HAL
open science

La régulation des contrats publics complexes de long terme à l'épreuve des imperfections informationnelles

Frédéric Marty

To cite this version:

Frédéric Marty. La régulation des contrats publics complexes de long terme à l'épreuve des imperfections informationnelles. 2017. halshs-01659946

HAL Id: halshs-01659946

https://shs.hal.science/halshs-01659946v1

Submitted on 9 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DISCUSSION PAPER SERIES

CHAIRE EPPP

ÉCONOMIE DES PARTENARIATS PUBLIC - PRIVÉ

EPPP DP No. 2017-7

La régulation des contrats publics complexes de long terme à l'épreuve des imperfections informationnelles

Frédéric Marty

Décembre 2017

La régulation des contrats publics complexes de long terme à l'épreuve des imperfections informationnelles[1]

Frédéric MARTY

CNRS – GREDEG – Université Côte d'Azur

Chaire EPPP – Sorbonne Business School

Le contrat administratif complexe de long terme est particulièrement exposé aux risques liés au caractère incomplet et asymétrique de l'information. Il peut s'ensuivre des renégociations imposées et déséquilibrées ou des défaillances dans l'exécution des contrats. Les risques liés aux imperfections informationnelles peuvent être limitées *ex ante* via les conditions de mise en concurrence et de contractualisation. *Ex post* se pose la question du management de la relation contractuelle et notamment de sa régulation. Après avoir envisagé la portée et les limites de la régulation par contrat, l'article s'interroge sur les possibilités de régulation par des tiers, qu'il s'agisse du juge, dans le cadre d'une régulation contentieuse, ou d'une cellule experte, des institutions de contrôle des comptes publics ou une autorité de régulation spécialisée.

Mots-clés : contrats publics, asymétrie d'information, renégociation, régulation

Codes JEL: H57, D21, D43

Public procurement contracts, especially long-term and complex ones, are particularly exposed to the risks induced by information incompleteness and asymmetry. These imperfections may lead to unbalanced renegotiations if not contract failures. However, these risks may be contained through award procedures and contractual choices. In the operating stage, the issue is not only related to the contractual relation management but also to its regulation. After discussing the capacity of regulation by contract models to address these issues, we envisage

[1] L'auteur remercie Etienne Muller et les participants du colloque *La commande publique : un levier pour l'action publique ?* organisé les 12 et 13 octobre 2017 par l'Université de Strasbourg pour leurs remarques. Toute erreur ou imprécision demeure néanmoins de sa seule responsabilité.

the case of an external regulation by successively considering the judge, a dedicated administrative taskforce, the superior bodies of public accounts supervision, and a sector-specific regulator.

Keywords: Public procurement contracts, information asymmetries, renegotiations, contract regulation

JEL Codes: H57, D21, D43

La notion d'information imparfaite recouvre deux caractéristiques distinctes : son incomplétude d'une part et son asymétrie d'autre part. Sans ces deux imperfections, il n'existerait aucun problème pour sélectionner le meilleur candidat pour un contrat public (marché ou concession) et pour rédiger un contrat complet (qui prévoit les obligations de chacun dans tous les états du monde possible). Qui plus est la mise en œuvre des clauses contractuelles ne poserait aucun problème en regard de l'observation et de la caractérisation des efforts de l'agent pour satisfaire ses obligations. Le meilleur candidat serait choisi, le meilleur contrat serait passé et son exécution se ferait sans anicroche.

La perfection n'étant pas de ce monde, l'information peut être asymétriquement distribuée et incomplète. Deux difficultés doivent être prises en considération : l'une *ex ante*, l'antisélection ; l'autre *ex post,* l'aléa moral. Ces deux écueils peuvent être maîtrisables quand l'acquisition porte sur un bien standardisé que de nombreuses entreprises sont capables de produire et que le contrat ne se déploie pas dans le temps. L'absence de complexité de l'objet de la transaction et le fait qu'elle ne s'étale pas dans le temps sont deux facteurs qui contribuent à limiter ces deux risques. A l'inverse, les enjeux posés par l'imperfection de l'information sont d'autant plus significatifs que les contrats portent sur des services complexes et évolutifs et qu'ils se déploient sur le long terme. Autant dire que le problème se pose particulièrement pour les marchés de partenariat et les concessions.

Nous nous proposons donc dans ce texte d'envisager s'il est réellement possible de prévenir ces risques *ex ante* pour les contrats qui nous concernent mais aussi et surtout s'il est effectivement envisageable de les maîtriser efficacement *ex post*.

A cette fin, nous adoptons un plan en deux parties. La première partie propose quelques éléments de définitions et une rapide caractérisation des impacts de l'asymétrie d'information sur les contrats publics, avant de s'attacher aux outils à la disposition de la personne publique

pour limiter l'aléa autant que possible. Il s'agit en d'autres termes de la prévention *ex ante*. La deuxième partie porte sur la possibilité de réaliser l'impossible, c'est-à-dire de protéger la personne publique contre l'aléa *ex post*. Elle nous conduit à nous interroger sur les instruments de régulation contractuelle que peut mobiliser l'acheteur public pour éviter ou maîtriser la matérialisation de ces aléas en cours de contrat mais aussi sur les possibilités d'interventions de tiers au contrat pour jouer un tel rôle, à savoir le juge administratif, des unités centralisées d'expertise publique, le contrôleur des comptes publics ou une autorité administrative indépendante spécialisée.

I – De la reconnaissance de l'impact des asymétries informationnelles dans la formation et l'exécution des contrats publics à la définition de contre-mesures

Nous nous proposons dans un premier temps de caractériser la notion d'asymétrie informationnelle dans ses liens avec l'économie des contrats administratifs (A) avant de nous attacher aux dispositifs que peut mettre en œuvre la personne publique pour limiter l'aléa auquel elle est exposée (B).

A- Caractérisation des asymétries informationnelles en économie des contrats

Comme nous l'avons noté en introduction, il est nécessaire de distinguer les impacts des imperfections informationnelles *ex ante* des impacts des imperfections *ex post.*

a) L'antisélection

Au point de vue théorique*, ex ante*, l'incertitude sur la qualité des offreurs peut conduire à une défaillance de marché. Il s'agit du cas classique posé par le *market for lemons* d'Akerlof (1970). Si le système de prix ne permet pas de révéler la qualité des biens et services et ne procure qu'une valeur moyenne, il est possible que le marché soit déserté par des offreurs de qualité (dont le service serait sous rémunéré en regard des coûts qui lui sont associés) et que ne demeurent que des offreurs de mauvaise qualité. Dans une telle situation, un consommateur averti aurait toute raison de renoncer à la transaction. La défaillance de marché serait alors totale.

Si l'exemple peut paraître extrême, il permet néanmoins de souligner qu'un prix moyen n'est un bon signal que pour choisir un bien ou un service dont les spécifications sont parfaitement connues (i.e. se rattachant à un monde de production industriel, selon Salais et Storper (1993) et pour lequel les caractéristiques intrinsèques de l'offreur ne jouent guère. La situation est par définition bien différente dès lors qu'il s'agit de biens dont la spécification ne peut être définie

ex ante, qui sont co-élaborés entre offreurs et demandeurs et pour lesquels l'expertise de l'offreur est une composante essentielle de la qualité. Il est parfois possible d'évaluer la qualité d'un bien *ex post*, on parle alors de bien d'expérience. Cependant, il n'est pas aisé de transférer l'évaluation réalisée d'un opérateur à un autre. Il n'est même pas toujours aisé de tenir compte de cette expérience accumulée, comme nous pouvons le voir pour la commande publique. Pour aller plus loin, il est même des biens pour lesquels la qualité est difficile à évaluer tant *ex ante* qu'*ex post*. Il s'agit alors de biens de confiance (Karpik, 2007). Pour de tels biens (et services) le prix qui ressort du marché ne permet pas de révéler la qualité intrinsèque. Le risque d'anti-sélection est maximal.

L'asymétrie d'information *ex ante* expose donc la commande publique à plusieurs types d'échecs possibles.

Un premier type d'échec peut tenir au caractère infructueux de la mise en concurrence. La personne publique peut constater à l'issue de celle-ci que nul offreur n'est en mesure de réaliser la prestation ou de s'engager sur le niveau de qualité requis. Un tel échec peut également procéder du refus des contractants d'accepter telle ou telle formule de paiement ou telle ou telle clause contractuelle en matière de transfert de risques. Prenons par exemple les deux modèles canoniques de contrats : le contrat de *type cost plus fees* et le contrat à prix forfaitaire[2]. Dans le premier le contractant public mesure les coûts de son contractant, les rembourse et lui garantit une marge définie par le contrat. Dans le second, le contrat définit le prix qui sera acquitté une fois le service fait. Dans ce cas, le contractant obtiendra la même somme quels que soient le niveau effectif de ses coûts. Il n'aura aucune garantie quant à la rémunération de ses investissements et pourrait même subir une perte sèche. Par contre, plus il parvient à faire baisser ses coûts sous le prix contractuel, plus il accroît sa marge bénéficiaire. Une personne publique pourrait préférer ce type de contrat dans la mesure où il la protège contre le risque de dérives de coûts dans les projets[3]. Cependant, si les offreurs considèrent que le risque transféré

[2] Malgré leur simplicité ces deux types de formules de paiements sont celles qui sont le plus souvent utilisées. Voir Bajari et Tadelis (2001) pour une analyse empirique et Gottlieb et Moreira (2015) pour une explication théorique de la préférence des personnes publiques pour les formules contractuelles les plus simples.

[3] Notons que nous faisons l'hypothèse que la personne publique se caractérise par une aversion et non une neutralité vis-à-vis du risque et nous supposons même que son aversion dépasse celle des contractants privés potentiels. En effet préférer un contrat à prix forfaitaire conduit à transférer le risque vers le contractant. Une telle attitude revient à considérer que la prévention du risque de dérapage budgétaire justifie le paiement d'une prime de risque. En d'autres termes, plus la personne publique fera face à une situation budgétaire tendue, plus forte sera sa propension à recourir à des contrats à prix forfaitaires même si cela se traduit par un surcoût pouvant dépasser l'espérance mathématique de coûts additionnels dans le cadre d'un contrat à remboursement de coûts. Il convient cependant de souligner que proposer un contrat à prix forfaitaire peut également se justifier en dehors de toute considération de *stress budgétaire*, dans une logique de contrats séparateurs conduisant les offreurs à révéler leur type ; logique que nous présenterons *infra*.

est trop élevé ou plus simplement difficile à anticiper, il est possible que la prime exigée soit excessive pour la personne publique voire que l'appel d'offres ne reçoive pas de réponses. Dans une telle situation, l'asymétrie d'information est coûteuse pour la personne publique dans la mesure où elle suppose d'organiser une nouvelle mise en concurrence. Elle peut induire des délais additionnels dans la fourniture d'un service au public et implique de supporter à nouveau les coûts du processus de mise en concurrence (il s'agit de coûts de transaction *ex ante*).

L'asymétrie d'information *ex ante* peut également pénaliser la personne publique au travers d'une surestimation du niveau de concurrence espérée pour le marché. Moins sont nombreux les offreurs, moins efficace sera la mise en concurrence. Or, la concurrence *pour* le peut faire office de substitut à la concurrence *dans* le marché si celle-ci atteint un degré suffisant (Demsetz, 1968). A l'extrême dans un marché monopolistique ou étroitement oligopolistique, il est plus efficace (pour limiter la marge du contractant privé) d'opter pour une procédure négociée que pour une procédure concurrentielle. En d'autres termes, plus forte est l'asymétrie d'information *ex ante* sur le niveau de la concurrence pour le marché, plus fort seront les risques d'opter pour une formule de prix ou un mode de mise en concurrence inadaptés.

Les asymétries *ex ante* peuvent s'exercer au détriment de la personne publique mais pour autant il ne s'agit pas de négliger les cas où les deux parties font face à une forte incertitude *ex ante* sur les caractéristiques de l'objet de la transaction et des coûts qui y seront associés. Il s'agit alors d'imperfections informationnelles bilatérales. Elles peuvent être observées, par exemple, dans des marchés de partenariat « complexes ». Dans une telle situation – qui caractérise la complexité au sens de la directive européenne de 2004 – la personne publique est dans l'incapacité à rédiger un cahier des charges détaillé et ne peut simplement établir qu'un programme fonctionnel. Du fait de cette absence de traduction en spécifications techniques des besoins, les deux parties évoluent intrinsèquement dans une information imparfaite *ex ante*. L'information est à la fois incomplète et asymétrique.

b) L'aléa moral

Plus fortes sont les imperfections informationnelles *ex ante*, plus significatif sera le risque de difficultés d'exécution du contrat *ex post*, à la fois du fait de la survenance d'évènements non prévus (car parfois imprévisibles) *ex ante* et de la possibilité de mise en œuvre par l'un des contractants (pas obligatoirement le seul partenaire privé) de comportements opportunistes.

En effet, non seulement le contrat ne pourra pas prévoir l'ensemble des obligations de chacun pour l'ensemble des *états de monde futurs possibles*, ce qui laisse une première possibilité de

mise en œuvre de comportements opportunistes, mais la bonne exécution des obligations de chacun peut s'avérer difficile à contrôler et surtout à mesurer de façon objective. Ce faisant un des deux contractants peut jouer sur les ambiguïtés du contrat pour dégager sa responsabilité en cas de sous performance ou exiger une modification de ce dernier pour toute mission qu'il pourrait juger de façon opportuniste comme extérieure à l'engagement contractuel initial[4].

Une première conséquence de l'in-observabilité des efforts de l'agent peut tenir au fait qu'un agent prenant compte de l'imprécision de certaines clauses contractuelles, notamment en matière de qualité du service, peut dans le cadre d'un contrat à prix forfaitaire engager des investissements de nature à réduire ses coûts au détriment de la qualité du service rendu. Nous retrouvons ici les conclusions de Hart et al. (1997).

Nous arrivons ici à l'un des premiers écueils des contrats complexes de long terme. La prévention des risques d'opportunisme peut conduire à vouloir prévoir de la façon la plus exhaustive les obligations de chacun dans tous les *états du monde futurs possibles*. Cependant de tels contrats – qui s'articulent bien avec une culture juridique anglo-saxonne – présentent deux défauts. Le premier défaut est leur coût. Ils accroissent en effet les coûts de transaction *ex ante*. Le second défaut tient au fait que la substitution de règles précises et exhaustives à des principes conduit à réduire la part de l'interprétation que pourrait réaliser le juge du contrat. En d'autres termes, plus les *possibles* sont détaillés, plus les conséquences de la survenance d'un *possible* non anticipé se traduiront par une renégociation.

Le risque maximal pour un contractant public, faisant face à une double incertitude *ex ante* sur les spécifications de son besoin et sur les qualités des candidats, serait de rédiger un contrat avec un opérateur disposant d'un avantage informationnel qui pourrait le conduire à ne pas lui révéler une contrainte qui serait de nature à remettre en cause la bonne exécution du contrat. Quel que soit le soin apporté à la rédaction du contrat, la nécessité d'intégrer l'aléa non anticipé à son économie pourrait significativement bouleverser son équilibre financier.

Une entreprise opportuniste consciente de son avantage informationnel sur son partenaire public pourrait s'engager dans une stratégie de *hold-up contractuel* qui combinerait anti-sélection et aléa moral. Il s'agirait de proposer une offre « irrationnellement » basse lors de la phase de mise en concurrence – de façon à écarter la concurrence – puis de réclamer une

[4] Dans des contrats publics de long terme, les surcoûts liés à des travaux modificatifs – pour lesquels une mise en concurrence est impossible – peuvent être très significatifs. Pour une illustration, voir le contrat de Bail emphytéotique hospitalier (BEH) relatif à l'hôpital Sud-Francilien (Chambre régionale des comptes d'Ile de France, 2014).

renégociation dès la survenance des difficultés – en vue d'obtenir une compensation en termes d'augmentation des prix ou une modification favorable des termes contractuels.

Aléa moral, information comptable et interprétation des clauses contractuelles

Avant de nous attacher à ce point, il convient de souligner que souvent la manifestation de l'aléa moral prend des formes moins spectaculaires que la renégociation. Il peut porter sur les choix et conventions comptables pour lesquels va opter le contractant de la personne publique. Un tel phénomène est par exemple mis en évidence par la Chambre Régionale des Comptes des Hauts de France (CRC Hauts de France, 2017) dans son rapport d'observation sur le stade Pierre Mauroy de la Métropole Européenne de Lille (ci-après MEL). La Chambre relève notamment que la MEL souffre d'un déficit d'information sur les charges courantes. Elle considère que le modèle financier annexé au contrat de partenariat (issu de la cristallisation des taux réalisée en septembre 2011) est incomplet dans la mesure où la MEL accède certes à l'information relative aux revenus commerciaux dégagés par l'exploitation du stade en contrat de partenariat (des recettes garanties doivent lui être reversées) mais elle ne peut connaître les coûts de production desdites activités commerciales.

Un second exemple d'aléa moral relié aux dimensions comptables peut être apporté par ce même stade de Lille. Le partenaire privé présente des résultats d'exploitation très déficitaires posant la question de sa capacité à reverser un intéressement à la personne publique sur ses revenus commerciaux (une dimension pourtant importante en termes de soutenabilité budgétaire des loyers) mais aussi de sa viabilité financière même. Si les difficultés rencontrées sont réelles, comme le montre le rapport d'observations définitives de la CRC, une partie du déficit comptable peut néanmoins être attribué à certains choix comptables de ce dernier. Un de ces choix mérite d'être analysé en détail. En effet, la société projet amortit ses actifs. Les dotations aux amortissements pèsent sur le résultat comptable. Cependant, la société n'a pas vocation à renouveler son infrastructure dans la mesure où comme le souligne la CRC l'actif doit être transféré à la personne publique en fin de contrat.

Parfois la possibilité de déploiement de stratégies qui pourraient être attribuées, à tort ou à raison – à une stratégie d'aléa moral, ne tient pas à l'opacité des choix comptables que peut opérer le contractant de l'administration mais tout simplement d'ambiguïté dans la rédaction ou plutôt dans l'interprétation des clauses contractuelles. L'exemple du Stade Pierre Mauroy est à nouveau intéressant à ce titre. Dans le calcul de la redevance que doit verser la MEL à la société *ad hoc* en charge de l'opération de PPP, une divergence d'interprétation existe sur la

prise en compte des consommations d'électricité et de gaz. Le contractant privé demande une compensation au montant réel quand le contractant public interprète la clause comme conduisant à une compensation forfaitaire. L'exemple peut paraître anecdotique mais il est susceptible d'aggraver les différends entre les deux contractants et de mettre en cause la nécessaire confiance entre ces derniers. Un deuxième exemple de ces divergences, toujours dans la même opération, est susceptible d'être plus lourd de conséquences sur l'équilibre économique du contrat. Au titre de l'exploitation commerciale du stade, les revenus additionnels doivent être partagés entre les deux contractants. A nouveau, le différend naît d'une divergence dans l'interprétation des clauses contractuelles. Le contractant public considère que le partage doit porter sur les recettes quand le partenaire privé soutient que le partage ne s'entend que sur l'excédent brut d'exploitation.

Aléa moral et renégociations

Les divergences entre les deux contractants peuvent parfois aller jusqu'à impliquer des renégociations. Deux remarques sont à formuler sur la possibilité de mise en œuvre de stratégies opportunistes *ex post* se traduisant par des renégociations. D'une part, cette stratégie qui revient à l'équivalent logique d'une stratégie de prédation en droit de la concurrence, peut se déployer bien avant la conclusion du contrat. Par exemple, dans le cadre d'un dialogue compétitif, un candidat, qui anticipe que ses derniers adversaires dans la phase de négociation ne seront pas en mesure d'exercer une réelle menace concurrentielle, peut accroître progressivement ses exigences. D'autre part, toute renégociation majeure précoce dans la vie d'un contrat peut ne pas résulter d'une telle stratégie opportuniste. La renégociation peut être indispensable pour corriger l'équilibre économique du contrat afin de permettre sa bonne exécution dès lors qu'elle est le fruit d'une erreur du contractant quant à ses coûts ou à ces capacités techniques pour mener à bien la mission qui lui a été confiée. Ce risque d'erreur *ex ante* du partenaire privé est d'autant plus probable que l'information disponible sur les coûts et risques associés au projet était imparfaite. Nous retrouvons ici le cas de la malédiction du vainqueur ; cas d'autant plus probable que le contrat est attribué au travers d'une concurrence en prix[5].

[5] Pour une analyse empirique du cas italien, voir Decarolis (2014). Ce dernier met l'accent sur l'arbitrage entre gains sur le prix des enchères et faible performance contractuelle (quand les engagements ne sont pas effectivement contraignants) dès lors que l'attribution du contrat se fait sur le critère du prix. Ses estimations montrent que la moitié des gains initiaux lors de la phase d'attribution sont annulés *ex post* au travers des renégociations. La solution suggérée est de mettre en œuvre une procédure d'examen des prix les plus faibles – dans l'esprit du traitement dans le code des marchés publics des offres anormalement basses. Le coût estimé de cette procédure est cependant d'un tiers des gains initiaux liés au choix d'une procédure d'enchères au premier prix et du rallongement de la durée d'attribution du contrat.

Il convient de mettre en exergue le fait que les renégociations ne sont pas toujours négatives. Elles permettent d'ajuster le contrat à des conditions imprévues et de rendre possible sa bonne exécution. En d'autres termes, elles peuvent s'avérer essentielles à la continuité du service public (de Brux, 2010). Elles n'en constituent pas moins un évènement imprévu *ex ante* qui peut mettre en cause l'équilibre économique du contrat pour la personne publique. A nouveau l'exemple du stade Pierre Mauroy est riche d'enseignements. L'incapacité de la société projet à équilibrer ses comptes ne conduit pas à court terme à une défaillance de celle-ci dans la mesure où elle peut s'adosser à des sponsors financièrement solides. Cependant, l'absence de renégociations pourrait conduire à un défaut de ladite société qui conduirait inexorablement la MEL à supporter des coûts budgétaires non anticipés.

L'opportunité du choix d'un vecteur donné de la commande publique se jauge par rapport à son efficacité économique et par rapport à sa soutenabilité budgétaire. C'est dans cette logique que l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a réformé, pour les marchés de partenariat, l'évaluation préalable, telle qu'issue de l'ordonnance du 17 juin 2004, en lui substituant une évaluation à deux niveaux : l'évaluation comparée des modes des réalisations puis l'étude de la soutenabilité budgétaire des engagements induits. Il s'agit de fait des deux critères mis en œuvre au Royaume-Uni depuis 1997 pour les contrats de PFI : le critère de la *value for money* et le critère de l'*affordability*.

Une renégociation peut affecter l'évaluation qui avait été faite *ex ante* de ces critères. En modifiant l'allocation des risques ou en augmentant le montant des loyers, la renégociation peut réduire l'intérêt économique de l'opération. Au travers de cette même hausse du paiement annuel ou de l'allongement de la durée du contrat, elle peut également mettre en cause la soutenabilité des engagements budgétaires qui en découlent.

Autre élément à prendre en considération, l'annonce même d'une renégociation peut générer d'autres risques *ex post* tant pour la personne publique concernée que pour le contrat. Pour la personne publique concernée tout d'abord, renégocier un contrat – notamment s'il fait l'objet d'une difficile acceptation sociétale – revient à s'exposer à des critiques d'autres parties prenantes et peut donc induire un coût politique. Pour le contrat lui-même ensuite, il est nécessaire de prendre en considération le risque contentieux. En effet, modifier *ex post* les termes d'un contrat par rapport aux conditions initiales de mise en concurrence peut générer un contentieux en provenance de tiers, notamment des firmes écartées lors du processus d'attribution du contrat (Kirat et Marty, 2017). Il convient en effet de relever qu'une part significative du contentieux lié aux contrats publics n'est pas le fait des deux contractants mais

de tiers (opposants politiques, candidats évincés, etc…). Ainsi, une renégociation peut aisément prêter le flanc à des poursuites stratégiques répondant à une logique d'opportunisme venant de tiers (Moszoro et Spiller (2014).

Ce risque est d'autant plus significatif que les asymétries informationnelles sont élevées tant *ex ante* qu'*ex post*. En outre, un contrat à prix forfaitaire est plus exposé par nature au risque de renégociation qu'un contrat à remboursement de coûts. Or, le premier est choisi de façon privilégiée pour les contrats complexes pour lesquels il est utile de transférer le risque au contractant de l'administration et pour lesquels la supervision des coûts des contractants est onéreuse sinon impossible. En d'autres termes, plus complexe l'objet du contrat et plus incitative sa formule, plus élevé sera le risque de renégociation *ex post.*

Il faut également relever que les contrats publics sont souvent décrits dans la littérature comme d'autant plus exposés au risque de renégociation qu'ils seraient plus *rigides* que les contrats privés (Athias et Saussier, 2015). Cette rigidité spécifique aux contrats conclus par des personnes publiques par rapport aux contrats de long terme noués entre opérateurs privés, s'expliquerait à la fois par les contraintes propres aux règles de l'acquisition publique mais aussi par le risque de recours contre ces contrats, engagés par des concurrents écartés (Beuve et al., 2015). En d'autres termes, plus la sécurité juridique accompagnant les contrats est élevée (i.e. plus le cadre réglementaire est sécurisant pour les contractants) moins est forte la nécessité de mettre en œuvre des contrats rigides et donc moins fort est le risque de *hold up* contratctuel. Cependant, plus les exigences en termes de transparence et de redevabilité sont élevées plus le risque de recours sera élevé et plus la rigidité des contrats sera nécessaire.

Les risques de renégociations suite à la correction des anticipations initiales ne sont pas propres aux marchés de partenariat ou aux concessions. Ils sont présents dans tout contrat complexe de long terme supposant la construction d'une infrastructure en premier investissement. Quelle que soit la forme de contrat, les grands projets d'infrastructure s'accompagnent de dérapages de coûts et ceux d'autant plus qu'ils sont innovants ou complexes (Flyvbjerg et al, 2003). Il convient cependant de relever que les dérapages dans les projets publics ne sauraient être automatiquement liés à une stratégie opportuniste de la part du contractant privé. Regan et al. (2011) et Flyvbjerg (2013a) montrent notamment qu'une large partie des écueils se situe lors de la préparation des projets publics eux-mêmes. C'est dans la définition et la planification des projets au sens de la sphère publique que peuvent également s'observer des relations d'agence, des biais informationnels, si ce ne sont des distorsions d'information entre porteurs de projets concurrents. En d'autres termes, les imperfections d'informations ne doivent pas seulement être

envisagées dans le cadre de la relation public-privé mais également au sein de la sphère publique elle-même en matière de sélection des projets ou de procédures de validation de ces derniers au fil des différentes étapes du processus décisionnel.

Le lieu de régulation le plus efficace des risques dans les projets publics pourrait donc se situer en amont de la relation public-privé (comme nous le verrons dans la seconde section de notre première partie) au sein même de la sphère publique au travers de procédures d'approbation des projets, de type *due diligence* (Flyvbjerg, 2013b) ou de méthodes telles celles mises en France avec la méthodologie mise en place en 2012 par le Conseil Général à l'Investissement et notamment le recours pour les projets les plus importants à des procédures de contre-expertise pour évaluer les bénéfices socio-économiques des choix.

B- Impact des asymétries informationnelles sur la formation des contrats publics : quelles mesures préventives ?

Quelles bonnes pratiques pour limiter les asymétries d'information ex ante ?

Ex ante, la question est pour la personne publique de savoir comment traiter une double incertitude qui porte à la fois sur les spécifications de la prestation requise et sur la détermination des types des différents candidats répondant à la mise en concurrence.

- Réflexions sur la mise en concurrence

Conformément aux recommandations de Decarolis (2014), adopter une pondération ne faisant pas du prix le facteur déterminant du choix permet à la fois de limiter les risques de type *malédiction du vainqueur* et de pouvoir éventuellement limiter le déficit informationnel de la personne publique. Qui plus est, avoir une règle de choix, quant à l'attribution du contrat, plus complexe (critères pondérés) permet de réduire le risque de collusion entre offreurs. Cette complexité a cependant un coût : celui de réduire l'efficacité de l'achat public (Saussier et Tirole, 2015). En effet, l'offre choisie peut ne plus être celle au moindre prix. Il demeure que limiter un risque suppose d'accepter de supporter des coûts de transaction *ex ante*. Il convient également de noter que les risques *ex ante*, tenant au type du contractant (productif ou non) peuvent être réduits au travers de critères de sélection rigoureux. Ils ont cependant un coût indirect comparable à celui décrit *supra* en ce qu'ils limitent la concurrence pour le marché. Ce dernier point est cependant à discuter. Il n'est en effet pas acquis qu'il existe une relation décroissante monotone entre nombre d'offreurs et prix final du marché (Manelli et Vincent, 1995 ; Hong et Shum, 2002).

Limiter le risque d'anti-sélection peut d'abord se faire en jouant sur la formule de prix utilisée dans le contrat. Nous avons vu que les contrats à prix fermes sont bien plus risqués pour les entreprises non productives que pour les autres. Ce faisant proposer des contrats à prix forfaitaire peut jouer le rôle d'un mécanisme séparateur (Blanc-Brude, 2013).

En effet, il serait possible de considérer que cela permet de filtrer les candidatures. Un offreur ayant peu de certitudes quant à ses capacités futures à maîtriser ses coûts aura de fortes réticences à s'engager dans un contrat à prix fixe. Opter pour ce type de contrat permet donc de séparer les offreurs potentiels selon leur type (productif ou non) et conduit donc par cet effet séparateur de limiter le risque d'anti-sélection. En choisissant un type de formule de paiement, ou de façon plus réaliste en regard des règles de la commande publique, en décidant ou en s'abstenant de soumettre une offre dans un contrat à prix forfaitaire l'entreprise révèle son type (d'entreprise productive ou non). Elle permet donc à la personne publique de résoudre les risques d'anti-sélection. Le risque résiduel est celui de la malédiction du vainqueur ou de l'offre stratégiquement basse pour écarter la concurrence. Dans un tel cadre les procédures de traitement des offres anormalement basses peuvent constituer un premier outil pour limiter ces risques (voir l'article 55 du code des marchés publics). Un autre moyen de maîtriser cet aléa réside en une préparation attentive de la mise en concurrence au travers notamment de procédures de type évaluation préalable. Ces dispositifs permettent de modéliser le coût envisageable des offres privées et qui permet surtout d'apprécier la sensibilité possible des prix aux différents *scenarii* en matière d'allocation contractuelle des risques.

Le propre même d'une logique de contrats séparateurs est de réduire ce degré de concurrence pour le marché. Pour autant cette réduction peut être l'une des composantes du prix à payer pour réduire les risques associés aux asymétries informationnelles. Il en est par exemple ainsi dans des procédures de type dialogue compétitif quand les offreurs sélectionnés pour la phase de négociation se voient indemnisés pour leur participation. L'objectif peut alors sembler se limiter à corriger un risque d'aléa moral dans la négociation. Il s'agit d'inciter tous les participants à faire évoluer leurs offres et donc à révéler de l'information à la personne publique même s'ils ne sont pas certains d'avoir une chance réelle de remporter le marché. Si trois offreurs x, y et z sont retenus mais si tous s'accordent à penser que z sera retenu, x et y n'auront aucune raison de supporter les coûts induits par la poursuite de la négociation. La personne publique ne fera *in fine* que face à z qui pourra distiller stratégiquement les informations et ne pas s'exposer à voir ses estimations de coût pour chaque risque accepté mises en causes par ses

concurrents. Il faut donc inciter ces derniers à demeurer dans les négociations et surtout à y demeurer de façon active (Ho and Hsu, 2014).

Cependant, cette compensation des participants à la seconde phase du dialogue compétitif ne se fait pas sans coût : il est nécessaire d'y investir des ressources budgétaires. A nouveau, la réduction des asymétries d'information se paie par une augmentation des coûts de transaction. Il peut néanmoins exister une solution élégante et efficace à ce problème. Faire payer à tous les participants à la mise en concurrence un ticket d'entrée pour que leur offre soit examinée et répartir les produits de ce péage entre les seules firmes retenues en seconde phase en guise de compensation de leurs coûts futurs liés à la négociation. Ainsi, le coût budgétaire de la seconde étape pourrait-il être au moins partiellement compensé[6]. Il est possible de considérer que faire payer un coût d'entrée peut être de nature à dissuader certaines firmes à participer à la mise en concurrence initiale. Nous retrouvons ici encore l'hypothèse selon laquelle la réduction du nombre d'offreurs serait susceptible de se traduire par une hausse du prix. Il est à nouveau possible de considérer que cela n'est que le prix à payer d'un nouveau dispositif séparateur. En effet, une entreprise qui n'aurait guère confiance en ses chances d'accéder à la seconde phase du processus devrait être logiquement dissuadée de déposer une offre. Cela permet à la personne publique de limiter le risque d'anti-sélection.

Ce raisonnement nous conduit à souligner les apports de la procédure de dialogue compétitif par rapport à une mise en concurrence traditionnelle en regard de la limitation des risques pour la personne publique liés aux asymétries d'information *ex ante*. Cette procédure répond tout d'abord, au moins partiellement, aux problèmes liées à l'incertitude sur les spécifications de la prestation. A ce titre, elle limite les risques de sous performance ou de sous qualité, de malédiction du vainqueur ou de renégociations). Elle permet ensuite de maîtriser, comme toutes les procédures négociées, l'asymétrie informationnelle entre les deux partenaires et ce d'autant plus qu'elle créé une concurrence entre plusieurs offreurs maintenus sous tension dont on peut espérer qu'ils ne jouent pas un jeu coopératif entre eux. Malgré les règles procédurales très strictes qui encadrent – et qui se doivent d'encadrer – ce dispositif, la personne publique peut disposer d'évaluations indépendantes des risques qui sont au cœur des négociations menées

[6] Cela peut permettre d'accroître la concurrence lors de la seconde phase où sont souvent présents les mêmes acteurs majeurs du secteur. La compensation d'une partie des coûts peut permettre la présence de firmes qui vont jouer le rôle de *mavericks* et qui donc révèleront de l'information à la personne publique, information susceptible de réduire sa situation d'asymétrie d'information vis-à-vis des grandes firmes également sélectionnées pour la seconde phase (De Clerck and Demeulemeester, 2015).

bilatéralement. Elle peut donc corriger par là même une partie du déficit informationnel dont elle souffre vis-à-vis des offreurs.

- Réflexions sur le financement

Il est également possible de penser que les expériences mises en œuvre – notamment avant la crise de 2008 – de séparation du contrat de conception-construction-exploitation-maintenance et du contrat de financement dans les PPP participaient de cette même logique de révélation de l'information. Dans la mesure où les gains marginaux de l'intégration de ces deux phases ne sont pas significatifs (Hart, 2003), organiser une concurrence pour le financement du contrat ne conduisait pas à renoncer à beaucoup de gains d'efficience. Cela induisait certes des coûts de transaction additionnels mais permettait de révéler l'équilibre financier du contrat et donc la justesse de la répartition des risques au travers des conditions de placement de la dette sur les marchés financiers (Marty et Voisin, 2008). Une dette souscrite rapidement avec une très faible prime de risque pouvait être vue comme un indicateur d'un déséquilibre en défaveur de la personne publique (un PPP sans risque). A l'inverse, une opération difficile à boucler avec une très forte prime de risque montre que les prêteurs n'ont pas confiance dans la capacité de la société projet à faire face au service de sa dette. Trop de risques ont été transférés. La société projet montée pour réaliser l'opération court un risque de défaillance qui peu au final porter préjudice à la personne publique. En effet, une faillite mettrait en péril la continuité du service rendu au public et un sauvetage (i.e. des renégociations) serait inexorable. Ainsi, cette séparation du financement peut être un efficace instrument pour pallier les risques de stratégies opportunistes *ex post* ou tout simplement le risque de malédiction du vainqueur.

Globalement, le rôle que peuvent jouer les marchés financiers dans les contrats complexes de long terme peut être positif pour les personnes publiques. C'est pour cette raison que des structures de financement sur projet sont souvent jugées préférables à des financements de type *corporate* ou même à un financement apporté pour tout ou partie par la personne publique elle-même. Si le financement est de type *corporate*, il est levé sur les marchés financiers en fonction du risque moyen du portefeuille d'activité de la firme concernée. Il ne dit rien sur le risque spécifique de l'opération en cause. Si le financement est apporté par la personne publique, c'est elle qui prend le risque, elle réduit de façon significative le risque pris par son partenaire (qui ne risque plus autant que s'il devait apporter la plus grande part des financements). Ce faisant, la « meilleure » configuration (du moins du point de vue théorique) est celle du financement sur projet (Marty, 2015a).

Une société spécifique est créée pour l'opération. Une partie de ses financements est apportée par les entreprises qui ont formé le consortium pour obtenir le marché. Le reste est levé sur les marchés financiers. Comme cette société est dédiée à cette seule opération, elle ne peut diversifier son risque. Sa seule possibilité d'honorer le service de sa dette est de percevoir la totalité des loyers qui sont prévus au titre du contrat. En d'autres termes, dans un tel montage « sans recours », la seule possibilité de rembourser ses créanciers est percevoir les loyers au moment prévu (c'est-à-dire ne pas avoir de retard dans la mise en service), de percevoir la totalité des loyers prévus (ce qui implique de satisfaire aux exigences contractuelles en termes de qualité du service et de performances) et enfin de maintenir ses coûts. Ce faisant, les intérêts de la personne publique et des prêteurs bien que distincts sont alignés. La bonne réalisation du contrat est la condition *sine qua non* pour que la dette souscrite soit remboursée.

Cette procédure limite les risques liés aux asymétries d'information pour le contractant public non seulement avant la signature du contrat mais également durant son exécution. *Ex ante*, le risque d'anti-sélection est en partie réduit par les investissements de *due diligence* réalisés par les financeurs (qui évaluent la solidité du projet en termes de capacité à rembourser sa dette[7]) et *ex post* ces derniers sont toujours incités à opérer un suivi de la performance de la société projet. En effet, une réduction de la performance peut entraîner des pénalités contractuelles et un relâchement du management peut susciter un dérapage des coûts. Ces paramètres qui tiennent de l'aléa moral sont susceptibles de mettre en cause le service de la dette. Les marchés financiers sont donc incités à prendre en charge une partie des coûts de supervision. Certes à leur bénéfice mais aussi à celui de la personne publique. C'est pour cela que la nature même du financement privé des PPP est un outil de réduction et de gestion des risques liés aux asymétries d'information existantes au bénéfice du contractant privé[8].

[7] Une illustration intéressante d'un processus comparable pourrait être tirée du rapport d'observations définitives de la CRC Hauts de France sur le stade Pierre Mauroy (CRC Hauts de France, 2017). Un fonds d'investissement devait initialement apporter des financements à la société projet et une expertise dans le domaine de l'évènementiel, via l'une de ses filiales spécialisées (ce qui est un réel enjeu dans des opérations dont l'équilibre financier peut dépendre de la capacité à dégager des revenus commerciaux annexes). Or, ce fonds s'est retiré au moment du dépôt de l'offre finale jugeant les perspectives de rentabilité insuffisantes en regard de sa *théorie de l'investissement*. L'interprétation de la CRC est absolument convergente avec la nôtre quant à l'information révélée à la personne publique par la *due diligence* réalisée par le financeur privé : « ce désistement illustre le fait qu'Eiffage a pris un risque financier élevé dans son offre, réduisant les perspectives de rentabilité économique de son offre pour remporter le contrat » (page 16).

[8] C'est pour cette même raison, qu'il est possible de craindre que des PPP institutionnalisés (tels les SEM à opération unique) qui reposent sur une moindre part de financements privés perdent une partie de leur efficacité incitative par rapport à des PPP contractuels traditionnels (de Brux et Marty, 2014).

Synthèse : la prévention ex ante des asymétries d'information au travers d'une succession d'étapes dans le processus de décision public

De façon encore plus directe, il est possible de considérer qu'un certain nombre de phases dans la vie d'un projet de contrat administratif complexe sont à la fois marquées par le jeu des asymétries et peuvent, selon le soin qui les caractérise, contribuer à réduire ou à augmenter celles-ci.

a) Le choix d'investissement public

La phase de choix d'investissement – tel que proposée par la méthodologie du CGI[9] – permet de pallier le risque d'investissements disproportionnés par rapport aux besoins effectifs de la personne publique ; investissements qui pourraient conduire à un effet d'éviction sur d'autres engagements. Le risque est en effet de considérer que l'étalement des paiements liés au contrat de long terme permet de financer un investissement surdimensionné par rapport aux besoins effectifs de la personne publique lequel serait éventuellement susceptible de produire des effets d'éviction sur d'autres projets publics.

b) La comparaison des modes de réalisation

La deuxième étape permettant la levée d'une partie des asymétries d'information *ex ante* réside dans l'évaluation préalable (aujourd'hui la comparaison des modes de réalisation). Cette étape est essentielle en matière d'identification et de quantification des risques. Elle ne peut réellement révéler l'opportunité d'un contrat de type PPP mais fournit à la personne publique une aide indispensable pour la guider dans l'évaluation des offres du privé et dans les négociations. En d'autres termes, l'évaluation comparée des modes de réalisation fournit moins une règle de décision qu'un outil d'aide à la négociation.

En effet, si les risques liés à la prestation n'ont pas été correctement identifiés et évalués, la négociation avec les entreprises retenues en seconde phase du dialogue ne pourra pas pleinement porter ses fruits du fait du maintien d'un niveau excessif d'asymétrie d'information. Le contractant public doit être en mesure de mener les négociations en limitant au maximum son déficit informationnel de façon à évaluer la pertinence de la répartition des risques qui peut en découler. Cet effort d'investissement informationnel est également indispensable pour

[9] Voir l'article 17 de la loi n°2012-1558 du 31 décembre 2012. Le choix d'investissement public doit être étayé sur la base de son utilité socio-économique quand il dépasse un seuil de 20 millions d'euros. Une contre-expertise est obligatoire quand son montant dépasse 100 millions d'euros.

s'assurer d'une bonne évaluation des offres finales, évaluation à même de limiter les risques de malédiction du vainqueur ou de *hold-up* contractuel.

c) La mise en concurrence

Comme vu *supra* la gestion de la phase de négociation est la troisième étape qui permet à la fois de réduire les asymétries *ex ante* et de maîtriser autant que possible les sources d'aléas e*x post.*

La concurrence pour le marché est un des éléments permettant de limiter les asymétries informationnelles. L'effectivité et donc l'efficacité de celle-ci dépend néanmoins de nombreux paramètres. L'incertitude sur la nature de la prestation peut être un facteur limitatif de cette concurrence pour le marché. La préparation de l'appel à concurrence, la standardisation des procédures et la crédibilité de l'engagement de l'acheteur public sont donc des variables essentielles pour accroître le nombre d'entreprises participant au processus de concurrence et donc pour jouer sur ce premier levier de régulation. Il est nécessaire que la concurrence pour le marché ne soit pas biaisée.

Des distorsions peuvent procéder de collusions entre les offreurs voire de phénomènes de capture notamment informationnelle de l'acheteur public. En effet, évaluer les offres de façon adéquate suppose à la fois d'investir en capacités d'expertises internes mais aussi externes pour réduire l'asymétrie d'information. Cependant, la prévention des conflits d'intérêts chez les consultants de la personne publique est également essentielle, notamment en ce que l'activité des cabinets peut conduire à conseiller successivement groupes privés et acheteurs publics. Les premiers ayant par nature vocation à s'engager dans plus de procédures de mise en concurrence que les seconds, ils peuvent apparaître comme de porteurs de nombreux futurs marchés… Le passage de positions de conseil de groupes privés à des positions de conseil d'acheteurs public peut être intéressant en matière de constitution d'expertise. Cet intérêt n'est pas limité à la structure de conseil elle-même.

Cette expérience accumulée peut être recherchée par l'acheteur public lui-même à des fins de réduction des asymétries d'information. Cependant, elle n'est pas sans danger. Le conseil de la partie publique pour un contrat donné peut parfois avoir été le conseil de membres de consortia privé dans d'autres contrats (Sénat, 2014). Au final, il est possible de considérer que l'appui sur des consultants externes pour limiter l'asymétrie informationnelle vis-à-vis des candidats aux marchés se traduit également par l'introduction d'une nouvelle relation d'agence. Cette nouvelle relation créé un problème d'anti-sélection : choisit-on un conseil compétent et ne

présentant pas de conflits d'intérêts ? Elle peut créer également un problème d'aléa moral. Cette situation peut prévaloir quand le conseil est sélectionné en amont de la décision de s'engager dans un PPP et que son contrat porte à la fois sur l'aide à la réalisation de l'évaluation préalable et sur l'accompagnement de la personne publique dans la mise en concurrence si la décision de s'engager dans un PPP. Conseiller d'opter dans le cadre de l'évaluation préalable pour une autre solution qu'un marché de partenariat reviendrait pour le cabinet de conseil à renoncer à une seconde phase d'un contrat (CRC Ile de France, 2014b).

La procédure de dialogue compétitif, assortie d'une possible compensation de tout ou partie des coûts supportés, peut également permettre de jouer sur de concurrence pour le marché en seconde phase[10] et donc de limiter l'asymétrie d'information. Cette procédure a été introduite dans les règles du Trésor britannique en 2008 en matière de dialogue compétitif[11] et figure également dans le *Guide méthodologique* sur les contrats de partenariats édité par la Mission d'Appui au PPP dans sa version du 25 mars 2011. Celle-ci spécifie dans son 4.6.2 les conditions d'indemnisation des candidats non retenus en soulignant que l'objet de cette indemnisation réside en l'encouragement à « solliciter le plus grand nombre de solutions ». Il est à relever que cette indemnisation doit se faire (selon la *Charte du dialogue compétitif*, annexé au *Guide Méthodologique*) à un niveau « convenable ». Nous dirions en termes plus économiques que si cette indemnisation ne vise pas à compenser l'intégralité des coûts de la participation à la seconde phase du dialogue compétitif[12], son montant doit néanmoins être fixé à un montant compatible avec la contrainte de participation de la firme.

d) La contractualisation

La quatrième et dernière étape correspond à la contractualisation elle-même. Ses effets porteront sur la maîtrise de l'aléa moral. En effet, entre l'*ex ante* et l'*ex post*, la phase d'élaboration des clauses contractuelles permet de prévenir certains risques liés aux asymétries d'information. Nous avons vu en introduction que dans un mode d'information parfaite (complète et symétrique), les risques décrits *supra* n'ont pas lieu d'être. Rédiger un contrat complet peut sur le principe permettre de spécifier l'ensemble des obligations de chacune des

[10] Une évaluation réalisée pour les marchés de PFI britanniques par le National Audit Office (2007b) montre que 30% des projets ne reçoivent que deux offres, 50% trois et 20% quatre.

[11] Voir pour le cas britannique, la procédure définie en 2008 par le Trésor et l'Office of Government Commerce. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/225317/02_competitive_dialogue_procedure.pdf

[12] Cela serait impossible en termes de coût d'opportunité dans la mesure où participer à une seconde phase revient souvent à renoncer aux chances de remporter d'autres mises en concurrence sur lesquelles la limitation des ressources humaines et techniques de la firme ne permettra pas de s'aligner en parallèle.

parties dans l'ensemble des états du monde futur possibles. Cependant, cette ambition peut apparaître illusoire sinon contreproductive. Il est non seulement coûteux et illusoire d'essayer de prévoir toutes les situations possibles mais il est impossible de garantir que toutes les obligations contractuelles seront effectivement réalisées de bonne foi.

La question de l'aléa moral n'est pas réglée par le seul jeu des clauses. Cependant si le soin apporté à leur rédaction est une condition non suffisante pour prévenir toute manifestation d'un aléa moral, il demeure néanmoins une condition nécessaire pour en limiter le risque de survenance. La gestion des difficultés d'exécution dans les contrats de long terme sera un passage obligé dans la vie du contrat à la fois du fait du caractère imparfait de l'information et de sa nature intrinsèquement asymétrique. La vie du contrat d'un contrat public complexe ne doit pas être vue comme une simple application mécanique des provisions contractuelles mais comme une *on-going negotiation* (Ghere, 2001), seule condition pour assurer la résilience du contrat administratif (Sourzat, 2017). Reste à déterminer les moyens d'encadrer ce processus de renégociation permanente pour en garantir l'équilibre malgré les déséquilibres informationnels entre les deux partenaires et la différence de leurs pouvoirs de négociation.

II – Comment réguler au mieux les conséquences de l'asymétrie informationnelle dans les contrats publics complexes de long terme ?

La maîtrise du risque de demande de renégociations opportunistes, le maintien de l'équilibre économique du contrat, l'évaluation de la performance réalisée, de la qualité de la prestation ou encore le contrôle des éventuels ajustements contractuels dans le cadre des contrats administratifs complexes de long terme de type PPP peuvent justifier la mise en place d'une régulation qui dépasse le cas d'une éventuelle décision de justice en cas de contentieux. De façon peut-être rapide, il serait possible de considérer que la situation d'une infrastructure publique faisant l'objet d'un contrat de PPP revêt toutes les caractéristiques d'un monopole naturel. La logique de régulation qui s'est imposée pour les industries de réseaux libéralisées pourrait s'appliquer aux PPP (Chever et Le Lannier, 2014). Pour éviter les biais incitatifs propres à un agent en situation de monopole jouissant d'un avantage informationnel vis-à-vis du principal, deux mesures correctives cumulatives sont possibles. La première, que nous avons présentée dans notre première partie, joue *ex ante*. Elle vise à renforcer la concurrence pour le marché et de réduire les asymétries d'informations et les possibilités d'opportunisme via l'évaluation préalable, les règles de concurrence pour le marché et la qualité de la rédaction des contrats. La seconde mesure joue *ex post*. Elle repose la mise en œuvre de dispositifs à même de réguler l'exécution des contrats.

Nous distinguons deux modalités possibles. La première est la régulation par le contrat. La seconde est la régulation par un tiers qui peut être le juge du contrat ou une autorité de régulation extérieure.

A – La régulation par le contrat

La première modalité de régulation d'un contrat face aux risques induits par les asymétries d'information tant *ex ante* qu'*ex post* se situe au niveau des contractants mêmes. Ce sont eux qui souffrent le moins des asymétries d'information et c'est sur eux que s'exerce la plus forte pression économique pour garantir la poursuite de la relation contractuelle dans une forme préservant au mieux leurs intérêts respectifs. En d'autres termes, la réussite d'un contrat public complexe de long terme passe par la capacité des parties à mettre en œuvre une logique coopérative basée sur la compréhension mutuelle des contraintes de chacun et sur la conscience d'un intérêt commun.

Cette coopération peut naître de l'émergence d'une logique relationnelle (Desrieux et Beuve, 2011) mais elle peut également procéder de logiques maximisatrices. En effet, la bonne foi que peut manifester un contractant dans l'application de ses obligations contractuelles ou son implication dans la recherche de la réussite du contrat peut jouer en termes de gains réputationnels pour la firme. Une réputation d'acteur coopératif peut jouer positivement dans la probabilité de voir son contrat renouvelé ou de se voir sélectionné par d'autres partenaires publics pour d'autres contrats[13]. Par exemple, une analyse empirique réalisée sur des contrats de délégation de service public dans le domaine de l'eau en France a montré que contrairement à l'hypothèse selon laquelle le partenaire privé aurait des incitations décroissantes à investir tout le long du contrat, du fait de la difficulté croissante d'en retirer les fruits (Armstrong et Sappington, 2006), ces derniers ont néanmoins tendance à réaliser de tels investissements en fin de contrat (Chong et Huet, 2010). Cette décision « non-économique », en termes de maximisation du profit de court terme, peut s'expliquer dans le cadre d'une stratégie de signal. Le contractant fait la démonstration de son caractère coopératif vis-à-vis de son partenaire public et de son attachement à la qualité du service rendu.

Un exemple peut être particulièrement significatif, celui des gains de refinancement dans les premières opérations de PFI britanniques. La baisse significative des primes de risques exigées

[13] Cependant, pour que cette régulation soit efficace il faut qu'il existe un fort degré de transparence vis-à-vis des différentes prenantes. Cela peut passer par une instance de régulation extérieure comme nous le verrons dans notre seconde sous-section à même de réaliser une régulation par coups de projecteurs (Crozet, 2003 ; Pinto et al., 2017).

par les marchés financiers, au fur et à mesure que le nombre de contrats de PFI s'accroissait et qu'un nombre croissant de contrats étaient passés en phase opérationnelles, permettait au partenaire privé de réaliser de très sensibles gains de refinancement (NAO, 2002). Or, il n'existait aucune provision contractuelle imposant leur partage. Certains contractants, soit soucieux de leur image de marque, soit conscients des risques liés à une image de partenaire opportuniste sur la probabilité de remporter de nouveaux contrats acceptèrent de partager volontairement leurs gains de refinancement[14]. La prise en compte des intérêts de long terme d'adopter une démarche coopérative vis-à-vis du contractant public peut donc conduire à combiner logiques d'autorégulation (ou relationnelle) et de régulation par contrat (Poppo et Zenger, 2002).

En outre, la régulation par contrat peut également procéder de dispositifs prévus par les contractants eux-mêmes. Un bon exemple de cette démarche d'introduction de la concurrence *dans* le contrat (de façon complémentaire à l'introduction de la concurrence *pour* le contrat) a été développé dans Marty et Voisin (2008). Les pratiques recommandées par le National Audit Office britanniques (2007a) permettent d'illustrer l'éventail des outils disponibles relevant notamment d'une logique de concurrence par comparaison (Auriol, 2000). Ces derniers permettent de disposer d'outils permettant de vérifier la raisonnabilité des prix pratiqués par un partenaire qui opère en situation de monopole. Il s'agit tout d'abord de procédures de *benchmarking*. On s'entend *ex ante* sur un panier de contrats relativement comparables et au travers de revues périodiques, les prix de certaines prestations constitutives du contrat sont révisés en fonction des évolutions relevées. Il s'agit ensuite des procédures de *market testing*. On prévoit que certaines prestations détachables seront remises en concurrence au bout d'un certain nombre d'années. Si un tiers est moins onéreux que le contractant en place sur ces missions, il devra le prendre comme sous-traitant et reverser au contractant public le différentiel de coût (sous forme de réduction des loyers).

Ces pratiques permettent sur le principe d'améliorer l'efficacité des PFI dans des domaines où elles sont relativement les moins performantes, en l'espèce le *facility management* ou certaines tâches de maintenance pour lesquels les asymétries d'information sont les plus élevées. Cependant, deux critiques peuvent être relevées. Tout d'abord, le degré de concurrence pour le marché n'est pas obligatoirement élevé et le propre de ces procédures de *value testing* est qu'elles peuvent aussi conduire à des augmentations des loyers. Ensuite, ces dispositifs internes

[14] Voir le cas de la prison en PFI de Fazakerley dont le refinancement permis aux apporteurs de fonds propres d'accroître leur rémunération de 61% (NAO, 2000).

au contrat ne résolvent pas les déséquilibres qui peuvent exister entre les deux contractants. Chacun d'entre eux peut être exposé à un risque de *hold-up* contractuel. Ils sont effet dans une situation d'otage mutuel. Le partenaire privé a investi *ex ante* et peut risquer d'être exproprié de ses investissements. Le partenaire public est garant en dernier ressort de la continuité du service public et ferait face à un coût politique significatif en cas d'échec de la relation contractuelle. Il est donc nécessaire d'introduire un tiers extérieur au contrat pour garantir l'équilibre de sa bonne exécution et pour porter les intérêts spécifiques des autres parties prenantes.

B – Une nécessaire régulation extérieure ?

a) Portée et limites de la régulation contentieuse

La régulation du contrat peut indubitablement passer par le juge. La construction jurisprudentielle du droit administratif français du service public montre que le Conseil d'Etat a au fil des décennies joué le rôle d'un régulateur implicite et bienveillant permettant de garantir la poursuite de relations contractuelles mises en cause par des évènements non anticipés ou des divergences entre contractants au travers du rétablissement par ses décisions de l'équilibre économique (ou financier) des contrats (Kirat et al., 2005).

Cependant, ce rôle, observé pour les concessions, peut s'avérer plus difficile à jouer dans le cadre des marchés de partenariats. Premièrement, l'équilibre financier du contrat correspond à une horlogerie des plus précises pour laquelle l'aléa contentieux constitue une possible déstabilisation majeure (Sourzat, 2017). En effet, le PPP doit se concevoir comme un nœud de contrats. Un aléa sur le contrat principal peut déstabiliser les contrats liés notamment de nature financière. Cela peut conduire à un deuxième phénomène, celui de l'évitement du contentieux et notamment celui du juge administratif. Il serait possible de relier à ce phénomène la préférence pour l'arbitrage (jugé plus protecteur par les investisseurs privés). Au-delà de ce point, il est également possible de noter que le contentieux est souvent un facteur de risque pour les deux contractants dans la mesure où il est souvent porté par des tiers, notamment des concurrents évincés (Kirat et Marty, 2017).

Un tiers régulateur garantit sur le principe que des décisions essentielles au maintien de l'équilibre économique du contrat soient prises sur la base de logiques techniques et non d'arbitrages politiques. De la même façon, l'existence d'un régulateur consolide la relation contractuelle ne serait-ce qu'en constituant un forum de règlement des différends permettant aux parties d'échapper aux coûts et aux aléas du contentieux en justice. Du fait de sa

spécialisation, l'autorité de régulation dispose en outre d'une expertise technique permettant de limiter au mieux les impacts des asymétries informationnelles. Au final, le régulateur crédibilise les règles de révision des clauses contractuelles et permet d'alléger leur rédaction, limitant ainsi tant les coûts de transactions que les risques de rigidité excessive, porteuse de risques juridiques additionnels (Stern, 2012). En d'autres termes, la régulation par agence indépendante permettrait de répondre à deux des défauts classiques des arrangements public-privé de long terme ; à savoir des contrats trop rigides et des renégociations sinon déséquilibrées mais communément vues comme le signe d'une défaillance de la contractualisation initiale. Cependant, de telles renégociations sont souvent essentielles tant pour s'ajuster aux aléas, éventuellement exogènes au contrat lui-même, que pour répondre aux nécessaires adaptations de la prestation à des besoins sociaux évolutifs. De telles renégociations apparaissant souvent comme défavorables à la partie publique dans la mesure où la pression concurrentielle s'est évanouie après la phase initiale de concurrence pour le marché et où l'asymétrie d'information s'est encore aggravée entre les deux parties. La présence d'un tiers impartial et informé permet de faciliter les discussions et de limiter les éventuels déséquilibres[15].

Pour autant une régulation par agence administrative peut également conduire à des coûts économiques. Il peut en être ainsi d'une surproduction de règles détaillées et parfois excessivement prescriptives. Une telle propension peut entraîner, pour les entreprises régulées, des coûts de conformité dépassant les bénéfices sociaux attendus. Cette tendance peut être liée à un investissement excessif en crédibilité de l'autorité de régulation qui cherche ainsi à garantir son indépendance, et à minimiser les risques de recours et de pressions politiques vis-à-vis de ses décisions (Bardach and Kagan, 2002). Ce phénomène peut être rapproché des risques d'opportunismes en provenance de tiers qui peuvent inciter le régulateur à opter pour des règles excessivement détaillées et rigides pour éviter de s'exposer à des recours (Spiller, 2008). En d'autres termes, alors que la régulation devrait être suffisamment flexible pour s'ajuster aux circonstances, la minimisation du risque juridique conduit à des règles rigides et donc à des résultats sous-optimaux.

[15] Il convient ici d'insister sur l'une des recommandations formulées par Saussier et Tirole (2015), centrale en matière de maîtrise de l'aléa moral dans les contrats publics. Les auteurs du rapport établi pour le compte du Conseil d'Analyse Economique proposaient de renforcer la transparence des renégociations des contrats et d'accroître le contrôle qui s'exerce sur ces dernières. Il se serait agi de mettre en œuvre une logique de régulation par le juge au travers d'une procédure de référé avenant. Celle-ci aurait pu conduire les tiers à révéler rapidement des informations permettant de prévenir des renégociations préjudiciables pour les parties prenantes au contrat. Elle aurait en outre permis de lever rapidement les risques contentieux pesant sur les contrats.

Le cas de la jurisprudence administrative décrite *supra* peut constituer un modèle de régulation subsidiaire particulièrement attractif (Marty, 2015b). Comme nous l'avons noté, la jurisprudence administrative garantit au contractant l'application de principes généraux stables et connus garantissant l'absence d'opportunisme et orientés vers la préservation de l'équilibre économique du contrat. Elle conforte donc les incitations à l'investissement des parties et leur propension à nouer des engagements de long terme en renforçant leur sécurité juridique conçue comme le produit d'une règle lisible et d'une application de celle-ci prévisible.

Cependant, une régulation par contrat en l'absence de régulateur extérieur n'est peut-être réellement envisageable que dans des conditions relativement restrictives qui correspondent bien plus aux contrats de concession qu'aux marchés de partenariat (Stern, 2012). Il faut que les deux contractants aient des pouvoirs de négociation équilibrés et soient l'un et l'autre expérimentés dans le management de relations contractuelles de long terme. Il est également nécessaire que les paramètres fondamentaux de la relation contractuelle soient suffisamment stables et que leurs évolutions puissent être anticipées tant en termes de niveaux de demande, de coûts et de revenus, de technologies que de séquençage des investissements à réaliser le long du contrat. En d'autres termes, un contrat requérant des investissements réalisés principalement dans la phase de construction, mobilisant des technologies stables et matures, bénéficiant d'une demande prévisible avec une faible élasticité prix et peu soumis à des risques de coûts des intrants peut se prêter à une telle régulation sans régulateur (Marty, 2015b).

Un régulateur au moins subsidiaire est néanmoins indispensable dès lors que ces conditions ne sont pas réunies. Il en est ainsi dès lors que les deux contractants sont hétérogènes en termes de pouvoir de marché et d'expérience, que la demande est difficilement prévisible sur le long terme ou très sensible aux prix ou la conjoncture macroéconomique, qu'il existe de fortes incertitudes en matière technologique et que les investissements du partenaire privé doivent se répartir sur l'ensemble de la durée du contrat de façon non parfaitement prévisible au moment de sa signature. Dans de pareilles situations, une régulation reposant sur le seul contrat peut s'avérer insuffisante à garantir la préservation de l'équilibre du contrat en cas de difficultés non anticipées, comme le montrent, par exemple, les échecs des contrats de partenariats public-privé relatifs à l'exploitation des lignes de métro londoniennes (Stern, 2012).

Un risque est alors à prendre en considération : la menace de contentieux porté des tiers au contrat peut empêcher les deux contractants à s'engager dans des renégociations qui pourraient être mutuellement profitables ou qui pourraient du moins permettre la poursuite de la relation contractuelle. Une telle situation peut par exemple se présenter quand un déséquilibre

contractuel majeur apparaît en début de contrat et que sa résolution reviendrait à modifier substantiellement les termes du contrat et de la mise en concurrence initiale. Le risque de recours venant de candidats évincés peut paralyser les deux contractants (Spiller, 2008). Il est la contrepartie de la nature « publique » de la transaction (qui induit des exigences particulières en termes de probité (Williamson, 1999). Il renforce néanmoins la vulnérabilité du contrat public en accroissant sa rigidité (Athias et Saussier, 2015) au détriment donc de ses capacités de résilience (Sourzat, 2017).

La régulation contentieuse pose en outre un problème spécifique en ce qu'elle marque l'échec de l'approche relationnelle du contrat. Une divergence qui devient un différend et qui n'est soldé que par un contentieux est de nature à mettre définitivement en cause la confiance entre les deux contractants. Or, la capacité d'un contrat public complexe de long terme à dégager des gains d'efficience dépend de la qualité du management de la relation qui suppose un climat d'intercompréhension entre les deux partenaires et surtout une relation de confiance (Desrieux et Beuve, 2011).

b) Quel tiers régulateur ?

Il serait donc nécessaire de trouver une institution susceptible de jouer ce rôle de régulateur. Trois sont envisageables : une cellule d'expertise centralisée, les institutions supérieures de contrôle des comptes publics et une autorité administrative spécifique.

Une cellule experte placée près le Ministère de l'Economie et des Finances, telle la MAPPP (aujourd'hui) Fin Infra serait un candidat naturel pour assumer ce rôle. Sa capacité à capitaliser les retours d'expérience et à constituer une expertise indépendante sur les montages contractuels en fait un acteur central dans la maîtrise des risques informationnels propres aux PPP. Son rôle en matière de contrôle des rapports d'évaluation préalable en fait la première ressource à disposition des personnes publiques s'engageant dans ces contrats. La portée de son action a été significativement étendue au travers de la transformation en mai 2016 en Fin Infra. Son expertise n'est plus cantonnée aux marchés de partenariat (anciennement contrats de partenariat) mais porte sur l'ensemble des contrats complexes, qu'il s'agisse de marchés de partenariat, de concessions ou de marchés publics globaux. Sa compétence est néanmoins purement facultative pour les collectivités territoriales en vertu du principe de libre administration des communes. De la même façon, son activité initiale s'est concentrée sur la préparation et la passation du contrat. Il est donc souhaitable de s'appuyer également sur des

institutions pouvant plus aisément assurer un suivi de l'exécution des contrats et dont la compétence serait la même pour l'ensemble des personnes publiques.

La Cour des comptes et les chambres régionales des comptes constituent un régulateur possible des contrats. La capacité des institutions de contrôle des comptes publics à mettre en regard les constructions contractuelles avec l'exécution des contrats offre un espace complémentaire de régulation des contrats de PPP. L'expérience britannique montre comment le contrôle exercé par de telles juridictions peut progressivement ajouter à une exigence de redevabilité « parlementaire » axée sur le contrôle de la régularité de la dépense publique une exigence de redevabilité axée sur les impacts des politiques publiques sur les usagers (Marty et Voisin, 2016). Les recommandations dérivant des rapports d'observations peuvent en outre relever d'une autre logique de redevabilité. Celle d'une redevabilité managériale participant d'une logique d'audit dont la finalité est de proposer des actions correctives pour les difficultés relevées et / ou d'identifier des risques potentiels avant que des difficultés ne se matérialisent dans l'exécution du contrat public.

Cependant, ce contrôle ne peut être que ponctuel. En outre, les parties ne peuvent saisir une telle institution de contrôle. La problématique du suivi des recommandations est essentielle et le contrat administratif complexe de long terme pourrait faire l'objet d'une supervision régulière tout au long de son exécution. L'exigence d'*open data*, les impératifs de transparence, les obligations de production de rapports de gestion participent de cette logique. Elle pourrait être systématisée au travers d'une agence de régulation indépendante faisant en quelque sorte le pendant de Fin Infra pour le volet *ex post* et pouvant assurer le suivi des recommandations des institutions supérieures de contrôle des comptes publics. Une structure de type autorité administrative indépendante permettrait qui plus est d'apporter quelques garanties additionnelles en regard du principe de libre administration des collectivités territoriales.

Cette hypothèse n'est peut-être pas si irréaliste qu'il n'y paraît au premier abord. En témoigne l'exemple du rôle dévolu à l'ARAFER en matière de contrôle des concessions d'autoroute[16]. Les problématiques sur lesquelles porte le contrôle de l'ARAFER sont très comparables aux enjeux considérés *supra*. L'analyse que réalise le régulateur porte sur des aspects relatifs aux tarifs, aux investissements qui mettent en jeu des notions centrales en matière d'asymétrie d'information. Certes ce contrôle s'exerce sur un nombre limité et particulièrement homogène

[16] Cette régulation procède la loi Macron du 6 août 2015, elle porte à la fois sur la régulation des concessions elles-mêmes mais également sur les marchés de travaux, fournitures et services passés par les sociétés concessionnaires

de contrats publics. Il permet néanmoins de limiter dans ce champ les risques relevant d'un aléa moral. Il en est ainsi du suivi des obligations contractuelles et des renégociations. De la même façon, l'accent placé sur les marchés des sociétés concessionnaires est intéressant en regard de la nature des contractants[17]. Ce sont des conglomérats qui sont intégrés verticalement avec une filiale BTP. *A contrario,* il n'y a pas de contrôle dans les PPP sur les contrats privé-privé passés par la société projet (ce qui serait un avantage des PPP institutionnalisés en termes de contrôle public).

Le contrôle de ces marchés est essentiel en matière d'économie des PPP. En effet, trop souvent la réflexion sur l'équilibre financier des marchés de partenariat se focalise sur la rémunération des capitaux propres investis par les sponsors. Cette dimension n'épuise pas le sujet et n'est peut-être pas significative. Le propre d'un montage de financement sur projet est de limiter la part des capitaux propres par rapport à celle de la dette et contribue donc à réduire l'assiette de la rémunération. Cette rémunération peut éventuellement passer par les contrats que va conclure la société projet. Ceux-ci peuvent échapper aux concurrents et peuvent éventuellement se faire au bénéfice de filiales reliées au groupe (comme l'a par exemple montré l'avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 de l'Autorité de la concurrence sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires).

Cela plaide pour la mise en œuvre des outils de régulation par le contrat décrit *supra* (comme le *market testing* par exemple), pour un suivi dans la durée des contrats (comme le fait l'ARAFER dans le cas décrit ci-dessus) mais également pour des évaluations exhaustives de la part d'institutions de contrôle des comptes publics. En effet, le contrôle ne doit partir du présupposé que les opérations de construction (souvent réalisées par l'utilisation de *back-to-back contracts*) avec des mécanismes de prix forfaitaires profitent toujours au contractant privé. L'exemple des surcoûts de construction du stade Pierre Mauroy décrits par la CRC Hauts de France (2017) illustre ce point. Gérer les risques dans des contrats publics complexes de long terme efficace suppose de trouver des solutions à même de garantir un équilibre économique acceptable et viable pour les deux parties. Dans l'histoire, la pratique décisionnelle du Conseil d'Etat a souvent porté cet objectif.

[17] Par exemple, un rapport annuel est produit quant à l'activité des commissions des marchés des sociétés concessionnaires d'autoroutes - http://www.arafer.fr/wp-content/uploads/2016/07/Rapport-commissions-des-marches-SCA1.pdf

Références

Akerlof G.A., (1970), "The Market for 'Lemons': Quality uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, volume 84, issue 3, August, pp.488-500.

Armstrong, M. and Sappington D., (2006), "Regulation, Competition and Liberalization", *Journal of Economic Literature*, volume 44, issue 2, pp 325-366.

Athias L. and Saussier S., (2015), "Are Public-Private Partnerships that Rigid? And Why? Evidence from Toll Road Concession Contracts", *Chaire EPPP Discussion Paper*, n°2015-6, September, 36p.

Auriol E., (2000), « Concurrence par comparaison : un point de vue normatif », *Revue Economique*, volume 51, n°3, pp.621-634.

Bajari P. and Tadelis S., (2001), "Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts," *RAND Journal of Economics*, volume 32, pp.287–307.

Bardach E. and Kagan R.A., (2002), *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*, Somerset, New Jersey, Transaction Books (first ed. 1982).

Beuve J., Moszoro M. and Saussier S., (2015), "Political Contestability and Contract Rigidity: An Analysis of Procurement Contracts", *Chaire EPPP Discussion Paper*, n°2015-2.

Blanc-Brude F., (2013), "Risk transfer, self-selection and ex post efficiency in public procurement. An example from UK primary and secondary school construction contracts", *Revue d'Economie Industrielle*, n°141, premier trimestre, pp.141-180.

Brux (de) J., (2010), "The Dark and Bright Sides of Renegotiation: An Application to Transport Concession Contracts", *Utilities Policy*, volume 18, issue 2, pp.77-85.

Brux (de) J. and Marty F., (2014), "IPPP – Risks and Opportunities: An Economic Perspective", *European Procurement and Public-Private Partnership Law Review* (EPPPL), volume 2014-2, pp.113-125.

Chambre Régionale des Comptes Ile de France, (2014a), *Centre hospitalier Sud Francilien – enquête baux emphytéotique des hôpitaux*, Rapport d'observations définitives, juillet.

Chambre Régionale des Comptes Ile de France, (2014b), *Département des Hauts de Seine – Commande publique et contrat de partenariat du collège Georges Pompidou à Courbevoie*, Rapport d'observations définitives, juillet.

Chambre Régionale des Comptes Hauts de France, (2017), *Stade Pierre Mauroy – Métropole Européenne de Lille*, Rapport d'observations définitives, avril.

Chever L. et Le Lannier A., (2014), « Les outils de régulation des partenariats public-privé », *Discussion Paper* n°2014-07, Chaire EPPP, IAE de Paris Panthéon Sorbonne, septembre.

Chong E. et Huet F., (2010), « Partenariats public-privés et investissements en fin de contrat : le cas de l'industrie de l'eau en France », *Recherches économiques de Louvain*, 2010/4, volume 76, pp.413-448.

Crozet Y., (2003), « Industries de réseau et politiques publiques : pour une approche stratégique », *Flux*, 2003/4, n°54, pp.6-14.

Decarolis F., (2014), "Awarding Price, Contract Performance, and Bids Screening: Evidence from Procurement Auctions", *American Economic Review – Applied Economic*s, volume 6, n°1, January, pp.6-32.

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

Desrieux C. and Beuve J., (2011), "Relational contracts as a foundation for contractual incompleteness", *Economics Bulletin*, volume 31, issue 3, pp.2030-2040.

De Clerck D. and Demeulemeester E., (2015), "Creating a More Competitive PPP Procurement Market: Game Theoretical Analysis", *Journal of Management in Engineering*, volume 32, issue 6, November.

Flyvbjerg B., Holm M.-S. and Buhl S.L., (2003), "How common and how large are cost overruns in transport infrastructure projects", *Transport Review*, volume 23, issue 1, pp.71-88.

Flyvbjerg B., (2013a), "Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects: Two Models for Explaining and Preventing Executive Disaster", *California Management Review*, volume 51, n° 2, pp. 170-193.

Flyvbjerg B., (2013b), "Quality Control and Due Diligence in Project Management: Getting Decisions Right by Taking the Outside View", *International Journal of Project Management*, volume 31, n°5, pp. 760-774

Ghere R.K., (2001), "Probing the Strategy Intricacies of Public-Private Partnerships: The Patent as a Comparative Reference", *Public Administration Review*, volume 61, n°4, pp.441-451.

Goettlieb D. and Moreira H., (2015), “Simple Contracts with Adverse Selection and Moral Hazard”, *Wharton School Research Papers*, n° 78, February, 46p.

Hart O., (2003), “Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships”, *The Economic Journal*, volume 113, pp.486, March, pp. C69-C76.

Hart O., Schleifer A. and Vishny R.W, (1997), “The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons”, *Quarterly Journal of Economics*, volume 112, Issue 4, pp.1127-1161.

Ho S.P. and Hsu Y., (2014), “Bid Compensation Theory and Strategies for Projects with Heterogeneous Bidders: A Game Theoretic Analysis”, *Journal of Management in Engineering*, volume 30, issue 5, September.

Hong H. and Shum M., (2002), “Increasing Competition and the Winner’s Curse: Evidence from Procurement”, *Review of Economic Studies*, volume 69, issue 4, pp.871-898.

Karpik L., (2007), *L’économie des singularités*, Paris, Gallimard.

Kirat T., Marty F. et Vidal L., (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*, La Documentation Française, Paris, pp.213-248.

Kirat T. et Marty F., (2017), « Le contrat de PPP à l'épreuve des contentieux : Retours d'expérience sur le cas français », *Chaire EPPP Discussion Paper*, n°2017-1, mars, 22p.

Manelli A. and Vincent D., (1995), “Optimal Procurement Mechanisms”, *Econometrica*, volume 63, pp.591-620.

MAPPP, (2011), *Les contrats de partenariat – guide méthodologique*, Ministère de l’Economie, des Finances et de l’Industrie, 25 mars, 179p.

Marty F., (2015a), « L’évolution des conditions de financement des contrats de PPP : toujours un modèle de financement privé ? », *in* Saussier S., s.d., *Economie des partenariats public-privé – Développements théoriques et empiriques*, De Boeck, Bruxelles, août, pp.109-140.

Marty F., (2015b), « Régulation par contrat » *in* Bazex M., Eckert G., Lanneau R., Le Berre C., du Marais B. et Sée A., *Dictionnaire des régulations 2016*, Lexis Nexis, Paris, novembre 2015, pp.571-575.

Marty F. and Voisin A., (2008), "Partnership contracts and information asymmetries: from competition for the contract to competition within the contract?", *Document de travail OFCE*, n° 2008-06, February, 29p.

Marty F. et Voisin A., (2016), « La redevabilité des partenariats public-privé », *Revue Française d'Administration Publique*, 2016/4, n°160, pp.1123-1138.

Moszoro M. and Spiller P., (2014), "Third-party opportunism and the theory of public contracts: operationalization and applications", *in* Brousseau E. and Glachant J.-M., eds, *The manufacturing of markets: legal, political, and economic dynamics*, Cambridge University Press, pp.229-252.

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

National Audit Office, (2002), *PFI refinancing update*, HC 1288, session 2001-2002, November.

National Audit Office, (2007a), *Benchmarking and market testing the ongoing services component of PFI projects*, HC 453, session 2006-2007, June.

National Audit Office, (2007b), *Improving the PFI Tendering Process*, HC149, session 2006-2007, March.

Pinto F.S., Simoes P. and Marques R.C., (2017), "Raising the bar: The role of governance in performance assessments", *Utilities Policy, à paraître*

Poppo L. and Zenger T., (2002), "Do formal contracts and relational governance function as substitutes or complements?", *Strategic Management Journal*, volume 23, issue 8, pp.707-725.

Regan M., Smith J. and Love P., (2011), "Infrastructure Procurement: Learning from Private-Public Partnerships Experiences 'Down Under'", *Environment and Planning C: Government and Policy*, volume 29, pp.363-378.

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

Saussier S. et Tirole J., (2015), *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Les notes du Conseil d'Analyse Economique, n°22, avril, 12p.

Sénat, (2014), *Rapport de la commission d'enquête sur les modalités et le montage juridique et financier et l'environnement du contrat retenu in finr pour la mise en place de l'écotaxe poids lourds,* Rapport n°243, 21 mai, 238p.

Sourzat L., (2017), *Le contrat administratif résilient*, Thèse de doctorat de Droit Public, Université Toulouse 1 Capitole, novembre.

Spiller P.T., (2008), "An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications", *NBER Working Paper Series*, n°14152.

Stern J., (2012), "The relationship between regulation and contracts in infrastructure industries: Regulation as an ordered renegotiation", *Regulation and Governance*, volume 6, pp.474-498.

Williamson O.E., (1999), "Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective", *Journal of Law, Economics and Organization*, volume 15, pp. 306-342.