, n° 3 – 2005, pp. 291-318.

jurisprudence et la pratique administratives peuvent assurer une allocation aussi peu imparfaite que possible des risques d'exécution.

Les travaux sur l'analyse économique de l'exécution des contrats administratifs et les procédures de gestion des risques sont actuellement poursuivis dans le cadre d'un nouveau contrat de recherche pour le compte de la mission Droit et Justice, sous la direction de Thierry Kirat (CNRS – Université de Paris Dauphine) et Laurent Vidal (Université de Paris 1). Il s'agit de se livrer à une étude exploratoire des conditions d'évaluation économique comparative du droit du contrat public et de l'équilibre économique du contrat. Dans une approche comparative, il s'agit d'évaluer les conditions de contrôle de l'exécution des contrats administratifs et de préservation des conditions de leur équilibre économique. L'analyse porte sur cinq pays : l'Allemagne, l'Espagne, les États-Unis, la France et le Royaume-Uni. Ce travail s'ancre dans le débat sur la concurrence des systèmes juridiques (au travers de leur impact sur l'attractivité et sur la croissance), initié par le courant de la *New Comparative Economics* et porté par les travaux de la Banque Mondiale. Il s'agit de s'interroger sur les efficacités respectives de différents systèmes juridiques nationaux en termes d'exécution des contrats publics et de préservation (ou d'ajustement) de l'équilibre économique de ces derniers en cas de survenance d'évènements non anticipés.

La recherche vise notamment à développer une évaluation économique comparée de l'impact des instruments juridiques destinés à assurer la mise en œuvre de l'équilibre économique du contrat sur les modalités de financement privé des infrastructures publiques réalisées en partenariats public-privé. Il est possible de se saisir de la question en termes microéconomiques ou macroéconomiques. En termes microéconomiques, l'objet de l'évaluation porte sur la pertinence des dispositifs juridiques dans leur dimension de contrôle des comportements et des performances des cocontractants. Il s'agit alors de s'interroger, notamment, sur les effets empiriques des instruments juridiques de régulation de l'exécution du contrat public en termes de correction des asymétries informationnelles, d'effets d'aléa moral – c'est-à-dire d'opportunisme dans la phase d'exécution du contrat – et autres phénomènes théorisés dans le champ de la théorie microéconomique. En termes macroéconomiques, l'objet de l'évaluation porte sur les conséquences des dispositifs juridiques sur des variables telles que le taux de croissance de l'économie, l'emploi, l'investissement productif ou d'autres variables macroéconomiques. C'est dans cette

perspective que se situent les évaluations réalisées par la Banque Mondiale dans son programme *Doing Business*, ainsi que celles mises en œuvre par les spécialistes de la *New Comparative Economics*[48]. Mais cette évaluation peut aussi être considérée dans la relation inverse, qui s'attache à l'impact des contraintes macro-économiques (Pacte de Stabilité par exemple) sur l'architecture des contrats ; on s'interroge (en lien avec les travaux menés dans le cadre du réseau de recherche Matrice) sur les liens qu'entretiennent les règles de comptabilisation budgétaires et les clauses contractuelles, qu'il s'agisse des avenants au contrat, de sa renégociation, des clauses dites de « *rendez-vous* » ou encore des risques de requalification.

La recherche porte par ailleurs sur le développement et l'extension des analyses de la notion jurisprudentielle française d'« *équilibre économique du contrat* » et la comparaison de ses effets avec ceux qui découlent de la mise en œuvre de notions similaires dans les systèmes juridiques de *common law* et l'appréciation des effets des instruments juridiques utilisés sur la concurrence et les conditions du contentieux. Ces deux dimensions sont, bien entendu, inséparables du débat autour de la concurrence des systèmes juridiques[49].

Articles dans des revues à comité de lecture

« Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », avec Thierry Kirat et Laurent Vidal, *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XIX, n° 3 – 2005, pp. 291-318.

Articles dans des ouvrages collectifs

« L'économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs: Les problématiques économiques », avec Thierry Kirat, *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public,* La Documentation Française, Paris, août, pp. 25-56, 2005.

« Les logiques économiques du contrôle *a priori* des marchés publics par les commissions spécialisées des marchés », avec Thierry Kirat, *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public,* La Documentation Française, Paris, août, pp. 193-212, 2005.

« Le juge administratif et le risque : Sujétions imprévues et imprévision dans le contentieux du contrat administratif », avec Thierry Kirat et Laurent Vidal, *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public,* La Documentation Française, Paris, août, pp. 213-248, 2005.

[48] Schleifer A., Glaeser E., La Porta R., Lopez de Silanes F. and Djankov S., (2003), The New Comparative Economics, Working Paper n° 3054, Harvard Institute of Economic Research, July.
[49] Deakin S., (2006), "Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe ?", Centre for Business Research, University of Cambridge, WP n° 323, March, 24p.

II – 2 - 2 Economie des contrats de partenariat

Dans sa définition la plus large, le terme de partenariat public-privé couvre toutes les formes d'association du secteur public et du secteur privé destinées à mettre en œuvre des prestations participant pour tout ou partie d'un service public. Ces relations s'inscrivent dans le cadre de contrats de long terme. Elles se distinguent ainsi des privatisations et de la sous-traitance. Les investissements (infrastructures, matériel, immeuble, logiciels…) nécessaires à la fourniture du service sont financés pour tout ou partie par le prestataire privé. Le paiement, assuré par les usagers ou par une collectivité publique, permet de couvrir l'amortissement de ces investissements et leur exploitation. Au-delà de cette définition très générale le terme de partenariat public-privé est de plus en plus utilisé pour désigner une nouvelle forme de contrats publics née au Royaume-Uni et transposée depuis lors par de nombreux pays. Reprenant des techniques de financement de projet venues du secteur privé, elle se distingue de formes plus anciennes de partenariat – notamment les délégations de service public françaises – sur deux points principaux. Tout d'abord, elle vise à réaliser un partage optimisé des risques. Celui-ci doit permettre d'allouer les responsabilités à la partie qui sera à même de les assumer le plus efficacement. Ensuite, elle ouvre la possibilité d'avoir comme client principal du service fourni une collectivité publique et de ne plus être ainsi tenue à tirer une part essentielle de ses ressources des paiements directs des usagers.

Ces nouveaux partenariats public-privé s'inscrivent dans le cadre des principes du "nouveau management public", initiés dans les pays anglo-saxons et diffusés par les organisations financières internationales. Cette nouvelle approche de la gestion publique est née dans le contexte des difficultés budgétaires qui frappent les collectivités publiques des pays industrialisés depuis les années soixante-dix et de la perte progressive de la légitimité accordée aux gestionnaires publics en matière de gestion efficace des ressources. Les recommandations qui en découlent résident notamment dans la réduction du périmètre des activités réalisées en régie (« le gouvernement est le barreur et non pas le rameur »), dans une gestion et un contrôle centrés sur les résultats et non plus sur les ressources consommées et enfin dans la mise en place d'une organisation comptable fondée sur le modèle du privé.

Ainsi, le développement de l'approche partenariale fait-il écho à la montée en puissance de l'exigence de transparence et de responsabilité, désignée en anglais par le concept d'*accountability*. Dans un contexte de raréfaction des ressources publiques, conséquentes à l'accroissement important des déficits et de la dette, l'évaluation du bien fondé de l'action publique dépend de ses résultats. Ainsi, les logiques d'évaluation publique et privée se rapprochent, ouvrant la voie à la logique portée par les partenariats public-privé (PPP). Les nouveaux PPP ont connu une expansion considérable dans les pays développés, mais aussi dans les pays en développement. Ce succès est dû à la fois à la réduction des investissements publics consécutive aux restrictions budgétaires et à une approche renouvelée de la gestion publique, cherchant à bénéficier des capacités de financement et d'innovation du secteur privé.

Initiateur du recours à de tels contrats, le gouvernement du Royaume-Uni a signé 665 contrats de PPP entre 1987 et avril 2005, suscitant un investissement privé de 62 milliards d'Euros. Si l'on en suit l'expérience britannique, les domaines couverts par les PPP sont extrêmement variés. Les infrastructures de transport représentent une part importante de ces contrats, concernant aussi bien les lignes ferroviaires que les transports urbains et les installations portuaires. Viennent ensuite les services aux collectivités (gestion de l'eau et des déchets), les hôpitaux et les établissements d'enseignement. Dans les domaines d'activité régalienne de l'Etat, le recours aux contrats de partenariat public-privé concerne les établissements pénitentiaires et une partie des activités de Défense.

Les travaux sur les partenariats public-privé, qui ont donné lieu à publication d'un ouvrage de synthèse[50], s'inscrivent dans la logique des travaux portant sur les contrats administratifs traditionnels (marchés et délégations). Les travaux menés, au-delà de l'analyse du phénomène, de ses perspectives de développement dans le cas français[51], de son interprétation quant à ses conséquences en termes de conception de l'action publique[52], de sa de la mise en

[50] Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2006), *Les partenariats public-privé*, La Découverte, collection Repères, n° 441, Paris, 122p, mai.

[51] Marty F. et Voisin A., (2006), « Le Contrat de partenariat est-il un contrat administratif interstitiel ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariats à l'aune de l'expérience britannique », *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 2006-2, *à paraître.*

[52] Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2003), « Les partenariats public-privé : Démission ou retour de la Puissance Publique ? », *La Lettre du Management Public*, n° 45, mai-juin.
Notons, pour faire écho aux conventions de l'Etat utilisées dans le cadre des travaux sur la réglementation du secteur électrique que le recours aux PPP, s'il veut être efficace, doit moins s'ancrer dans une convention de l'Etat absent (i.e. une substitution du privé au public) que dans ce que Salais et Storper (1993) désignaient comme une convention de l'Etat subsidiaire. En d'autres termes, la collectivité publique doit garder les capacités

évidence de son originalité vis-à-vis des contrats administratifs traditionnels[53] et des pratiques « standard » de sous-traitance et d'externalisation[54] (lesquelles rejoignent les travaux d'économie industrielle sur les décisions d'intégration ou de dé-intégration verticale), peuvent se répartir au sein de trois thématiques. La première a trait à l'analyse économique des contrats de partenariats. Il s'agit de déterminer quels sont les déterminants de la décision publique de s'engager dans un tel contrat de long terme[55]. La deuxième traite des conditions nécessaires à la mise en œuvre d'un arbitrage entre fourniture de la prestation en régie et recours à un contractant privé. Nous avons alors montré qu'un tel choix passe par des méthodes de comparaisons des coûts public-privé, supposant de référentiels comptables comparables, et la mise en œuvre de méthodes d'évaluation des risques liés à chacune des deux options[56]. Un troisième axe de recherche s'attache plus spécifiquement aux montages financiers développés pour les partenariats public-privés britanniques (les contrats de *Private Finance Initiative* – PFI). S'appuyant sur un retour d'expérience de plus de quinze ans, il est possible d'en tirer des enseignements quant aux modalités de gestion des aléas d'exécution[57], que ceux-ci soient positifs (gains non anticipés liés aux opérations de refinancement) ou négatifs (activation des clauses de pénalisation financière en cas de sous performance), mais aussi quant à l'évaluation des risques liés aux montages eux-mêmes, que ces derniers tiennent à la nature intrinsèque des actifs et des services concernés ou à la structuration financière de l'opération elle-même[58].

---

humaines, techniques et financières suffisantes pour limiter autant que faire se peut l'avantage informationnel que ne manquera pas d'acquérir son prestataire et de conserver sa capacité à définir ses besoins, évaluer les offres qui lui sont faites et se substituer transitoirement à ce dernier en cas de défaillance.

[53] Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2003), « Le "chaînon manquant" des contrats publics : Les partenariats public-privé entre marchés publics et délégation de service public », *Pouvoirs Locaux – Les Cahiers de la Décentralisation*, n° 59- IV, décembre.

[54] Marty F. et Voisin A., (2004), « L'externalisation : Les enseignements des expériences étrangères », in *Le Management au ministère de la Défense*, Centre de Formation au Management du Ministère de la Défense, Editions d'Organisation, Paris.

[55] Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2005), « The Financial Determinants of Government Commitment in Public-Private Partnerships », *International Journal of Public Policy*, volume 1, n° 1-2, pp. 41-57.

[56] Trosa S., Marty F. et Voisin A., (2004), « La construction des méthodes de comparaison de coût public-privé. Les enseignements des expériences étrangères », *Politiques et Management Public*, volume 22, n° 3, septembre, pp. 43-61.

[57] Marty F. et Voisin A., (2005), « Les contrats de partenariats public-privé dans le domaine pénitentiaire : L'expérience britannique », *Politiques et Management Public*, volume 23, n° 2, juin, pp. 21-42.

[58] Marty F. et Voisin A., (2006), « L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : La montée des risques », avec Arnaud Voisin, Revue Française de Finances Publiques, n° 94, mai, pp.107-120.

Les déterminants du recours aux contrats de partenariat

Le recours à de tels contrats n'est pas exempt de risques. Ils peuvent tout d'abord être détournés pour lancer des investissements que les finances publiques ne peuvent prendre en charge. Ils risquent aussi d'induire, dans certaines conditions, un dévoiement progressif du service public. Le premier risque se traduirait par un report indu du financement des investissements publics sur les générations futures, qui n'en bénéficieront pas ou peu. Le second risque mettrait en cause le service public, dont la nécessaire adaptabilité se verrait au mieux réduite par la conclusion de contrats à long terme avec un tiers, si ce n'est assurée au moindre coût par une firme privée, motivée par la seule maximisation de sa marge d'exploitation.

La décision publique de recourir aux contrats de partenariat peut s'analyser selon deux axes distincts selon que l'on considère de façon privilégiée les dimensions budgétaires ou les dimensions de gestion contractuelle des risques.

Les déterminants budgétaires

En matière de finances publiques, le recours au partenariat public-privé vise souvent à répondre à une contrainte de triple nature. Il s'agit tout à la fois de réaliser des investissements publics dans un contexte budgétaire contraint, de bénéficier des savoir-faire et capacités des firmes privées et enfin de s'assurer d'une répartition optimale des risques entre entité publique et prestataire privé.

La contrainte budgétaire résulte de l'accroissement de la dette et des déficits publics. Elle aboutit souvent à des arbitrages défavorables à l'investissement. En effet, les dépenses courantes, qui représentent la grande masse des dépenses publiques, sont beaucoup plus difficiles à réduire que les dépenses en capital. Ces dernières ont une moindre sensibilité politique et leurs conséquences ne sont visibles qu'à long terme. Au sein de l'investissement public même, la réduction des budgets se traduit par une priorité aux investissements nouveaux, au détriment de l'entretien des infrastructures existantes. Recourir à des montages partenariaux peut ainsi être analysé sous l'angle d'une sanctuarisation des budgets d'investissements. Cependant, une seconde approche considère que les partenariats visent

principalement à réduire (ou plus vraisemblablement à maîtriser) les coûts induits par l'achat publics.

Les partenariats public-privé comme assurance contre les dépassements de coûts

La réduction des coûts, difficile à évaluer, peut être appréhendée soit comme une économie budgétaire soit, de manière plus dynamique, comme une garantie contre les dépassements de coûts.

Souvent mise en avant, la réduction des coûts est un argument à nuancer au vu du retour d'expérience britannique. Les évaluations de la cour des comptes britannique (*National Audit Office*) montre que tous domaines confondus les gains sont souvent bien plus modérés, s'établissant en règle générale autour de 10 %. D'une part, les économies réalisées dans le cadre d'un partenariat sont d'autant plus fortes que le service public était mal géré, ce qui ne saurait être le cas général. D'autre part, le recours à une solution privée présente un coût additionnel, celui du financement intermédié, réalisé par un opérateur privé. Par convention, le coût des fonds publics est égal au coût des emprunts publics[59]. Or, la prime de risque demandée par les prêteurs – banques ou marchés de capitaux — à une entreprise est plus élevée que celle appliquée à un emprunt public émis par un État solvable.

L'intérêt principal des PPP réside surtout dans la gestion des risques, bien plus que dans la seule économie de coût statique. Un éventuel surcoût de l'option privée peut même être analysé en termes de prime d'assurance contre d'éventuelles dérives des coûts dans le cadre de l'exécution des contrats[60]. En fait, les partenariats ne sont réellement efficaces que lorsqu'ils organisent un partage des risques entre entités publiques et privées bien plus qu'un simple transfert au privé, lequel ne manquerait alors pas d'exiger une prime de risque. Par exemple, le risque de construction pourra être mieux assumé par l'opérateur privé que par

[59] Le coût du financement public n'intègre pas le coût d'opportunité des fonds publics, c'est-à-dire l'impact des prélèvements obligatoires et de la dette sur l'investissement privé et l'activité économique en général. En d'autres termes, prélever 1 euro d'impôts se traduit par une perte de bien-être pour le consommateur de (1 + x) euro, avec x représentant le coût marginal des fonds publics. Il conviendrait donc de ne pas investir 1 euro dans un projet public qui ne créerait pas (1 + x) euro de richesse. Dans le calcul économique public en France, le coût d'opportunité a été fixé à 20 %.
Lebègue D. (2005), « Le prix du temps et la décision publique », Commissariat général du Plan/La Documentation française, Paris, février.

[60] Marty F., Trosa S. and Voisin A., (2005), « The Financial Determinants of Government Commitment in Public-Private Partnerships », *International Journal of Public Policy*, volume 1, n° 1-2, pp. 41-57.

l'État, le premier ayant une meilleure connaissance technique de son projet. En revanche, le risque de durcissement de la législation sur l'environnement, qui peut avoir des conséquences financières sur la construction, revient à l'État. La répartition des risques permet de limiter les probabilités de dépassement de coûts et de délais, lesquels constituent des dérives endémiques pour les marchés de l'État[61].

Dans le cadre d'une acquisition classique, l'acteur public est exposé à trois risques de surcoûts. Les deux premiers concernent l'évaluation des coûts d'acquisition. Il s'agit d'une part de la dérive des coûts par rapport aux estimations et d'autre part du coût financier lié aux retards pris dans le programme. Le dernier facteur de surcoût concerne une éventuelle dérive des coûts d'exploitation par rapport aux prévisions initiales. À l'inverse, dans le cadre d'un PPP, l'acheteur public ne supporte aucun coût dans la phase de construction de l'infrastructure. Le consortium privé doit non seulement absorber d'éventuels surcoûts vis-à-vis de son devis, mais ne peut, en outre, aspirer à recevoir un paiement tant que l'équipement n'est pas en exploitation[62]. Ce faisant, la structure contractuelle lui fournit les incitations nécessaires pour limiter au maximum ces dépassements. En outre, lors de la phase d'exploitation, d'éventuels surcoûts ne seront pas pris en compte dans la fixation des paiements de l'acteur public. Ceux-ci se font, en effet, selon un tarif comprenant une partie fixe, correspondant à la mise à disposition de l'équipement et une partie variable, fonction de son utilisation.

Les deux schémas suivants résument l'intérêt économique des PPP, en confrontant les risques de dérives de coûts et de délais dans le cadre d'une acquisition traditionnelle avec les paiements théoriques à la charge de la collectivité publique dans un montage de partenariat public-privé.

[61] Kirat T., Bayon D. et Blanc H., (2003), *Maîtriser les coûts des programmes d'armement : une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis*, La Documentation française, Les rapports de l'Observatoire économique de la Défense, Paris.
[62] Un tel mécanisme correspond aux contrats de *Private Finance Inititative* britanniques. Dans le cas des contrats de partenariats français, le schéma incitatif est moins rigoureux.

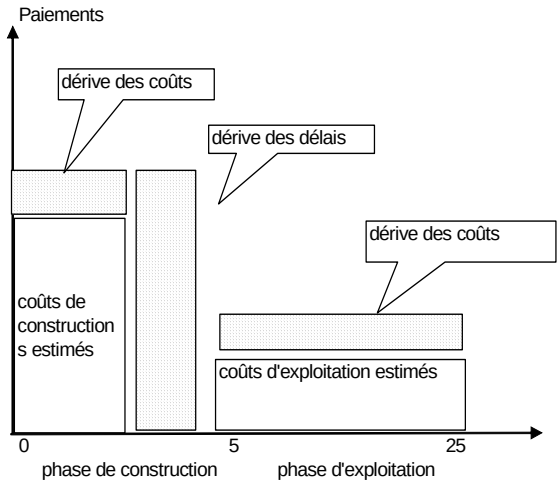


Figure 1 : marché public traditionnel

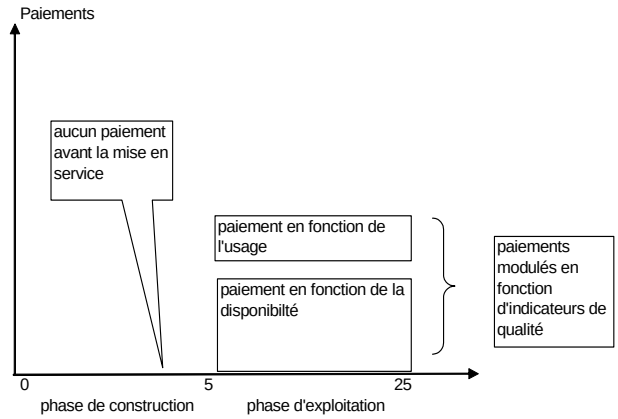


Figure 2 : montage partenarial

L'apport des partenariats en la matière est qu'ils cherchent à prévenir les conséquences financières de ces dépassements, sans pour autant induire une perte de la maîtrise de la définition de la prestation. Quand bien même le recours au partenariat public-privé présente-t-il un surcoût vis-à-vis d'une acquisition patrimoniale classique, la collectivité publique peut rationnellement s'engager dans ce type de contrat. Elle peut le faire sur la base d'un arbitrage intertemporel (fournir une prestation plus rapidement au prix d'un coût global plus élevé sur le long terme ou d'une « réduction de cible »). Elle peut aussi le faire en considérant, comme nous l'avons vu, que le surcoût lié au financement privé peut apparaître comme une prime d'assurance face à d'éventuels risques de dérives des coûts.

Analyse économique des contrats de partenariats

L'engagement d'une collectivité publique dans un contrat de partenariat peut être appréhendé par l'analyse économique sous deux angles complémentaires, à savoir celui offert par la théorie des incitations et celui proposé par la théorie des contrats incomplets.

Tout d'abord, en termes d'incitations, il est possible de considérer l'approche partenariale comme optimale dès lors que l'acheteur public n'est pas en mesure de spécifier *ex ante* les caractéristiques de l'actif concerné[63]. Si le recours aux partenariats public-privé repose sur la recherche d'un contrat incitatif, il est nécessaire que la personne publique utilise des contrats à prix fermes et non pas des contrats à remboursement de coûts, lesquels permettraient cependant de réduire la prime de risque exigée par les entreprises contractantes[64]. Cependant, dans de tels contrats la firme n'est nullement intéressée à toute économie résultant d'efforts additionnels. Dernier intérêt et non des moindres dans la logique du partenariat, l'acheteur a une certitude dès la signature du contrat sur le prix qu'il aura à acquitter. L'approche microéconomique des contrats publics ne se préoccupe cependant essentiellement que de la question du contrat optimal. Elle n'aborde que marginalement les problématiques liées à l'exécution du contrat. Or, les contrats publics en général, et le partenariat public-privé en particulier, portent souvent sur des équipements complexes ou sur des flux de prestations évolutives et étalées sur une longue période de temps. L'efficacité du contrat public ne se limite alors plus à la qualité de la construction contractuelle elle-même. Ce faisant, l'impossibilité de construire un cadre contractuel englobant tous les états du monde futurs possibles conduit à envisager la problématique des partenariats dans le cadre de la théorie des contrats incomplets.

L'approche des contrats incomplets permet tout d'abord d'envisager le partenariat selon une problématique de droits de propriété. Transférer les droits de propriété d'un actif à son exploitant lui permet de ne plus craindre d'être exproprié de ses investissements. Ce faisant, l'attribution des droits de contrôle résiduels au gestionnaire de l'actif donnera à ce dernier de

[63] Kirat T. et Marty F., (2005), « L'économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs: Les problématiques économiques », *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation Française, Paris, août, pp. 25-56.
[64] Laffont J.-J. and Tirole J., (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press.

fortes incitations à la performance[65]. Cependant, les partenariats public-privé ne sauraient être ramenés à la seule problématique de la privatisation. Pour une raison pragmatique tout d'abord, les partenariats portent parfois sur des domaines régaliens pour lesquels la privatisation n'est pas envisageable. Pour une raison plus politique ensuite, la puissance publique, à l'instar de ce qui fut le cas au Royaume-Uni, peut considérer le partenariat comme une alternative préférable à la privatisation dans la mesure où elle lui permet de garder les leviers de commande sur la définition et le contrôle des prestations délivrées au public.

Cela conduit à envisager ces questions sous l'angle de la théorie des coûts de transaction. La personne publique fait face à un arbitrage entre réaliser une prestation en interne ou la confier à un tiers privé. La logique est ici celle d'un arbitrage faire/faire-faire. Cependant, la prise en compte des coûts de transactions (coûts de mise en concurrence, de contractualisation et de contrôle du prestataire) peut conduire, dans certains cas, à conserver une prestation en interne même si le public s'avérait moins performant que le privé. Les coûts de transaction peuvent l'emporter sur le différentiel d'efficacité entre les deux solutions[66]

Les partenariats public-privé peuvent aussi être appréhendés comme une question d'intégration verticale, traitée par la théorie des contrats incomplets. Il s'agit alors de comparer un recours à un contrat avec un prestataire privé avec la prise en charge d'un service en régie. Le principal avantage des partenariats réside dans l'implication du prestataire sur l'ensemble des étapes du projet. Cette responsabilisation est réputée garantir une optimisation d'ensemble de la performance économique de la fourniture. En effet, dans un contexte d'asymétrie informationnelle, le constructeur peut être tenté de construire au moindre coût sans tenir compte des coûts futurs d'exploitation. De ce fait, s'il est impossible pour la puissance publique de contrôler l'étape de construction, il est nécessaire d'aligner les intérêts des deux parties en transférant la charge de l'exploitation au constructeur. Il s'ensuit que le principal avantage d'un recours à un contrat de partenariat est moins à rechercher dans des économies de coûts que dans la possibilité de gérer au mieux les conséquences des asymétries

[65] Hart O. and Moore J., (1990), "Property rights and the nature of the firm", *Journal of Political Economy*, vol. 98, n° 6, p. 1119-1185.
[66] Williamson O.E., (1976), "Franchise Bidding for Natural Monopolies – in General and with Application with CATV", *Journal of Law, Economics and Organizations*, vol.15, pp.306-342.

informationnelles[67], à la fois *ex ante* (conception et construction de l'équipement) et *ex post* (exploitation).

De la même façon, si l'acheteur public confie au prestataire le soin d'élaborer les spécifications techniques, il doit rigoureusement définir la prestation en termes de performances et de qualité attendues[68]. Dans ce cadre, il peut apparaître que la solution du contrat de partenariat est économiquement plus efficace que deux contrats séparés portant l'un sur la construction et l'autre sur l'exploitation, dès lors que l'acheteur public ne peut que spécifier un service attendu et ne s'avère pas en mesure de définir avec certitude les caractéristiques techniques de l'équipement support du service.

Le contrat de partenariat apparaît comme plus efficace que le recours à deux contrats séparés dans la mesure où il conduit le prestataire à internaliser l'ensemble des coûts. Cependant, un tel contrat ne pourra être efficacement mis en œuvre que si l'administration est capable de définir précisément ses objectifs de qualité dès la négociation du contrat et de construire des clauses contractuelles incitatives. Dès lors, l'ingénierie contractuelle est déterminante pour la réussite des partenariats[69]. Il convient cependant de ne pas s'attacher à la seule construction contractuelle mais aussi à l'exécution des contrats et au développement éventuel de comportements opportunistes dans le cadre de telles relations de long terme.

Les contrats peuvent en effet faire l'objet de renégociations dans le cadre de leur exécution, ce qui est somme toute logique dans une perspective de contrats incomplets[70]. Elle permet d'ajuster les termes du contrat à des évènements non anticipés lors sa rédaction et donc de redistribuer les surplus ou les charges additionnelles entre les parties. Cependant, la nécessité de procéder à d'éventuelles renégociations pour tenir compte des changements dans les conditions d'exécution du contrat peut se traduire par une transformation des contrats de long terme en contrats à remboursements de coûts (*cost plus*) dont les difficultés de mise en œuvre sont bien connues (faiblesse des incitations pour les investissements permettant de réduire les coûts, difficultés de contrôle des coûts des prestataires). La maîtrise par la personne publique

[67] Hart O. (2003), « Incomplete contracts and public ownership: remarks, and an application to public-private partnerships », *The Economic Journal*, vol. 113, mars, p. C69-C76.
[68] Hart O., Shleifer A. and Vishny R.W. (1997), "The proper scope of government: theory and application to prisons", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, n° 4, p. 1126-1161.
[69] Marty F. et Voisin A., (2005), « Les contrats de partenariats public-privé dans le domaine pénitentiaire : L'expérience britannique », *Politiques et Management Public*, volume 23, n° 2, juin, pp. 21-42.
[70] Dewatripont M. (1986), "Renegotiation and Information Revelation over Time in Optimal Labour Contracts", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 104, pp. 589-620.

du degré d'asymétrie informationnelle devient alors la variable clé pour l'évaluation de l'efficacité économique des contrats sur le long terme.

Les enjeux liés aux comparaisons de coût public / privé

Si l'on considère la décision publique de s'engager dans un contrat de partenariat, il convient d'être en mesure de comparer le coût de l'option d'un maintien de l'activité en régie avec celle de sa prise en charge par un tiers. Aussi évidente cette intuition soit-elle, il apparaît que la pratique publique s'est écartée depuis les années soixante-dix des méthodes d'évaluation préalable des choix (portée notamment par le *Planning, Programming and Budgeting System* américain et la *Rationalisation des Choix Budgétaires* française), notamment sous l'effet pour le moins paradoxal des difficultés budgétaires. Afin de décider « rationnellement » de s'engager dans un partenariat (nous retrouvons ici la logique de la *Note Bleue* d'EDF de 1953[71]), il est nécessaire de disposer d'une information fiable sur les coûts publics et d'une méthode de comparaison. L'expérience britannique du *Public Sector Comparator*, couplée avec la mise en place d'une comptabilité patrimoniale dans le cadre du *Resource Accounting and Budgeting Act*, montre qu'une telle comparaison doit passer par l'adoption de critères de choix d'investissements standards (le *PSC* reprend la méthode de la valeur actuelle nette) et d'une information comptable homogène avec celle du privé[72].

Au niveau de la méthode de comparaison, il convient tout d'abord d'introduire dans la décision publique, le mécanisme – évident s'il en est – de l'actualisation, lequel permet notamment de prendre en considération à la fois le coût de la ressource publique et la préférence pour le présent du décideur public. S'engager dans un contrat de long terme dans le cadre duquel la contrepartie de la mise à disposition d'un actif aujourd'hui est constituée par des flux de paiements sur trente ans, doit être appréhendé comme un arbitrage intergénérationnel. De la même façon, les mécanismes de choix doivent être au minimum ceux utilisés par le privé dans le cadre d'une décision en environnement risqué[73], en

[71] EDF, (1953), *A la recherche d'un criterium rationnel de choix d'investissement.*
[72] Trosa S., Marty F. et Voisin A., (2004), « La construction des méthodes de comparaison de coût public-privé. Les enseignements des expériences étrangères », *Politiques et Management Public*, volume 22, n° 3, septembre, pp. 43-61.
[73] Des travaux sont actuellement en cours avec Thierry Kirat (CNRS – Université de Paris Dauphine) et Arnaud Voisin (ministère de la Défense – CRIFP) sur l'introduction de mécanismes d'options réelles dans les décisions publiques. Ces derniers permettraient de rendre plus efficacement compte du caractère incertain (et pas simplement risqué) de l'environnement et conduiraient de la même façon à reconnaître une valeur à la flexibilité

l'occurrence les critères de la valeur actuelle nette et du taux interne de rentabilité ainsi que le principe selon lequel le choix du projet à réaliser doit précéder la décision relative à son mode de financement.

L'expérience britannique est riche en enseignements quant à la mise en œuvre de telles méthodes. En effet, le problème de comparabilité entre coûts publics et coûts privés fût posé dès les premières *Private Finance Initiatives* britanniques, dans lesquelles les gains retirés par l'Etat n'étaient pas toujours apparents[74]. Le *National Audit Office* (NAO) a recommandé une plus grande rigueur dans la méthodologie suivie par les ministères, dont les choix étaient trop influencés par la priorité gouvernementale du recours à la PFI. Le *Public Sector Comparator* (PSC) a été formalisé par la *Treasury Task Force* en 1997[75]. Ce « comparateur public » cherche à établir le coût complet d'un projet s'il était réalisé en interne à l'administration. Ce mode de calcul s'appuie sur une comptabilité patrimoniale de l'Etat. Depuis 1999, chaque département ministériel établit annuellement un bilan et un compte de résultats, qui doivent être certifiés par le *National Audit Office*. Ce rapprochement des comptabilités publiques et privées simplifie les comparaisons, même si la valorisation de certains actifs, comme les matériels de guerre, reste délicate. Il faut cependant rappeler que les problèmes de valorisation existent également dans le secteur privé, comme par exemple dans le domaine des actifs immatériels. La méthodologie développée par le comparateur de coût public-privé britannique, elle-même dérivée de la procédure « standard » de choix d'investissements de la firme, a été reprise dans de nombreux pays, comme en atteste le guide des bonnes pratiques édité par le ministère l'Economie, des Finances et de l'Industrie pour la mise en œuvre des contrats de partenariats français[76].

Ainsi un choix public rationnel entre la régie et le recours à un partenariat passe par la mise en place d'un cadre comptable permettant de comparer de façon non biaisée les coûts publics et privés. Cela suppose de se doter d'instruments de comparaison, en l'occurrence les comparateurs de coûts public-privé (et ce malgré les critiques dont ils font parfois l'objet) et

---

des choix (ce qui peut paraître comme logique dans le cadre de prestations participants de missions de service public dont il s'agit de garantir l'adaptabilité).
Pour des travaux relatifs à l'introduction des options réelles dans les contrats de partenariats :
de Neufville R. and Scholtes S., (2006), "Maximizing Value from Large-Scale Projects: Implementing Flexibility in Public-Private Partnerships", WP Engineering Systems Division, MIT, April.

[74] National Audit Office, (1999), *Examining the value of deals under the Private Finance Initiative* ,

[75] Treasury Task Force, (1997), "How to Construct a Public Sector Comparator", Technical Note n° 3.

[76] Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie, (2005), *Les contrats de partenariats : Principes et méthodes*, Paris, mai.

d'un cadre comptable public permettant des comparaisons avec le privé sur une base homogène. Cette dimension des contrats de partenariats fait le lien avec nos travaux en cours sur la mise en place d'une comptabilité patrimoniale au sein de la sphère publique que nous présenterons dans notre troisième partie.

Cependant, l'analyse des partenariats ne peut faire abstraction des montages financiers mis en œuvre, la sophistication de ces dernier comme nous allons le voir peut à la fois apparaître comme une condition *sine quae non* d'efficacité (en réduisant le surcoût lié au financement privé) mais peut conduire dans le même temps à une fragilisation certaine de ces derniers, à même de remettre en cause la finalité même de ces contrats, la maîtrise des risques[77].

Les montages financiers utilisés : les risques financiers associés aux contrats de partenariats

L'expérience des contrats de Private Finance Initiative britanniques constitue un lieu d'observation privilégié de tels risques. En effet, non seulement nous disposons de quelques quinze années de retours d'expérience mais en outre, le domaine d'application des PFI dépasse largement le périmètre potentiel de développement des contrats de partenariats à la françaises[78]. Les PFI recouvrent un ensemble de contrats publics dont les qualifications en droit français iraient du marché à la délégation de service public.

Le développement de ces contrats devrait aller dans le sens d'une réduction des risques liés aux opérations de PFI. En effet, les PFI deviennent de plus en plus fréquentes et, dans le même temps, leurs contrats se standardisent. Du fait de la montée en puissance de ces opérations, des segments du marché financier se spécialisent dans leur assurance et leur refinancement, ce qui devrait abaisser encore la prime de risque exigée par les marchés. Cependant, malgré ces facteurs, *a priori* favorables, les principales agences de notation ont dégradé les opérations de PFI[79]. Si au début des années 2000, les consortiums pouvaient réaliser des gains substantiels au travers du refinancement des opérations de PFI conclues

[77] Marty F. et Voisin A., (2006), « L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : La montée des risques », *Revue Française de Finances Publiques*, n° 94, mai, pp.107-120.
[78] Marty F. et Voisin A., (2006), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *Private Finance Initiative* à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariats à l'aune de l'expérience britannique », *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 2006-2, à paraître.
[79] Standards & Poor's, (2003), Credit Survey of the U.K. Private Finance Initiative and Public-Private *Partnerships*, Public Finance / Infrastructure Finance, April.
FitchRatings, (2003), *Risk Allocation Shift in UK PPP could cause Lower Ratings*, 14 May.

dans les premières années (du fait de la diminution progressive des primes de risques exigées les par prêteurs[80]), les gains potentiels liés à ces montages pour les dernières opérations lancées sont considérés aujourd'hui comme des plus réduits. Cette baisse d'attractivité est en fait liée à la montée des risques pesants sur ces opérations.

Cette montée des risques doit tout d'abord être reliée à l'évolution des montages financiers utilisés. Un contrat de PFI est conclu entre l'entité publique et une société *ad hoc* (SPV, *Special Purpose Vehicle*). Celle-ci est constituée en vue de la conception, de la construction, du financement et de l'exploitation de l'infrastructure support du service. Son capital est en partie constitué d'apports en fonds propres réalisés par les entreprises membres du consortium désigné après la mise en concurrence. Ces sociétés sont appelées les "sponsors". La SPV supporte l'ensemble du risque lié à l'opération. La responsabilité des sponsors n'est engagée que dans la limite du capital apporté. Dans le même temps, il s'agit de considérer le fait qu'une PFI est une opération à fort effet de levier. Classiquement la répartition entre fonds propres et dettes est très déséquilibrée en faveur des secondes. Or, de telles opérations se caractérisent habituellement par un rendement assez modéré. Standard & Poor's évalue la marge à 1 ou 2 %[81]. Le service de la dette absorbe de ce fait une très large part des *cash-flows* d'exploitation. Les montages financiers des PFI ne font appel que marginalement aux capitaux propres fournis par les membres du consortium. Deux tendances de fond sont à relever en matière de structuration du capital des SPV. D'une part, la dette représente souvent 90 % de ses ressources. Cette part est en nette croissance, entraînant une fragilisation de l'équilibre économique des contrats. D'autre part, cette même dette est de plus en plus souvent d'origine obligataire, dans la mesure où ce type de financement permet de disposer de maturités plus longues, favorisant l'adéquation entre cycle de vie du projet et cycle du financement. L'étalement des flux de remboursements dans le temps permet un délai de récupération des capitaux investis plus court. Ce faisant, les sponsors de la SPV réduisent encore leur exposition au risque. Il n'en demeure pas moins que ce type de financement n'offre plus la même flexibilité que le financement bancaire, qu'il réduit le contrôle préalable sur la qualité du projet et qu'il peut générer des surcoûts liés aux mécanismes assurantiels. Il est par exemple, bien plus difficile d'obtenir un étalement de la dette en cas de difficulté dans le cadre d'un financement obligataire que dans celui d'un financement bancaire.

[80] National Audit Office, (2000), *The refinancing of the Fazakerley PFI prison contract*, HC 584, session 1999-2000, June.
[81] Cartmell B., (2002), « How is UK PFI risk changing? », *Standard & Poor's*, October.

Aux risques liés à ces montages à fort effet de levier et de moins en moins flexibles vient s'ajouter une fragilité financière croissante. Un effet de ciseaux se développe en effet au Royaume-Uni, contribuant à dégrader de façon significative l'intérêt des opérations de PFI, notamment pour les prêteurs. D'une part, l'expérience acquise sur ces montages favorise l'entrée sur le marché du financement de nouveaux acteurs, notamment de fonds de pension. Cette concurrence accrue a deux conséquences. Elle réduit le coût des financements et donc l'intérêt des PFI pour les collectivités publiques. Elle signifie réciproquement une nette dégradation des marges sur chaque opération. D'autre part, ces mêmes collectivités publiques s'avèrent de plus en plus ambitieuses tant pour les performances requises des opérations que pour l'extension de ces dernières à des domaines sortants des champs habituels, telles par exemple, les infrastructures de transport. L'augmentation induite du coût et des risques associés aux contrats contribue à dégrader la notation des opérations de PFI. Ces facteurs de fragilisation sont liés aux transferts de risque, à la montée des aléas pesant sur les *cash flows* d'exploitation mais aussi et peut-être surtout à l'évolution des structures financières elles-mêmes.

En effet, les PFI se caractérisent par un transfert de risque croissant aux opérateurs privés et par une extension progressive de leur domaine. Cette extension les conduit vers des services de plus en plus élaborés, développés à partir d'actifs de plus en plus spécifiques. Ces actifs, notamment dans les PFI portant sur les systèmes d'information, font peser sur la SPV un risque de construction croissant. Qui plus est, certaines PFI projetées dans des domaines tels la Défense s'écartent des domaines "balisés" et maîtrisables par des groupes ayant une forte expérience dans les marchés civils, tels le bâtiment, la fourniture de *facilités*, la flotte de véhicules commerciaux ou la formation et entraînement, au profit d'opérations portant sur des équipements complexes, et donc difficiles à développer à partir d'une expérience civile et supportant de véritables risques d'exploitation. Qui plus est, l'équilibre économique de ces montages repose bien souvent sur des hypothèses de revenus additionnels en provenance de tiers. Or, ces hypothèses sont très dépendantes des prévisions de marchés. Il apparaît difficile de limiter le risque d'un projet en pariant sur l'anticipation de tensions sur un marché donné sur une période de temps de vingt à trente ans.

A ces phénomènes viennent s'ajouter les conséquences des clauses incitatives introduites par la personne publique pour limiter autant que faire ce peut les conséquences des asymétries d'informations au profit de la SPV. En effet, au moment où les risques de construction et d'exploitation montent en puissance, de nouvelles clauses contractuelles contribuent à transférer de nouveaux risques aux opérateurs, risques susceptibles de se traduire par un aléa croissant sur les *cash-flows*. La première rupture porte sur la substitution de modalités de paiement en fonction de critères de qualité et de performance aux formules de paiement classique liées à la disponibilité et à l'utilisation de l'infrastructure. Ces clauses semblent destinées à monter en puissance et à devenir de plus en plus exécutoires. L'exemple des infrastructures routières est ici évocateur. L'évolution des formules de paiement, dans le sens d'une indexation à des critères tels la survenance de congestions ou la sécurité des infrastructures, appréciée selon l'occurrence et la gravité des sinistres, contribue à rendre les flux de paiements dépendants de paramètres que l'opérateur privé ne peut réellement maîtriser.

A ces risques induits par la personne publique, il convient d'ajouter des risques liés à l'agressivité croissante des montages financiers usités par les prestataires privés. Le niveau d'exigence croissant des collectivités publiques s'ajoute à une montée en puissance de la concurrence entre les prêteurs. La principale conséquence de cette évolution est la recherche d'un service de la dette moins important possible pour faire face à la réduction des marges et à la montée de l'aléa sur les ressources. Les objectifs de réduction des échéances de remboursement et de minimisation du coût de la dette conduisent les consortiums à adopter de façon croissante des financements de type obligataire dès le lancement des opérations. Les mécanismes mis en place dans les PFI pour garantir la SPV contre le risque d'insolvabilité s'avèrent, de plus, nettement fragilisés par les évolutions actuelles, qu'il s'agisse de la mise en réserves de disponibilités financières pour faire face aux aléas ou en l'acquisition de produits d'assurance garantissant aux investisseurs le paiement de leurs coupons.

Ainsi, l'analyse des PPP en termes d'instruments de maîtrise des risques liés à l'acquisition publique doit-elle être complétée par une analyse des risques financiers induits par ces mêmes contrats. Partant de la difficulté de mettre en œuvre des procédures de substitution d'un nouveau prestataire au prestataire défaillant par les banques (clauses de *step-in*), il apparaît que la personne publique demeure le garant en dernier ressort de la continuité du service public et se verra dans l'obligation de ré-internaliser le risque si celui-ci venait à se

matérialiser. Il s'en suit non une condamnation des PPP sur l'argument de l'irréalisme du transfert du risque, mais un accent mis sur les procédures comptables et financières d'évaluation des risques et d'encadrement de ces contrats, que celles-ci passent par les normes comptables, par la surveillance des agences de notation financière ou par le contrôle assuré par les cours des comptes.

Ouvrage

Les partenariats public-privé, avec Sylvie Trosa et Arnaud Voisin, La Découverte, collection Repères, n° 441, Paris, 122p., mai 2006.

Articles dans des revues à comité de lecture

« Le contrat de partenariat constitue-t-il une Private Finance Initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariats à l'aune de l'expérience britannique », avec Arnaud Voisin, *Revue Internationale de Droit Economique*, à paraître, 2006.

« L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : La montée des risques », avec Arnaud Voisin, *Revue Française de Finances Publiques*, n° 94, mai 2006, pp.107-120.

« The Financial Determinants of Government Commitment in Public-Private Partnerships », avec Sylvie Trosa et Arnaud Voisin, *International Journal of Public Policy*, volume 1, n° 1-2, 2005, pp. 41-57.

« Les contrats de partenariats public-privé dans le domaine pénitentiaire : L'expérience britannique », avec Arnaud Voisin, *Politiques et Management Public*, volume 23, n° 2, juin 2005, pp. 21-42.

« La construction des méthodes de comparaison de coût public-privé. Les enseignements des expériences étrangères », avec Sylvie Trosa et Arnaud Voisin, *Politiques et Management Public*, volume 22, n° 3, septembre, 2004, pp. 43-61.

« Le développement d'un marché global des services de Défense : quelles stratégies pour les états-clients ? », avec Arnaud Voisin, *Politiques et Management Public*, volume 21, n° 2, juin 2003, pp 1-19.

Articles dans des revues sans comité de lecture

« Le "chaînon manquant" des contrats publics : Les partenariats public-privé entre marchés publics et délégation de service public », avec Sylvie Trosa et Arnaud Voisin *Pouvoirs Locaux – Les Cahiers de la Décentralisation*, n° 59- IV, décembre 2003.

« Les partenariats public-privé : Démission ou retour de la Puissance Publique ? », avec Sylvie Trosa et Arnaud Voisin, *La Lettre du Management Public*, n° 45, mai-juin 2003.

« Défense et financements innovants : Regards sur les expériences étrangères », avec Arnaud Voisin, *La Lettre du Management Public*, n° 42, septembre-novembre 2002.

Articles dans des ouvrages collectifs

« L'externalisation : Les enseignements des expériences étrangères », avec Arnaud Voisin, in *Le Management au ministère de la Défense*, Centre de Formation au Management du Ministère de la Défense, Editions d'Organisation, Paris, 2004.

III – Perspectives de recherche

III – 1 Economie du droit et de la concurrence

Les travaux menés sur les questions afférentes à la réglementation sont prolongés par des travaux relevant de l'économie du droit pour une part et de l'économie de la concurrence pour une autre part. Les travaux relevant de l'analyse économique du droit *stricto sensu* sont pour l'instant les plus développés. Ils ont tout d'abord donné lieu à recherche sur le comportement des firmes automobiles face à la découverte d'un défaut susceptible d'engager leur responsabilité. Ils se sont ensuite traduits par la rédaction avec Thierry Kirat d'un ouvrage de synthèse et de l'entrée *Economic Analysis of Contract Law*, laquelle constitue une première extension des travaux sur l'économie des contrats aux contrats de droit privé.

Economie de la responsabilité

Les travaux en économie du droit[82] peuvent s'attacher à des dimensions de nature macroéconomique, à l'instar de l'analyse de l'efficacité des différents systèmes juridiques et de leur impact sur la croissance[83], mais aussi à des dimensions de nature microéconomique telle l'analyse économique des contrats[84], l'analyse économique de la jurisprudence ou les règles de responsabilité.

Dans ce cadre, nous avons entamé un projet de recherche sur l'impact des règles de responsabilité pour cause de produits défectueux sur les décisions des constructeurs automobiles en matière de rappels. Mené avec Edouard Barreiro et Patrice Reis (CNRS – GREDEG), ce travail se décline en deux volets. Le premier, qui a fait l'objet d'une

[82] Pour une synthèse :
Kirat T. et Marty F., (2006), *Economie du Droit et de la Réglementation*, Memento LMD, Gualino, Paris, à paraître.
[83] Glaeser E.L., La Porta R., Lopez-de-Silanes F., and Shleifer A., (2004), "Do Institutions Cause Growth?" *Journal of Economic Growth*, September.
[84] Kirat T. et Marty F., (2006), « Contract Law (Economic Analysis of) », *in Encyclopedia of Law and Society – American and Global Perspectives*, SAGE Publications, *à paraître.*

publication dans la *Revue Economique et Sociale*[85], se propose de saisir la décision des constructeurs dans le cadre d'une approche d'économie industrielle axée sur la notion d'investissement réputationnel dans un marché caractérisé par une information asymétrique et incomplète. Le second, en cours de finalisation, s'attache à l'impact direct du risque d'activation des règles de responsabilité par les consommateurs sur la décision des firmes. Ce volet suppose aussi de s'attacher à une comparaison Europe – Etats-Unis permettant de mettre en évidence l'impact de facteurs institutionnels tels l'existence d'actions de groupe (*class actions*), l'influence des modalités de rémunérations des avocats ou celle des stratégies portant sur le choix d'un tribunal.

La question des rappels automobiles nous apparaît comme particulièrement riche en terme d'analyse des stratégies des firmes et de protection juridique des consommateurs. En effet, l'intensification de la concurrence dans le secteur automobile conduit les constructeurs à accroître et complexifier sans cesse le contenu technologique de leurs véhicules et donc à accepter une prise de risque croissante en termes de fiabilité. De nombreux lancements de véhicules ont été compromis par de tels problèmes. Dans le même temps, les décisions de rappel se multiplient jusqu'à apparaître comme une pratique normale dans l'industrie. Elles n'en constituent pas moins un phénomène relativement récent. Comme en attestent les scandales ayant frappé au cours des années soixante-dix Ford et General Motors, les constructeurs se montraient autrefois plus réticents à engager des rappels de véhicules suspectés de présenter des défectuosités majeures. Les cas d'école que constituaient la Ford Pinto ou la Chevrolet Malibu, dont les réservoirs présentaient de graves défauts de conception, susceptibles de provoquer l'incendie des véhicules en cas de collision, même à très basse vitesse, semblent appartenir au passé.

Dans ces deux cas, la décision de ne pas procéder à des rappels massifs après la découverte des défauts procéda d'une analyse coût-avantage (Schwartz, 1991). Celle-ci mettait en balance le coût technique du rappel et le coût potentiel des condamnations judiciaires au titre des dommages et intérêts[86]. Le fait que de tels arbitrages apparaissent comme hors de propos de nos jours témoigne à la fois de la plus grande sévérité des décisions judiciaires d'indemnisation des victimes et d'une meilleure information des consommateurs, laquelle

[85] Barreiro E., Marty F. et Reis P., (2005), « Les rappels dans le secteur automobile : une analyse en termes d'investissements réputationnels », *Revue Economique et Sociale*, n° 3 – 2005, septembre, pp. 173-184.
[86] Shwartz G.T., (1991), "The Myth of the Ford Pinto Case", *Rutgers Law Review*, volume 43, pp. 1013-1068.

peut conduire ces derniers à sévèrement sanctionner le constructeur indélicat. Ces deux éléments apparaissaient déjà aux Etats-Unis, comme en attestait le développement du mouvement consumériste et la sévérité croissante des tribunaux en matière de responsabilité du fait de produits défectueux[87]. Cependant, alors que la *National Highway Safety Administration* adoptait, à cette date, dans ses calculs une somme de 200 000 $ comme indemnisation moyenne en cas de décès d'un passager, les juges américains accordent aujourd'hui des dommages et intérêts pouvant s'élever à 4.9 milliards de dollars[88] (Yelkur et al., 2001).

Cependant, les exemples de scandales frappant Mitsubishi Motors[89] et Toyota au Japon attestent que la décision de rappeler des véhicules défectueux n'est pas systématique et peut varier d'un constructeur à l'autre (Barreiro, Marty et Reis, 2004). Parmi les paramètres de décision de l'entreprise, la prise en compte des conséquences réputationnelles d'une campagne de rappels ou de la révélation ultérieure de l'absence de mesures de précaution peut se révéler déterminante. En effet, les décisions de l'entreprise sont perçues par les consommateurs, comme un signal de la qualité des produits. Il est alors possible de traiter la question par le biais de la théorie des jeux, notamment au travers d'un jeu de signal.

Nous avons montré dans notre article dans quelle mesure les mécanismes réputationnels peuvent apparaître comme une modalité de garantie de la loyauté dans les transactions économiques. L'agent qui s'est rendu coupable d'une tricherie, s'il est identifié comme tel, court le risque de ne plus trouver de contrepartie pour ses futures transactions. De ce fait, le gain de court terme lié à la trahison sera annihilé par les pertes futures liées à sa future "ostracisation" par les autres participants du marché. La loyauté naît donc d'un calcul coût-

[87] Le *Restatement (second) of Torts, section 402 A,* de 1965 introduisit une responsabilité stricte pour les dommages créés par des produits dès lors que ces derniers s'avèrent « déraisonnablement dangereux vis-à-vis du standard des anticipations légitimes des consommateurs non avertis ». Le recul du domaine de la responsabilité pour faute au profit de la responsabilité stricte facilite les actions des consommateurs en rejetant la charge de la preuve vers le constructeur.

[88] En Californie, les *compensatory damages* destinés à compenser le préjudice subi (de graves brûlures causées par l'explosion du réservoir d'une Chevrolet Malibu modèle 1979, suite à une collision survenue en 1993) s'élevèrent à 107 M$. Les *punitive damages,* lesquels visent à sanctionner un comportement particulièrement fautif du constructeur, furent, quant à eux, fixés à 4 800 M$ (Ils furent réduits en appel à 1100 M$).
Yekur R., Morrison J., Steiner E.H. and Schmel I., (2001), "Product Liability: Its Impact on the Auto Industry, Consumers and Global Competitiveness", *Business Horizon,* March-April, pp. 61-66.

[89] Barreiro E., Marty F. et Reis E., (2004), « Rappeler ou ne pas rappeler ? L'affaire Mitsubishi », *Automobile & Composants*, Groupe Les Echos, n° 200, octobre.

avantage. La menace crédible étant ici la possible “excommunication” du constructeur peu scrupuleux.

Cependant, ce mécanisme ne peut être effectif que si l’asymétrie d’information que supportent les clients potentiels est limitée. L’accroissement de l’information disponible sur la qualité des véhicules peut expliquer pourquoi les rappels étaient plus rares dans les années soixante-dix qu’aujourd’hui. On peut également souligner qu’il existe un phénomène d’apprentissage, qui permet aux consommateurs d’accroître leur stock d’informations sur chaque constructeur. Le consommateur formulera de nouvelles croyances qui le conduiront à réagir différemment aux décisions des constructeurs. De leur coté, les constructeurs, conscients de ces évolutions, formuleront de nouvelles hypothèses sur les réactions des consommateurs et adapteront leur stratégie. Le jeu ainsi défini est dynamique dans la mesure où les actions des différents joueurs changent à chaque période. Cependant l’asymétrie informationnelle demeure une réalité. Les mécanismes réputationnels ne suffisent donc pas à discipliner les constructeurs. Il est alors nécessaire de faire intervenir des institutions, en l’occurrence l’application par le juge du droit de la responsabilité. Nos futurs travaux sur la question s’inscriront dans cette direction.

Politiques de la concurrence

Les travaux engagés sur le thème de l’économie de la concurrence s’inscrivent dans une filiation immédiate avec ceux menés en matière de régulation des industries de réseaux et d’encadrement des aides publiques. Ces travaux sur l’*antitrust* (quatrième composante des politiques de concurrence après la régulation des industries de réseaux, le contrôle des concentrations et l’encadrement des aides publiques) permettent de poursuivre les travaux sur la construction de marchés concurrentiels en s’attachant notamment aux éventuelles pratiques anticoncurrentielles de l’opérateur historique (abus de position dominante, prédation, stratégie de forclusion,…) ou au maintien de la disputabilité du marché (convergence vers un structure oligopolistique, barrières à l’entrée,…).

Ils permettent aussi de s’interroger sur le devenir d’une régulation sectorielle spécialisée au travers des autorités administratives indépendantes, lesquelles devraient théoriquement s’effacer à terme devant les tribunaux en charge de l’application du droit commun de la

concurrence, comme le voudrait la logique notamment mise en avant par les approches du droit incomplet[90]. Les questions se rattachant à l'incertitude juridique ouvrent notamment sur des réflexions sur le niveau souhaitable de précision des règles de droit ou sur les places respectives des règles et des éléments de choix discrétionnaires dans les décisions de justice. En effet, la question de la sécurité juridique peut être abordée en économie autour des notions d'incertitude vis-à-vis de la loi et de son application et de prévisibilité de cette dernière. Ces travaux permettent aussi, dans la cadre des débats autour de la concurrence des systèmes juridiques[91] ou des divergences transatlantiques en terme de pragmatisme dans l'application de la mise en œuvre des politiques de concurrence[92], de s'attacher à des comparaisons entre l'Europe et les Etats-Unis, que cela soit en matière de répression des ententes anticoncurrentielles, de contrôle des concentrations, d'octroi d'immunités ou d'exemptions pour les accords horizontaux entre firmes concurrentes ou de contrôle des aides publiques.

Ces travaux rencontrent aussi des préoccupations de recherche liées aux enjeux concurrentiels des contrats de partenariats, qu'il s'agisse des questions relatives aux conditions concurrentielles à l'échéance du contrat ou aux problèmes liés aux mécanismes de marchés prévalant entre les *sponsors* de la SPV (lesquels sont pour partie des firmes de BTP[93]).

En effet, dans le cadre des PPP, la situation à l'issue de la période contractuelle constitue l'un des enjeux majeurs des contrats de partenariat. Si lors de la première mise en concurrence, il est possible d'espérer que la *concurrence par le marché* permette d'obtenir un contrat efficient[94], la situation peut sensiblement différer à l'issue de ce dernier. Tout d'abord, la solution d'une réversibilité (c'est-à-dire d'un retour à une exploitation en régie) peut s'avérer extrêmement coûteuse si la collectivité publique n'a pas prévu de reprendre les actifs et n'a pas conservé en interne les capacités humaines et techniques adéquates. Ensuite, la transférabilité à un nouveau prestataire peut induire plusieurs difficultés. Tout d'abord, la

[90] Xu C. and Picor K., (2002), "Law Enforcement under Incomplete Law: Theory and Evidence from Financial Market Regulation", Discussion paper n° TE/02/442, London School of Economics and Social Sciences, December.
[91] Ménard C. et du Marais, B. (2006), "Can we rank legal systems according to their economic efficiency?", in P. Nobel (dir.), *New Frontiers of Law and Economics*, Saint Gall, Schulthess.
[92] Lévêque F., (2005), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : lequel est le plus sévère ? », *Concurrences*, n° 2-2005, pp.10-14.
[93] La situation n'est pas sans analogie avec celle des autoroutes privatisées.
Conseil de la Concurrence, (2005), Avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005, relatif à une demande d'avis de l'association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes, 21p.
[94] Demsetz H., (1968), "Why Regulate Utilities?", *Journal of Law and Economics*, volume 11, pp.55-66.

spécificité des actifs et l'avantage informationnel acquis par l'entreprise titulaire du marché peuvent réduire sensiblement l'intensité de la lutte concurrentielle lors de la remise en concurrence. Ensuite, si la structure de marché est très concentrée, il est à craindre que le compétiteur écarté en première période ne sorte du marché ou que des barrières à l'entrée (notamment techniques) n'empêchent l'entrée de nouvelles firmes. Se pose donc la question de la *contestabilité* du marché à l'issue de la période contractuelle….

Ouvrage

Economie du Droit et de la Réglementation, avec Thierry Kirat, *Memento LMD, Gualino, Paris*, à paraître

Articles dans des revues à comité de lecture

« Les rappels dans le secteur automobile : une analyse en termes d'investissements réputationnels », avec Edouard Barreiro et Patrice Reis, *Revue Economique et Sociale*, n° 3 – 2005, septembre, pp. 173-184.

Articles dans des revues sans comité de lecture

« Rappeler ou ne pas rappeler ? L'affaire Mitsubishi », avec Edouard Barreiro et Patrice Reis, *Automobile & Composants*, Groupe Les Echos, n° 200, 14 octobre 2004.

Articles dans des ouvrages collectifs

« Contract Law (Economic Analysis of) », avec Thierry Kirat *in Encyclopedia of Law and Society – American and Global Perspectives*, SAGE Publications, *à paraître.*

III – 2 Encadrement comptable et budgétaire des contrats administratifs: Le cas des contrats de partenariats public-privé et la nouvelle constitution financière de l'Etat

Les questions afférentes à l'efficacité des politiques publiques dans un environnement budgétaire contraint, les difficultés de contrôle de l'exécution des contrats administratifs et les nouveaux enjeux posés par les partenariats public-privé ne sont pas sans lien avec la généralisation au sein des pays de l'OCDE d'un nouveau cadre comptable et budgétaire public, reposant notamment sur l'adoption d'un référentiel comptable issu du privé.

Les fondements, les gains potentiels et les enjeux de cette nouvelle constitution financière de l'Etat, matérialisée en France par la Loi Organique relative aux Lois de Finances d'août 2001, font l'objet de travaux, s'inscrivant respectivement dans le prolongement des recherches menées sur les contrats administratifs, dans l'analyse des répercussions de la nouvelle logique

budgétaire en matière de gestion des actifs publics, notamment immobiliers, et enfin dans le cadre d'un réseau de recherche – MATRICE – dirigé conjointement avec Thierry Kirat (CNRS – Université de Paris-Dauphine) et Yuri Biondi (CNAM), constitué dans le cadre de l'ACI *Normes, Régulation et Politiques Publiques*.

Nouvelle constitution financière de l'Etat et encadrement des contrats administratifs

Dans le prolongement des travaux menés sur les contrats administratifs (marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariats), des travaux ont été engagés avec Thierry Kirat sur les liens entre le cadre comptable et budgétaire public et l'encadrement des l'exécution de ces derniers.

Il est en effet possible de mettre en relief les interrelations entre les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre et dans le contrôle de l'exécution des contrats publics et l'utilisation par la comptabilité publique, préalablement à la mise en place de la Lolf, d'une comptabilité de caisse. L'objet principal de cette comptabilité de flux tenait plus au contrôle de la régularité formelle des engagements budgétaires qu'à l'évaluation de l'opportunité et de la performance économiques des contrats publics.

Dans un contexte de "stress fiscal", lié notamment à la maîtrise des déficits publics dans le cadre du Pacte de stabilité et de croissance et aux exigences des administrés en termes de performance et de transparence de la dépense publique, il apparaît indispensable que les pouvoirs publics se dotent d'un système comptable leur permettant d'évaluer, sur l'ensemble de leur cycle de vie, le coût de revient des équipements faisant l'objet d'une acquisition publique. Or, une information comptable construite en vue de la vérification de la régularité de la consommation des crédits votés par le Parlement en fonction des catégories budgétaires ne peut rendre compte des coûts contractuels liés à chaque marché ; elle ne peut fournir aux acheteurs publics les données indispensables à leur suivi et à leur maîtrise[95].

[95] Kirat T., Bayon D. et Blanc H., (2003), *Maîtriser les coûts des programmes d'armement : Une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis*, Les Rapports de l'Observatoire Economique de la Défense, La Documentation Française, Paris, 348p.

Face aux difficultés de maîtrise des coûts dans les contrats d'acquisition traditionnels, les contrats de partenariats sont communément présentés comme susceptibles d'apporter des réponses aux dérives constatées en matière de marchés publics dans la mesure où leur caractère global et forfaitaire garantit théoriquement l'acheteur public contre tout risque de dérives des coûts. De la même façon, le partage des risques entre partenaires privés et publics permet de responsabiliser les cocontractants de l'Etat en cas de retards de mise en service de l'actif support de la prestation. En effet, les flux de paiements de l'Etat ne sont déclenchés que lors de la délivrance du service. De façon plus générale, l'adjonction de clauses incitatives au contrat permet d'intéresser le prestataire privé aux objectifs de performance et de qualité que le partenaire public a spécifié contractuellement. Enfin, le contrat de partenariat participe d'une logique de rationalisation de la dépense publique dans la mesure où la décision d'y recourir doit faire l'objet d'une évaluation économique préalable qui prend la forme, dans le cas britannique, de différents tests, tels la valeur du projet pour le contribuable (*value for money)*, le transfert de risque et la soutenabilité des engagements pour l'acheteur public (*affordability criterion*). Notons que ce dernier critère permet de s'assurer que la collectivité publique qui s'engage dans un contrat de partenariat sera bien en mesure de faire face aux engagements de paiements tout au long de la période contractuelle[96].

Or, la mise en œuvre des contrats de partenariat à cadre comptable public inchangé pourrait s'avérer porteuse de nouveaux risques de dérives. Ces dernières pourraient notamment naître de la difficulté à maîtriser des engagements contractuels pluriannuels et à en apprécier le coût sur une base inter-temporelle dans le cadre de l'annualité budgétaire. Elles pourraient, de la même façon, être liées à la quasi-impossibilité de comparer offres publiques et privées, dans la mesure où l'information budgétaire ne permet pas de déterminer le coût de revient d'une fonction donnée réalisée en régie. Il apparaît donc qu'un développement efficace de tels contrats suppose la mise en place (aux côtés de la comptabilité d'engagements traditionnelle) d'une comptabilité patrimoniale permettant de déterminer l'opportunité du recours à un partenariat public privé, d'en mesurer l'impact financier pour la collectivité publique et d'en contrôler d'éventuelles dérives. La comparaison du développement des contrats de partenariats au Royaume-Uni montre qu'il est nécessaire d'accompagner la mutation des règles de la commande publique par une réforme de l'information comptable publique.

[96] Le contrat de PFI de hôpital de Dartford et de Gravesham illustre le cas dans lequel les annuités dépassaient les capacités de paiements de l'organisme public.
National Audit Office, (1999), *The PFI Contract for the New Dartford and Gravesham Hospital*, House of Commons, n° 423, session 1998-1999.

Pour autant, une telle refonte du système comptable et budgétaire public peut elle-même générer de nouveaux risques si la nature de l'information comptable ne fait pas l'objet d'une réelle réflexion et si la diversité de ses destinataires n'est pas prise en considération. En ce sens, nous verrons, dans une partie conclusive, que l'adoption d'une comptabilité patrimoniale ne saurait être tenue pour neutre, du fait du caractère performatif de l'information comptable. La comptabilité revêt en effet le caractère d'une *convention d'évaluation instituée*[97]. A ce titre, tout changement de l'information comptable traduit non seulement une évolution sur la nature de son destinataire principal, mais s'avère, de plus, susceptible d'orienter les conclusions qui pourraient découler de la consultation des documents de synthèse comptables. En effet, la traduction comptable de l'activité d'une entité économique, n'est jamais neutre. *"Although portrayed as being essentially descriptive, financial reports are subjectively constituted and interpreted*[98]*"*.

Le risque serait de voir se substituer à une information comptable axée sur les besoins des Parlements (les apporteurs de ressources fiscales) une information exclusivement construite en fonction des besoins des apporteurs de ressources privées (i.e. les souscripteurs de la dette publique, en d'autres termes les marchés financiers). Or, les défis qui se posent à la commande publique nécessitent une information comptable construite en fonction des nécessités de la décision publique et du suivi de son exécution. Un système comptable principalement orienté vers le contrôle de la solvabilité de l'emprunteur public pourrait potentiellement léser les intérêts des autres *stakeholders* aux premiers rangs desquels les générations présentes et futures, à la fois en qualité de contribuables mais aussi de consommateurs de biens publics.

Tout ceci conduit à souligner que les normes comptables ne sauraient constituer une traduction quantifiée et neutre de l'activité d'une entité économique, qu'il s'agisse d'une firme ou de l'Etat. « *Adopter un langage comptable plutôt qu'un autre, c'est adopter une représentation de l'entreprise : la nature de l'information que l'on produit sur une activité*

[97] Aglietta M. et Rebérioux A., (2004), *Dérives du capitalisme financier*, Albin Michel Economie, Paris, 394p.
[98] Mc Sweeney B., (1997), "The Unbearable Ambiguity of Accounting", *Accounting, Organizations and Society*, volume 22, n° 7, pp. 691-712.

dépend très largement de l'idée que l'on se fait, ou que l'on veut bien se donner, sur cette activité[99] ».

Il apparaît que les normes comptables et les documents qui en découlent ne peuvent que très difficilement prétendre à une réelle objectivité.

Tout d'abord, la quantification d'un phénomène pose la question de la construction des catégories. "*Reality does not exist independantly of accounts of it*[100]". Toute technique comptable est porteuse en elle-même d'une évaluation, d'un jugement. "*Representations, accounting and others, are not disinterested characterisations of the world but rather are arguably created in order to act and master it*[101]". En d'autres termes, la comptabilité est performative par nature. "*We represent in order to intervene in the light of representations*[102]". La performance de l'entité ne préexiste pas à la mesure comptable. Elle dépend des critères de jugements portés par les normes comptables.

De plus, comme toute *convention d'évaluation*, la comptabilité doit se concevoir comme un construit social, influencé non seulement par des circonstances particulières de temps et de lieu, mais aussi par les attentes des différentes parties prenantes. "*In this way accounting needs to be understood not as neutral – if not benign – technical means of promoting accountability, but as a sociological and institutional practice which itself needs to be made accountable through those who endorse and practice it*[103]". Ainsi, si la comptabilité ne peut produire une traduction objective de la réalité de l'activité de l'entreprise, il convient de s'interroger sur les impacts potentiels de l'adoption de référentiels issus des seules normes privées.

Nouveau cadre budgétaire et gestion des actifs publics : une application à l'immobilier

[99] Aglietta M. et Rebérioux A., (2004), *Dérives du capitalisme financier*, Albin Michel Economie, Paris, p151.
[100] Hines R., (1988), "Financial Accounting: In Communicating Reality, we Construct Reality", *Accounting Organization and Society*, volume 13, n° 3, pp. 251-262.
[101] Mc Sweeney B., (1997), *op. cit.*, p. 708.
[102] Hacking I., (1983), *Representing and Intervening*, Cambridge University Press.
[103] Hopwood A.G. and Miller P. (ed), (1994), *Accounting as Social and Institutional Practice*, Cambridge University Press.

L'un des effets des partenariats public-privé tient au fait que la collectivité publique n'acquiert pas un actif mais souscrit un contrat de long terme pour bénéficier des flux de services qui lui sont liés. A ce titre, des contrats de PFI britanniques se retrouvent dans de vastes opérations immobilières portant par exemple sur les sièges des ministères de la Défense et des finances. Il s'agit alors de bénéficier des compétences développées par des groupes privés spécialisés en matière de gestion de parcs immobiliers et de fourniture des *facilities* qui leur sont liées. Cependant, si de telles opérations se traduisent par un transfert de propriété des actifs concernés vers le prestataire privé, elles se traduiront dans les comptes publics par une sortie du bien de l'actif du bilan compensé par l'encaissement du produit de cession. Ce faisant, l'opération impactera la dette et le déficit courant, alors que l'engagement de long terme ne se traduira que par des flux de dépenses annuels.

Dans un cadre budgétaire contraint par des engagements internationaux, de tels mécanismes peuvent être utilisés dans le cadre de stratégies opportunistes. Des mécanismes de type cession bail, voire de titrisation, peuvent alors être utilisés dans une optique de déconsolidation afin d'améliorer artificiellement la position des comptes publics[104]. Le partenariat public-privé n'est pas alors utilisé pour gérer optimalement les risques mais apparaît comme un simple instrument de créativité comptable pour contourner les procédures de maîtrise de la dette et du déficit public[105].

Cependant, les conséquences non intentionnelles ou les stratégies opportunistes dérivant de la mise en œuvre du nouveau cadre comptable peuvent aussi provenir de la mise en œuvre de quasi-marchés dans la sphère publique. Par exemple, la procédure des loyers budgétaires, expérimentée en France en 2006 et destinée à être généralisée en 2007 peut induire un biais en faveur de la réalisation des actifs immobiliers publics et d'un recours sous optimal aux contrats de partenariats[106].

Le mécanisme des loyers budgétaires vise à substituer au mécanisme de l'affectation, un quasi-marché dans lequel la propriété des actifs immobiliers est transférée à une agence

[104] Marty F., Vidal L. et Voisin A., (2004), « La réalisation des actifs immobiliers publics : Quelles modalités juridiques et financières ? », avec Laurent Vidal et Arnaud Voisin, *Les Petites Affiches,* n° 254, décembre 2004, pp. 9-24.
[105] Marty F. et Vidal L., (2006), « Contrat de partenariat et mécanismes financiers de droit privé », *Droit et Ville, Revue de l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction,* Université de Toulouse 1, n° 60-2005, pp.264-323, avril.
[106] Marty F. et Voisin A., (2006), « Des administrations locataires : Principes et enjeux de la nouvelle gestion du domaine immobilier public », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n° 12, pp.5-9, avril.

publique *ad hoc* (France Domaine). Celle-ci loue les actifs aux administrations sur la base d'un loyer compensé par une dotation budgétaire additionnelle en faveur du ministère concerné. Le loyer est obtenu par le produit d'une base constituée par la valeur vénale de l'actif (ou du moins d'une estimation souvent forfaitaire de cette dernière) et d'un taux égal au coût moyen de l'endettement de l'Etat. Si l'administration concernée venait à renoncer à l'usage de certains actifs immobiliers, elle bénéficierait d'une réduction des loyers et ne verrait pas immédiatement sa dotation budgétaire. Cette procédure d'intéressement vise à la fois à promouvoir une utilisation optimale du parc immobilier public et à accélérer le processus de réalisation de ces mêmes actifs….

Cependant cette procédure peut susciter certains biais. Tout d'abord, faire payer un loyer pour des immeubles publics peut induire une distorsion favorable au recours aux partenariats public-privé, comme l'a montré l'exemple des *trusts* du NHS britannique. Comme ces derniers doivent, depuis 1990, payer un coefficient de charge sur les immobilisations publiques utilisées, le recours à une *Private Finance Initiative* est d'autant plus rentable qu'il permet à la fois d'éviter d'avoir à investir sur fonds publics et limite d'autant les paiements dus par le trust à l'État. Ainsi, le système du loyer peut induire une distorsion dans les choix d'investissements décentralisés des organismes publics, pouvant conduire à une situation sous-optimale pour l'ensemble du NHS.

Une seconde difficulté peut tenir aux modalités de calcul des loyers. Il est théoriquement optimal de faire payer à chaque organisme public un coût correspondant à celui du capital public utilisé, pour faire en sorte qu'une activité ne soit menée que si elle crée plus de bien-être social qu'elle n'en détruit[107]. Appliquer un coefficient de charge à la consommation publique d'immobilisations est cohérent avec la mesure du coût des activités publiques ambitionnée par la Loi Organique relative aux Lois de Finances du 1er août 2001 (LOLF).

Cependant, les modalités même de calcul du montant des loyers peuvent induire des distorsions additionnelles. Dans le cadre de la LOLF les immeubles de bureau sont évalués à leur valeur de marché (dans la mesure où il serait impossible d'en déterminer une durée probable d'utilisation). Une telle référence peut induire deux types de risques. Risque de surestimations, en cas d'existence d'une bulle spéculative immobilière et risque de variabilité

[107] Piron V., (2004), « La dimension économique du partenariat public-privé dans les transports », *in Transports*, n° 424, mars-avril, p. 93-103.

des loyers exigés[108]. Si les loyers versés à l'agence gestionnaire du domaine sont instables, il peut apparaître comme un acte de saine gestion de privilégier des montages de partenariats public-privé par lesquels l'utilisateur public peut bénéficier d'une certitude quant aux loyers à verser sur une période allant jusqu'à trente ou trente-cinq ans. Il convient aussi de veiller à la cohérence interne du calcul économique sur lequel repose l'initiative, tant au niveau du taux que de l'assiette servant de base à la fixation des loyers budgétaires. Sélectionner un taux représentatif du coût moyen de la dette publique (4,5 %, voire 5,12 % pour les expérimentations de l'année 2006[109]), différent des taux d'actualisation préconisés par le Commissariat général du Plan[110] (4 %) et de celui préconisé en matière de contrats de partenariat (le taux des Obligations Assimilables du Trésor, dont la valeur était de 3,509 % fin février 2006), peut induire des distorsions dans les choix d'investissements publics.

Adoption de normes comptables issues du privé, contrats de partenariats et stratégies budgétaires

Ce travail s'inscrit dans le cadre d'un programme de recherche, financé au travers d'une ACI du ministère de la Recherche repose sur le constat que la nouvelle constitution financière de l'Etat, portée par la LOLF, induit un bouleversement du cadre comptable et budgétaire dans lequel se déploie l'action publique. En effet, l'adoption par les services de l'Etat d'une comptabilité de gestion, aux côtés de la comptabilité publique traditionnelle d'encaissements et de décaissements, constitue un enjeu majeur en termes de pilotage et de promotion de l'efficience de l'action publique. Le passage des comptabilités publiques en comptabilité patrimoniale est un mouvement en cours de généralisation à l'ensemble des pays de l'OCDE, à l'exception notable jusqu'à ce jour des Etats-Unis. Les pays anglo-saxons, au premier rang desquels le Royaume-Uni et l'Australie font figure de pionniers dans cette refonte du cadre comptable et budgétaire de l'action publique. L'objet du projet est de mettre en évidence les répercussions possibles de ce nouveau cadre comptable sur la définition et l'encadrement de l'exécution des contrats administratifs (délégations de service public, marchés publics,

[108] Bignon V., Biondi Y. et Ragot X., (2004), *Une analyse économique de la juste valeur*, Prisme, Centre Cournot pour la recherche en économie, Paris, octobre.
[109] Mission dynamisation du patrimoine immobilier de l'État, (2005), *Protocole d'expérimentation des loyers budgétaires adressé à la DGCCRF*, DGI, MINEFI, 21 décembre.
[110] Lebègue D. (s.d.), (2005), *Révision du taux d'actualisation des investissements publics*, Commissariat général du Plan, Paris, janvier, 112 p.

nouveaux contrats de partenariats public-privé). Son objectif est de resituer la gestion publique et le pilotage des contrats administratifs dans le cadre comptable et budgétaire dans lequel ils se déploient, dans la mesure où ce dernier structure les contraintes de financement qui pèsent sur les gestionnaires publics et définissent les règles d'évaluation des activités des services.

Les travaux se subdivisent en deux axes principaux, à savoir une réflexion sur les normes comptables de l'Etat et les répercussions de la convergence avec les référentiels issus du secteur privé (normes IFRS), et des travaux portant sur le contrôle et l'évaluation des politiques publiques et des contrats administratifs, notamment les partenariats public-privé, pour lesquels les enjeux comptables vont bien au-delà de la seule mise en ouvre des comparateurs de coûts public-privé.

Parmi les avantages des contrats de partenariats public-privé, nous avons soulignés dans certains travaux, les avantages liés à l'optimisation du cycle budgétaire ou à l'acquisition d'une sorte d'assurance contre le risque de dérive des coûts et des délais des contrats publics. Cependant, le recours à de tels contrats peut aussi viser à affranchir les pouvoirs publics de la consolidation dans les comptes publics d'actifs, contribuant à accroître la dette publique. En Europe, cette déconsolidation est dépendante des règles édictées par l'office européen des statistiques, Eurostat. Ce dernier a retenu comme principal critère le transfert du risque. La déconsolidation n'est admise que lorsque le prestataire privé prend à sa charge, d'une part le risque de construction, et d'autre part le risque de disponibilité et/ou le risque de demande. Si ces conditions ne sont pas réunies, le contrat de partenariat sera consolidé dans la dette publique. Les investissements correspondant au contrat affecteront le solde budgétaire. En contrepartie de la dépense de l'État, la dette publique augmenterait du même montant et affecterait donc les critères retenus pour le Pacte de Stabilité et de Croissance. En outre, les flux de paiements annuels de l'entité publique seront intégrés dans les comptes publics au titre des achats de services et des intérêts imputés.

Parmi les trois risques envisagés par Eurostat, risques de construction, de disponibilité et de demande, le prestataire doit assumer le premier et au moins l'un des deux autres pour que le contrat puisse faire l'objet d'une déconsolidation. Le risque de construction correspond aux cas de livraison tardive, de non-respect des normes spécifiées, de surcoûts ou de défaillances techniques. Classiquement, l'intérêt d'un PPP se situe dans le fait que les flux de paiements ne

commencent qu'à la mise en service de l'équipement. Deux avantages sont alors réunis. D'une part, l'acteur public n'a pas à dégager immédiatement les ressources budgétaires pour financer l'investissement. D'autre part, le prestataire privé voit son paiement conditionné à la délivrance du service, ce qui l'incite à éviter tout retard. Le cas échéant, s'il s'avère que les paiements de l'acteur public ne sont pas conditionnés à la mise en service effective de l'actif, le risque de construction ne peut en aucun cas être réputé transféré au prestataire privé.

Le risque de disponibilité correspond à la situation dans laquelle le contractant n'est pas en mesure de livrer le volume de service ou de respecter les normes contractuelles de qualité ou de performance. Eurostat considère que l'acteur public demeure en charge du risque dès lors qu'il est impossible de réduire les paiements de façon significative, sous forme de pénalités. Il s'agit donc de s'assurer de l'existence de mécanismes de sanctions proportionnés et crédibles. Le risque de demande est réputé être pris en charge par l'acteur public dès lors que les paiements versés au prestataire privé s'avèrent être faiblement dépendants du niveau d'utilisation du service.

Or, les critères utilisés par Eurostat s'avèrent bien en retrait des exigences posées par les normes comptables internationales IFRS, notamment en ceci qu'elles imposent une intégration des actifs dans les comptes publics dès lors que le risque de demande est imputé à la personne publique. A l'heure où référentiels comptables publics et privés s'engagent vers une convergence, que nous avons notamment étudié dans le cadre d'un article dans la *Revue Internationale de Sciences Administratives*[111] et dans celui du réseau de recherche *MATRICE*, il convient de s'interroger sur la durabilité d'une telle option. En effet, si l'actif n'est pas enregistré dans les comptes publics, il le sera fatalement dans ceux des prestataires privés.

Une direction de recherche actuellement en cours de développement avec Yuri Biondi (CNAM) et Arnaud Voisin (ministère de la Défense – CRIFP) s'attache à l'analyse des divergences entre les prescriptions des règles édictées par Eurostat et les normes IFRS, et plus généralement aux enjeux en termes de choix d'investissement et de finances publiques des modalités de consolidation comptable des actifs sous-jacents aux contrats de PPP et aux engagements à longs termes (dont les garanties) qui découlent de ces contrats.

[111] Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2006), « The move to Accrual Based Accounting: The challenges facing central governments », *International Review of Administrative Sciences*, volume 72, number 2, June, pp. 203-222. [version française : « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, volume 72, numéro 2, Juin, pp. 213-232].

Il convient en effet de noter que l'une des conséquences majeures de telles pratiques de déconsolidation ou de recours à des montages « hors-bilan » peut être analysée comme le développement de pratiques de *comptabilité (publique) créative* sous le modèle de celles qui ont été mises en œuvre par certains pays européens dans le cadre de la qualification pour l'euro[112] ou du respect des exigences du Pacte de Stabilité et de Croissance[113], stratégies que nous avons déjà abordées avec les expériences italiennes de financement d'actifs militaires en leasing[114] ou de montages de cession bail pour les actifs immobiliers publics[115], voire de tritrisation[116].

Les questions relatives à la sincérité des comptes publics permet alors de renouer avec le débat britannique autour des PPP, lequel s'est souvent polarisé autour des déterminants du recours aux PPP[117]. Les tenants d'une approche « microéconomique » considèrent que le recours aux PPP permet une répartition optimale des risques[118] alors que les tenants d'une lecture « macroéconomique » considèrent qu'une des raisons majeures de l'engouement pour les partenariats tient à la possibilité de placer de tels investissements hors des comptes publics.

En effet, la solution partenariale peut aussi bien relever d'un choix voulu que d'un choix subi par la collectivité publique. Face à la dégradation des comptes publics et à des critères de convergence européens aussi stricts que délibérément acceptés, le recours aux partenariats peut être vu comme un moyen d'émettre de la dette sans affecter le solde des comptes publics.

---

[112] Suzuki T., (2005), "Accounting for the Euro: The Operationalisation of Political Economy", SASE Meeting, Budapest, July.

[113] Von Hagen J. and Wolff G.B., (2006), "What do deficits tell us about debt? Empirical evidence on, creative accounting with fiscal rules in the EU", *Governance and the efficiency of economic systems discussion paper n° 148*, University of Mannheim, January.

[114] Marty F. et Voisin A., (2002), « Défense et financements innovants : Regards sur les expériences étrangères », avec Arnaud Voisin, *La Lettre du Management Public*, n° 42, septembre-novembre.

[115] Marty F., Vidal L. et Voisin A., (2004), « La réalisation des actifs immobiliers publics : Quelles modalités juridiques et financières ? », *Les Petites Affiches*, n° 254, décembre, pp. 9-24.

[116] Marty F. et Vidal L., (2006), « Contrat de partenariat et mécanismes financiers de droit privé », *Droit et Ville, Revue de l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction*, Université de Toulouse 1, n° 60-2005, pp.264-323, avril.

[117] English L. et Skellern M., (2005), " Editorial of the special issue on the public-private partnerships"», *International Journal of Public Policy*, vol. 1, n° 1-2, p. 1-21.

[118] Cette hypothèse fait même l'objet de contestations tenant compte du fait que le recours à un contrat peut rendre plus difficile la position publique face à des situations qui relèvent plus de l'incertitude que du risque. De la même façon, le contrat de long terme peut apparaître comme créateur de risques en lui-même.
Froud J. (2003), « The Private Finance Initiative: Risk, Uncertainty and the State », *Accounting, Organizations and Society*, vol. 28.

Les conséquences d'une telle stratégie seraient de deux ordres. Tout d'abord, le coût du financement serait toujours supérieur à celui d'un endettement public direct. Ensuite, de telles pratiques iraient à l'encontre de l'exigence croissante de transparence, de régularité, de fidélité et de sincérité des comptes publics comme privés. En d'autres termes, le développement généralisé de pratiques de *créativité comptable* dans la sphère publique pourrait conduire à la multiplication de « bombes à retardement » pour les finances publiques, particulièrement préjudiciables pour les générations futures. Au-delà de telles pratiques condamnables, le recours aux partenariats public-privé pose le problème plus global du recours à la dette. Le coût du paiement différé est une évidence qui ne concerne pas la seule sphère publique. La pauvreté coûte cher : disposer aujourd'hui d'équipements acquis à crédit se solde naturellement par un report de l'amortissement et des intérêts sur les contribuables de demain.

Articles dans des revues à comité de lecture

« The move to Accrual Based Accounting: The challenges facing central governments », avec Sylvie Trosa et Arnaud Voisin, *International Review of Administrative Sciences*, volume 72, number 2, June, pp. 203-222. [version française : « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, volume 72, numéro 2, Juin, pp. 213-232].

Articles dans des revues sans comité de lecture

« Contrat de partenariat et mécanismes financiers de droit privé », avec Laurent Vidal, *Droit et Ville, Revue de l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction,* Université de Toulouse 1, n° 60-2005, pp.264-323, avril 2006.

« Des administrations locataires : Principes et enjeux de la nouvelle gestion du domaine immobilier public », avec Arnaud Voisin, *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n° 12, pp.5-9, avril 2006.

« La réalisation des actifs immobiliers publics : Quelles modalités juridiques et financières ? », avec Laurent Vidal et Arnaud Voisin, *Les Petites Affiches*, n° 254, décembre 2004, pp. 9-24.

Communications

17ème Colloque de la *Society for the Advancement of Socio-Economics*, "Public Accounting, Procurement and Public Management: A Legal-Economic Perspective on Supervision of Public Spending in Industrialized Countries", avec Thierry Kirat, session *Accounting and Economics*, Budapest, Juillet 2005.

Les travaux réalisés depuis la thèse de doctorat ainsi que les projets actuellement menés s'inscrivent dans une approche d'économie institutionnelle du droit. Dans le cadre de cette dernière, les agents économiques ne sont pas seulement mus par une rationalité substantielle

et un comportement maximisateur, mais agissent en fonction de règles, notamment juridiques. De la même façon, les règles de droit ne sont pas seulement considérées comme des prix ou des règles de commandement auxquelles les agents se conforment sans écart. Elles sont, au contraire, l'objet de stratégies actives des agents économiques. Ces derniers peuvent les saisir comme ressources dans leurs stratégies de marché, voire tenter de les infléchir dans un sens favorable à leur intérêts par le jeu de la jurisprudence. De ce fait, il est possible de saisir les débats autour de la conception des règles et leur activation par les tribunaux comme la manifestation de conflits d'intérêts entre agents économiques, entre lesquels le législateur ou le juge cherchent à définir un compromis.

Ainsi, la logique institutionnaliste conduit à considérer que le sens effectif des règles de droit ne peut être saisie qu'au travers de l'analyse de leur mise en œuvre. La seule évaluation de leur énoncé ne suffit pas pour se prononcer sur leur efficacité ou sur les impacts potentiels de leur application. Ce sens peut alors être accessible au travers de l'analyse économique de corpus de décisions judiciaires. L'analyse des décisions des tribunaux, des organismes de contrôle, des autorités administratives indépendantes ou des autorités en charge de l'application des politiques de concurrence peut permettre d'accéder aux processus de définition, de construction progressive et d'évolution des règles.

Une telle approche se situe dans une logique de complémentarité avec les travaux menés dans le cadre d'une analyse économique du droit d'inspiration plus microéconomique. Ces dernières s'attachent notamment à une évaluation de l'efficacité économique des règles de droit. Nous proposons d'analyser celle-ci au travers des décisions de justice, en d'autres termes, de nous attacher plus à leur application qu'à la question de l'optimalité de leur conception. L'analyse de l'effet des règles des règles de droit, notamment sur les stratégies des acteurs économiques, n'est pas sans lien avec les débats autour de l'attractivité des différents systèmes juridiques, induits notamment par l'essor de la *New Comparative Economics*. Il s'agit, entre autres, de s'attacher à l'influence du cadre juridique sur la qualité des transactions et sur l'activation (*enforcement*) des règles de droit.

De telles problématiques font écho aux travaux actuellement menés sur le contrôle de l'exécution des contrats de partenariats public-privé dans les pays en développement, notamment en matière de préservation de l'équilibre économique du contrat dans un contexte d'asymétrie informationnelle pouvant favoriser le développement de stratégies opportunistes.

L'accent mis sur la qualité de la régulation publique dans le cadre des analyses de la *New Comparative Economics*, sur laquelle insiste Richard Posner[119], se retrouve notamment dans les travaux de Guash, Laffont et Straub[120] sur la contractualisation optimale en matière de partenariats public-privé dans les pays en développement.

Ainsi, les travaux à venir se développeront-ils dans ce cadre méthodologique, selon les mêmes deux axes, à savoir la commande publique et la réglementation.
En matière de commande publique, les recherches se concentreront d'une part sur les paramètres de la décision publique en matière de choix entre les différents instruments contractuels disponibles (marché, délégation ou contrat de partenariat public-privé) et d'autre part sur la prise en compte des cadres comptables et budgétaires en matière de contrôle des contrats (logiques d'*accountability*, d'évaluation de l'optimalité de la décision publique et de contrôle de l'exécution dans un contexte d'information incomplète et imparfaite).

En matière d'analyse économique de la réglementation, les travaux s'orienteront vers une analyse d'économie du droit appliquée aux politiques de concurrence *lato sensu* (i.e. contrôle des stratégies anticoncurrentielles, encadrement des aides publiques et contrôle des concentrations, réglementation des industries de réseaux). Il s'agira notamment dans le cadre d'analyses comparées transatlantiques, de s'attacher à la prise en compte des objectifs d'efficacité économique et de sécurité juridique des acteurs (conçue dans le sens d'une prévisibilité des décisions, dans la logique des travaux sur l'*incomplétude du droit*)[121].

[119] Posner R., (2006), "A Review of Steven Shavell's Foundations of Economic Analysis of Law", *Journal of Economic Literature*, volume XLIV, June, pp.405-414.
[120] Guash, J-L., Laffont J.-J. and Straub S., (2003), "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America", World Bank Policy Research Working Paper 3011,Washington D.C.
[121] Xu C. and Pistorr K., (2002), "Law Enforcement under Incomplete Law: Theory and Evidence from Financial Market Regulation", *Discussion* paper, n° TE/02/442, London School of Economics and Social Sciences, December.

Bibliographie

Aglietta M. et Rebérioux A., (2004), *Dérives du capitalisme financier*, Albin Michel Economie, Paris, 394p.

Amendola M., Gaffard J.-L and Marty F., (2004), « Prices, Costs and Investment: Why Sticky Prices are Necessary. An Illustration with the Case of Regulated-Deregulated Industries», 10th Schumpeter Society international conference, Milan, June.

Barreiro E., Marty F. et Reis E., (2004), « Rappeler ou ne pas rappeler ? L'affaire Mitsubishi », *Automobile & Composants*, Groupe Les Echos, n° 200, octobre.

Barreiro E., Marty F. et Reis P., (2005), « Les rappels dans le secteur automobile : une analyse en termes d'investissements réputationnels », *Revue Economique et Sociale*, n° 3 – 2005, septembre, pp. 173-184.

Bignon V., Biondi Y. et Ragot X., (2004), *Une analyse économique de la juste valeur*, Prisme, Centre Cournot pour la recherche en économie, Paris, octobre.

Borenstein S. and Holland S.P., (2003), "Investment Efficiency in Competitive Electricity Markets with and without Time Varying Prices", Center for the Study of Energy Markets, Working Paper 106R.

Bouttes J.-P., (2004), "Some Remarks on Market Design and Competition in Electricity", *Competition and Coordination in the Electricity Industry*, IDEI-CEPR, Toulouse, January.

Cartmell B., (2002), « How is UK PFI risk changing? », *Standard & Poor's*, October.

Coase R., (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, volume 1, pp.1-60.

Cohen E., (1995), « L'Europe entre marché et puissance. Le cas des politiques de l'industrie. Spécialisation, technologie, concurrence, commerce extérieur », *in* Mény Y., Muller P. et Quermonne J.-L., *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Paris, 352p, pp.183-202.

Conseil de la Concurrence, (2005), Avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005, relatif à une demande d'avis de l'association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes, 21p.

Dari-Mattiaci G. and Deffains B., (2006), "Uncertainty of Law and the Legal Process", Tinbergen Institute Discussion Paper, TI 2006-071/1, 41p.

de Neufville R. and Scholtes S., (2006), "Maximizing Value from Large-Scale Projects: Implementing Flexibility in Public-Private Partnerships", WP Engineering Systems Division, MIT, April.

Deakin S. and Pratten S., (1999), "Reinventing the Market? Competition and Regulatory Change in Broadcasting", *Journal of Law and Society*, volume 26, n° 3, September, pp.323-350.

Deakin S., (2006), "Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe ?", Centre for Business Research, University of Cambridge, WP n° 323, March, 24p.

Deffains B., (1997) « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue Française d'Economie*, n°3, 1997, pp.57-99.

Demsetz H., (1968), "Why Regulate Utilities?", *Journal of Law and Economics*, volume 11, pp.55-66.

Dewatripont M. (1986), « Renegotiation and information revelation over time in optimal labour contracts », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 104, p. 589-620.

Djankov S., Gleaser E.L., La Porta R., Lopez-de-Silanes F. and Shleifer A., (2003), "The New Comparative Economics", NBER, Working Paper n° 9608, April.

du Marais B., (2004), *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, Paris.

EDF, (1953), *A la recherche d'un criterium rationnel de choix d'investissement.*

English L. et Skellern M., (2005), " Editorial of the special issue on the public-private partnerships"», *International Journal of Public Policy*, vol. 1, n° 1-2, p. 1-21.

FitchRatings, (2003), *Risk Allocation Shift in UK PPP could cause Lower Ratings*, 14 May.

Froud J. (2003), « The Private Finance Initiative: Risk, Uncertainty and the State », *Accounting, Organizations and Society*, vol. 28.

Glaeser E.L., La Porta R., Lopez-de-Silanes F., and Shleifer A., (2004), "Do Institutions Cause Growth?" *Journal of Economic Growth*, September.

Guash, J-L., Laffont J.-J. and Straub S., (2003), "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America", World Bank Policy Research Working Paper 3011,Washington D.C.

Hacking I., (1983), *Representing and Intervening*, Cambridge University Press.

Hart O. (2003), « Incomplete contracts and public ownership: remarks, and an application to public-private partnerships », *The Economic Journal*, vol. 113, mars, p. C69-C76.

Hart O. and Moore J., (1990), "Property rights and the nature of the firm", *Journal of Political Economy*, vol. 98, n° 6, p. 1119-1185.

Hart O., Shleifer A. and Vishny R.W. (1997), « The proper scope of government: theory and application to prisons », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, n° 4, p. 1126-1161.

Hines R., (1988), "Financial Accounting: In Communicating Reality, we Construct Reality", *Accounting Organization and Society*, volume 13, n° 3, pp. 251-262.

Hopwood A.G. and Miller P. (ed), (1994), *Accounting as Social and Institutional Practice*, Cambridge University Press.

Kirat T., (2003), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ.

Kirat T., (2005), « L'économie des dispositifs de l'exécution des contrats administratifs : le cas des marchés industriels de Défense », in Chatel E., Kirat T. et Salais R. (s.d.), *L'action publique et ses dispositifs : Institutions, Economie, Politique*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 417-440.

Kirat T. (s.d.), (2005), Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public, La Documentation Française, Paris, août.

Kirat T. and Marty F., (2006), « Contract Law (Economic Analysis of) », *in Encyclopedia of Law and Society – American and Global Perspectives*, SAGE Publications, *à paraître.*

Kirat T. et Marty F., (2005), « L'économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs: Les problématiques économiques », *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation Française, Paris, août, pp. 25-56.

Kirat T. et Marty F., (2005), « Les logiques économiques du contrôle *a priori* des marchés publics par les commissions spécialisées des marchés », *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation Française, Paris, août, pp. 193-212.

Kirat T. et Marty F., (2006), *Economie du Droit et de la Réglementation*, Mémento LMD, Gualino, Paris, à paraître.

Kirat T. et Marty F. (2006), « La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économico-juridique du secteur électrique et des marchés publics », *Economie et Prévision*, à paraître.

Kirat T. et Serverin E., (2000), *Le droit dans l'action économique,* éditions du CNRS, Paris.

Kirat T., Bayon D. et Blanc H., (2003), *Maîtriser les coûts des programmes d'armement : Une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis,* Les Rapports de l'Observatoire Economique de la Défense, La Documentation Française, Paris, 348p.

Kirat T., Marty F. et Vidal L., (2005), « Le risque dans le contrat administrative ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », , *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XIX, n° 3 – 2005, pp. 291-318.

Kirat T., Vidal L. et Marty F., (2005) « Le juge administratif et le risque : Sujétions imprévues et imprévision dans le contentieux du contrat administratif », *in* Kirat T. (s.d.), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public,* La Documentation Française, Paris, août, pp. 213-248.

Kirzner I., (1978), "Government Regulation and the Market Discovery Process", in *Perils of Regulation: a Market Process Approach*. University of Miami, School of law, Coral Gables, FL, section IV, pp.13-19..

Korobkin R. (2001). "Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfall", *Research Paper, n° 01-22*, UCLA School of Law.

Laffont, J.-J. and Tirole J. (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation,* MIT Press.

Lebègue D. (2005), « Le prix du temps et la décision publique », Commissariat général du Plan/La Documentation française, Paris, février.

Lévêque F., (2005), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : lequel est le plus sévère ? », *Concurrences*, n° 2-2005, pp.10-14.

Marty F., (2002), « Pluralité et dynamique des conventions de réglementation : Une analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur électrique », Thèse de doctorat es sciences économiques, ENS de Cachan, décembre.

Marty F., (2003), « Conventions de réglementation et configurations productives et institutionnelles des marchés : application au secteur électrique », *Cahiers Lillois d'Economie et de Sociologie*, CLES, L'Harmattan, n° 41-42, pp.231-249.

Marty F., (2004), « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, n° 4 – 2004, pp. 435-459.

Marty F., (2004), « Déséquilibres et défaillances des marchés électriques : La libéralisation est-elle coupable ? », *L'Economie Politique*, n° 24, 4ème trimestre 2004, pp.43-58.

Marty F., (2005), « Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence : Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes», *La Revue de l'OFCE*, numéro spécial *Attractivité, Délocalisations et Concurrence Fiscale*, n° 94, Juillet, pp. 97- 125.

Marty F., (2005), « Dynamique technique et réglementation du service public de l'électricité », dans Bouget D. et Karsenty S. (dir.), *Regards croisés sur le lien social*, L'Harmattan, Paris, pp.275-291.

Marty F., (2005), « La jurisprudence concurrentielle relative aux services publics : Les enseignements de l'analyse lexicale », *in* Chatel E., Kirat T. et Salais R. (s.d.), *L'action publique et ses dispositifs : Institutions, Economie, Politique*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 317- 345.

Marty F., (2006), « L'obligation d'achat d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables : une défaillance de la réglementation ? », *in* Revet T., (s.d.), *Annales de la Régulation*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome IX, volume 1, Université de Paris 1, Paris, avril 2006, pp. 605-623.

Marty F., (2006), « La libéralisation du secteur électrique : Une approche en terme de dynamique conventionnelle », *in* Eymard-Duvernay F. (s.d.), *L'économie des conventions, méthodes et résultats*, tome II : *Développements*, Paris, La Découverte, avril, 480p.

Marty F. and Saglietto L., (2006), "Strategic airline alliances: a review of the elements for understanding the competition stakes", 3rd European Network on the Economics of the Firm (ENEF) Meeting, *Regulation and Governance of the Firm*, Sophia-Antipolis, September.

Marty F. et Vidal L., (2006), « Contrat de partenariat et mécanismes financiers de droit privé », *Droit et Ville, Revue de l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction,* Université de Toulouse 1, n° 60-2005, pp.264-323, avril.

Marty F. et Voisin A., (2002), « Défense et financements innovants : Regards sur les expériences étrangères », avec Arnaud Voisin, *La Lettre du Management Public*, n° 42, septembre-novembre.

Marty F. et Voisin A., (2004), « L'externalisation : Les enseignements des expériences étrangères », in *Le Management au ministère de la Défense*, Centre de Formation au Management du Ministère de la Défense, Editions d'Organisation, Paris.

Marty F. et Voisin A., (2005), « Les contrats de partenariats public-privé dans le domaine pénitentiaire : L'expérience britannique », avec Arnaud Voisin, *Politiques et Management Public*, volume 23, n° 2, juin, pp. 21-42.

Marty F. et Voisin A., (2005), « Les contrats de partenariats public-privé dans le domaine pénitentiaire : L'expérience britannique », *Politiques et Management Public*, volume 23, n° 2, juin, pp. 21-42.

Marty F. et Voisin A., (2006), « Des administrations locataires : Principes et enjeux de la nouvelle gestion du domaine immobilier public », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n° 12, pp.5-9, avril.

Marty F. et Voisin A., (2006), « L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : La montée des risques », avec Arnaud Voisin, Revue Française de Finances Publiques, n° 94, mai, pp.107-120.

Marty F. et Voisin A., (2006), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *Private Finance Initiative* à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariats à l'aune de l'expérience britannique », *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 2006-2, à paraître.

Marty F., Trosa S. and Voisin A., (2005), « The Financial Determinants of Government Commitment in Public-Private Partnerships », *International Journal of Public Policy*, volume 1, n° 1-2, pp. 41-57.

Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2003), « Le "chaînon manquant" des contrats publics : Les partenariats public-privé entre marchés publics et délégation de service public », *Pouvoirs Locaux – Les Cahiers de la Décentralisation*, n° 59- IV, décembre.

Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2003), « Les partenariats public-privé : Démission ou retour de la Puissance Publique ? », *La Lettre du Management Public*, n° 45, mai-juin.

Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2005), « The Financial Determinants of Government Commitment in Public-Private Partnerships », *International Journal of Public Policy*, volume 1, n° 1-2, pp. 41-57.

Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2006), « The move to Accrual Based Accounting: The challenges facing central governments », *International Review of Administrative Sciences*, volume 72, number 2, June, pp. 203-222. [version française : « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, volume 72, numéro 2, Juin, pp. 213-232].

Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2006), *Les partenariats public-privé*, La Découverte, collection Repères, n° 441, Paris, 122p, mai.

Marty F., Vidal L. et Voisin A., (2004), « La réalisation des actifs immobiliers publics : Quelles modalités juridiques et financières ? », avec Laurent Vidal et Arnaud Voisin, *Les Petites Affiches*, n° 254, décembre 2004, pp. 9-24.

Mc Sweeney B., (1997), "The Unbearable Ambiguity of Accounting", *Accounting, Organizations and Society*, volume 22, n° 7, pp. 691-712.

Ménard C. et du Marais, B. (2006), "Can we rank legal systems according to their economic efficiency?", in P. Nobel (dir.), *New Frontiers of Law and Economics*, Saint Gall, Schulthess.

Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie, (2005), *Les contrats de partenariats : Principes et méthodes*, Paris, mai.

Mission dynamisation du patrimoine immobilier de l'État, (2005), *Protocole d'expérimentation des loyers budgétaires adressé à la DGCCRF*, DGI, MINEFI, 21 décembre.

Montalcino C., (2001), « Concurrence et commande publique », *in* Cohen E. Et Mougeot M., *Enchères et Gestion Publique*, Rapport du CAE, La Documentation Française, Paris, 281p.

Mougeot M. et Naegelen F., (1988), « Analyse micro-économique du code des marchés publics », *Revue Economique*, n° 4, juillet, pp. 725-752.

National Audit Office, (1999), *Examining the value of deals under the Private Finance Initiative*.

National Audit Office, (1999), *The PFI Contract for the New Dartford and Gravesham Hospital*, House of Commons, n° 423, session 1998-1999.

National Audit Office, (2000), *The refinancing of the Fazakerley PFI prison contract*, HC 584, session 1999-2000, June.

Piron V., (2004), « La dimension économique du partenariat public-privé dans les transports », *in Transports*, n° 424, mars-avril, p. 93-103

Posner R., (2003), *Economic Analysis of Law*, 6th edition, Aspen Publishers, New York.

Posner R., (2006), "A Review of Steven Shavell's Foundations of Economic Analysis of Law", *Journal of Economic Literature*, volume XLIV, June, pp.405-414.

Salais R. et Storper M., (1993), *Les mondes de production ; enquête sur l'identité économique de la France*, éditions de l'EHESS, Paris, 467p.

Schleifer A., Glaeser E., La Porta R., Lopez de Silanes F. and Djankov S., (2003), The New Comparative Economics, Working Paper n° 3054, Harvard Institute of Economic Research, July.

Serverin E., (2000), *Sociologie du Droit*, Repères – La Découverte, Paris.

Shwartz G.T., (1991), "The Myth of the Ford Pinto Case", *Rutgers Law Review*, volume 43, pp. 1013-1068.

Standards & Poor's, (2003), Credit Survey of the U.K. Private Finance Initiative and Public-Private *Partnerships*, Public Finance / Infrastructure Finance, April.

Suzuki T., (2005), "Accounting for the Euro: The Operationalisation of Political Economy", SASE Meeting, Budapest, July.

Treasury Task Force, (1997), "How to Construct a Public Sector Comparator", Technical Note n° 3.

Trosa S., Marty F. et Voisin A., (2004), « La construction des méthodes de comparaison de coût public-privé. Les enseignements des expériences étrangères », *Politiques et Management Public*, volume 22, n° 3, septembre, pp. 43-61.

von Hagen J. and Wolff G.B., (2006), "What do deficits tell us about debt? Empirical evidence on, creative accounting with fiscal rules in the EU", *Governance and the efficiency of economic systems discussion paper n° 148*, University of Mannheim, January.

Williamson O.E., (1976), “Franchise Bidding for Natural Monopolies – in General and with Application with CATV”, *Journal of Law, Economics and Organizations*, vol.15, pp.306-342.

Wisman J., (1985), “Economics, Subjectivism and Public Choice”, *Market Process*, (3) 2, autumn, pp.14-15.

Xu C. and Pistorr K., (2002), "Law Enforcement under Incomplete Law: Theory and Evidence from Financial Market Regulation", *Discussion* paper, n° TE/02/442, London School of Economics and Social Sciences, December.

Yekur R., Morrison J., Steiner E.H. and Schmel I., (2001), “Product Liability: Its Impact on the Auto Industry, Consumers and Global Competitiveness”, *Business Horizon*, March-April, pp. 61-66.

Sommaire

I – Présentation des Travaux : Fondements théoriques et méthodologie 3
II – Travaux réalisés 8
II - 1 Economie de la réglementation: 8
II - 1- 1 Application à la réglementation des industries de réseaux 8
Les travaux dérivés de la thèse de doctorat : une réflexion sur la construction de la réglementation 8
Extension des travaux depuis la thèse sur les thèmes de l'économie de la réglementation et du cas particulier du secteur électrique. 14
Prolongement des travaux sur le secteur électrique 16
II – 1 -2 Economie du Droit et Economie de la concurrence: une application aux aides d'Etat 20
II – 2 Economie de la commande publique 22
II – 2 - 1 Economie des marchés publics 22
II – 2 - 2 Economie des contrats de partenariat 31
Les déterminants du recours aux contrats de partenariat 34
Analyse économique des contrats de partenariats 38
III – Perspectives de recherche 48
III – 1 Economie du droit et de la concurrence 48
Economie de la responsabilité 48
Economie de la concurrence 51
III – 2 Encadrement comptable et budgétaire des contrats administratifs: Le cas des contrats de partenariats public-privé et la nouvelle constitution financière de l'Etat 53
Nouvelle constitution financière de l'Etat et encadrement des contrats administratifs ... 54
Nouveau cadre budgétaire et gestion des actifs publics : une application à l'immobilier 57
Adoption de normes comptables issues du privé, contrats de partenariats et stratégies budgétaires 60
Bibliographie 67
Sommaire 78
Annexe: sélection de publications 79

Annexe: Sélection de publications

1. « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, n° 4 – 2004, pp. 435-459.
2. « Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence : Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes», *La Revue de l'OFCE*, n° 94, Juillet 2005, pp. 97- 125.
3. « The Financial Determinants of Government Commitment in Public-Private Partnerships », avec Sylvie Trosa et Arnaud Voisin, *International Journal of Public Policy*, volume 1, n° 1-2, 2005, pp. 41-57.
4. « L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : La montée des risques », avec Arnaud Voisin, *Revue Française de Finances Publiques*, n° 94, mai 2006, pp.107-120.
5. « The move to Accrual Based Accounting: The challenges facing central governments », avec Sylvie Trosa et Arnaud Voisin, *International Review of Administrative Sciences*, volume 72, number 2, June, pp. 203-222.
6. « La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économico-juridique du secteur électrique et des marchés publics », avec Thierry Kirat, *Economie et Prévision*, à paraître.