

# **Conformité et coûts de transaction: comment déléguer des activités publiques en utilisant différents instruments contractuels**

BIENNALE BUSINESS & DROIT 2EME EDITION LE 13 DECEMBRE 2013

“ACTEURS PUBLICS & PRIVES: OBJECTIF COMPETITIVITE” - PLENIERE DE CLOTURE

Prof. Dr. Dr. h.c. Erich Schanze LL.M (Harv.), Marburg, Bergen, St. Gallen

## **1. La modernisation du secteur public**

J'avais été fortement impressionné lors de la première Biennale Business et Droit en décembre 2011 et c'est pour moi, un plaisir immense que d'avoir le privilège de pouvoir participer à cette deuxième édition de cette biennale et de pouvoir retrouver cette belle ville de Lyon.

Je vous remercie chaleureusement pour cette invitation et vous présente mes excuses pour mon pauvre français. Je crains d'avoir été trop longtemps aux états unis et de ne pas avoir été suffisamment en France.

J'aimerais revenir, à l'aide d'une des trois contributions finales de cette conférence, sur le problème central que pose la modernisation du secteur public.

Je vais formuler ma question à l'aune de l'économie des Institutions, qui me fascine en tant que juriste depuis plus de 40 ans.

Comment peut-on réaliser à moindre coût une activité publique donnée - telle qu'un hôpital, l'approvisionnement en eau ou même une école- tout en gardant la même qualité de conformité. Le choix d'un système de stimulation adéquat est donc un enjeu central.

## **2. Le choix de l'organisation selon Ronald Coase**

Comme nous l'avons déjà entendu, le droit public s'est ouvert à une diversité d'innovations organisationnelles provenant du droit privé. Le mot-clé étant le partenariat public privé, ou PPP. La question centrale est de savoir comment on peut parvenir avec des éléments de concurrence à éclater les hiérarchies administratives. Comme il s'agit de méthodologie, je me dois de rappeler le prix Nobel d'économie anglais Ronald Coase, qui est mort à Chicago, il y a quelques mois à l'âge de 102 ans.

Alors que j'étais comme professeur associé à la Law School de l'université de Chicago, il était pour moi un ami admiré presque paternel. Dans son célèbre article "Nature of the Firm" les coûts de transaction occupent la place centrale des Organisations-Innovations.

Coase analysait et expliquait l'organisation de la production de l'économie privée. Sa méthode, je le pense, est aussi valable pour la "production" du secteur public. Coase fait la distinction entre le marché et la hiérarchie. Dans un environnement de concurrence l'importance des coûts de transaction détermine le choix de l'organisation: Soit il y a coordination horizontale avec le Contrat, soit il y a une coordination verticale à travers la Direction. La Structure de Commandement, ou la Hiérarchie comme l'appelait Coase, constitue l'essence même de l'entreprise.

### **3. Le choix de l'organisation ou un processus d'apprentissage pour l'État et l'économie privée ?**

À cet endroit, je souhaiterais faire la remarque suivante:

Nous savons que l'organisation de l'industrie privée moderne s'est énormément inspiré des structures publiques hiérarchiques efficaces. Pensez à l'organisation de la Société Anonyme, c'est un État dans l'État. Pensez aussi au Roi Henry Ford ou à Peter von Siemens. Je suis convaincu qu'il existe de nombreux exemples similaires dans l'Histoire de l'Industrialisation de la France. Peter von Siemens, officier de l'armée prussienne, copia les structures décisionnelles de l'organisation de son armée pour les transposer ensuite dans son industrie à Berlin (J.Kocka 1969) et fut par la suite couronné de succès à l'international.

Les innovations organisationnelles - telle qu'issues de la thèse suivante- n'est nullement une voie à sens unique du droit public vers le droit privé. Il s'agit plutôt de l'étude organisationnelle dans les pôles du marché et de la hiérarchie- et je pourrais y rajouter, d'après mes propres recherches, les organisations hybrides que je qualifie d'"arrangements symbiotiques".

Pensez aux différentes formes de coopération dans le secteur de la production des automobiles entre les différents acteurs de l'Europe, des États Unis, du Brésil et de la Chine. On retrouve des mélanges complexes de "contrat" et de "hiérarchie", que l'on

ne peut plus classer dans l'une ou dans l'autre catégorie et qui présente donc une nouvelle forme d'organisation efficace.

#### 4. Le fonctionnement de la franchise

Le franchisage est un bon exemple:

Nous pensons aujourd'hui à l'organisation de chaînes telles que McDonalds ou, dans une taille plus modeste *Pronuptia*, dans *business format franchising*. Depuis plus de trente ans, il existe en France la norme AFNOR pour les franchises privées. Le principe provient de l'organisation politique de l'Etat féodal. Pour les seigneurs et pour les monastères, il était évident qu'ils ne pouvaient exploiter leurs champs et leur ressources minières sans l'aide de "sous-entrepreneurs" loyaux. Ils choisirent alors la concession ou le privilège. En anglais, il s'agit de *royal charter* et de la *franchise*. Une cause de l'indépendance des juges de common law provient de cette délégation de pouvoir public.

Mais retournons au 21<sup>ème</sup> siècle. L'épais manuel/ ou plutôt *handbook* de McDonalds existe dans toutes les langues du monde. Le réseau réduit comprend 34.000 entreprises avec 1,7 millions d'employés à travers le monde. Le mélange hybride de contrat et de hiérarchie dans les relations de franchiseur à franchisé est au regard de sa subtilité organisationnelle et de la puissance réelle de la conformité presque inégalé – *almost total control, almost total compliance*.

Je tiens à poser la limite suivante: Le recours systématique à la franchise n'est surement pas la solution à tous les problèmes d'organisation des administrations. Il ne s'agit pas non plus de déléguer toutes les missions de service public au secteur privé, comme dans beaucoup de variante de PPP. Notre propos ici est d'analyser la méthode afin de dégager une structure-type d'organisation efficace.

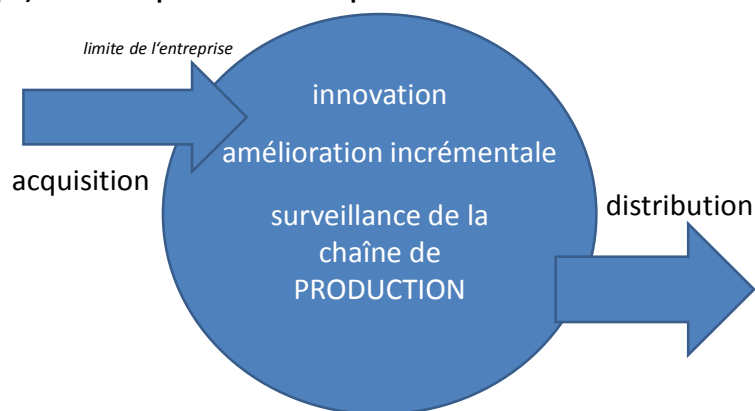
Dans le cadre du franchisage privé, il s'agit d'une réalisation coopérative de prestations bien définies qui sont aussi documentées dans le contrat principal ainsi que dans les différents manuels et qui spécifient les attributions et les interactions. Les parties sont d'une part le franchiseur, qui dispose d'un concept précis et bien défini et qu'il a développé et adapté aux exigences du marché, - et d'autre part, - une pluralité de franchisés qui mettent en œuvre et exploitent localement ce concept. À travers ce réseau se forme une "entreprise virtuelle" qui est souvent considérée comme une seule entreprise unique.

## 5. Le Franchisage pour les activités publiques ?

Rappelons-nous de la structure de puissance dans l'entreprise classique, comme illustrée à l'**image une**.

### La structure de puissance

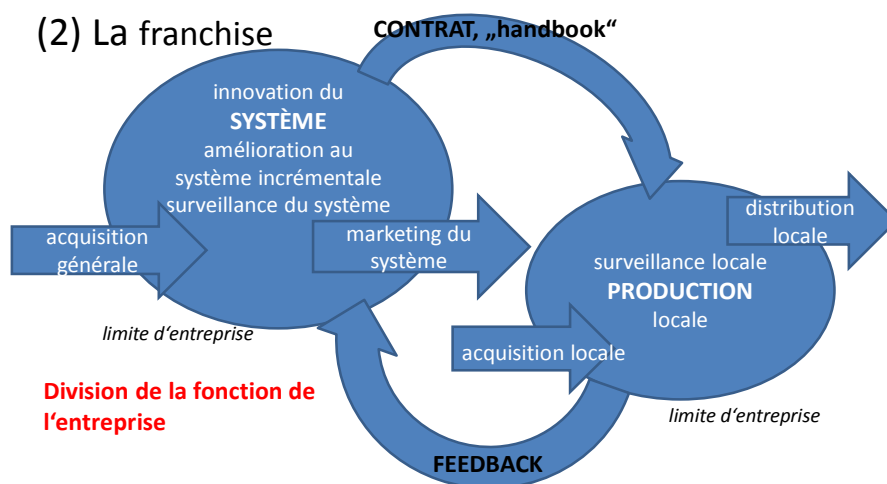
#### (1) L'entreprise classique



L'image nous montre le rôle de l'entreprise dans la chaîne de production. Nous pouvons voir un ensemble de facteurs de production telle que l'innovation, la surveillance de la chaîne de production ainsi que l'amélioration incrémentale. Ce sont en réalité des fonctions faites par le management.

Maintenant, regardons la division des fonctions managériales dans la franchise comme illustrée à l'**image deux**.

## La structure de puissance

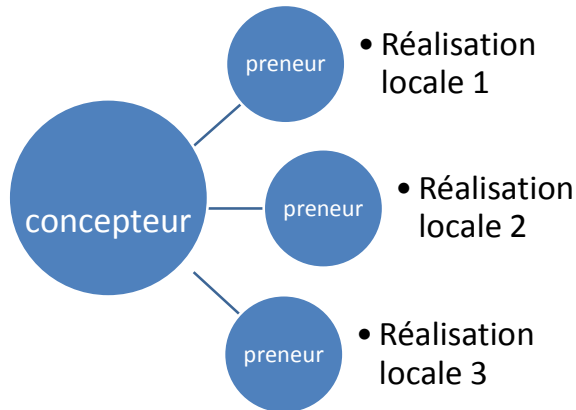


Nous voyons la division entre le développement du concept ou du système et la production au niveau local. Les deux unités sont séparées mais ils interagissent par le contrat et le handbook pour le franchisé mais aussi par le feedback du franchisé au franchiseur.

L'objectif défini ainsi que sa mise en œuvre uniforme par les acteurs locaux sont particulièrement intéressants pour la transposition de cette idée fondamentale à la réalisation de missions publiques. Dans une certaine mesure, ceci équivaut à la bonne mise en œuvre des lois et des décisions administratives par les autorités compétentes.

Le groupe des agents indépendants s'inscrit, comme illustré à l'**image trois** dans une relation satellitaire avec le franchiseur, concepteur.

## Coopération symbiotique



Ces preneurs confient au concepteur la détermination de l'objectif et le choix de la mise en œuvre. Le concepteur fonctionne comme un "gérant" central.

A contrario les franchisés s'occupent au niveau local, et en toute indépendance juridique, de la production, financement compris. Ils supportent le risque résiduel de l'entreprise qu'ils gèrent. Cette répartition des risque provoque des stimulations en vue d'optimiser les performances pour les parties prenantes.

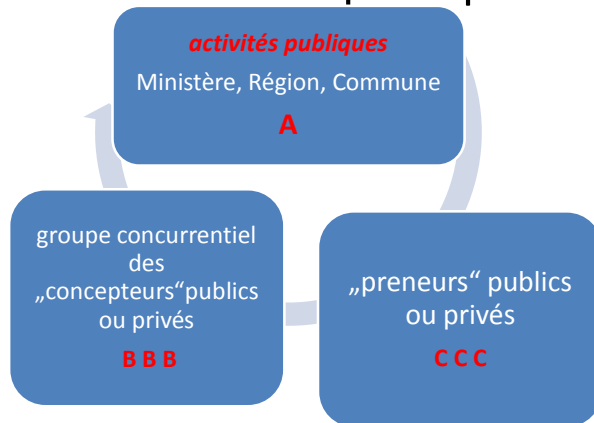
La révision et "l'innovation" sont dans les solutions contractuelles classiques plus difficiles et improbables à mettre en œuvre.

C'est ce qui différencie le franchisage hybride symbiotique des différentes solutions contractuelles contenues dans les **PPP**, dans lesquels l'objet du contrat tend rapidement à devenir - après la conclusion du contrat - la proie d'un des contractants.

Dans le cadre d'une exécution des tâches publiques comment tirer pleinement profit de cet arrangement symbiotique?

Pensons aux hôpitaux, aux crèches, aux piscines et aux stations d'épuration des eaux. Nous devons imaginer une structure en trois parties comme illustrée à l'**image quatre**.

## La franchise comme mécanisme pour des activités publiques



Dans le cadre d'une administration responsable, une institution (**A**) assumant des activités publiques comme un ministère, une administration régionale ou même une commune, définit des objectifs, des standards et le budget consacré.

On voit ensuite une série de "concepteurs" (**B**) qui développent dans un environnement concurrentiel des concepts correspondants aux impératifs fixés par l'institution (**A**). Ceux-ci proposent des concepts de différentes qualités qui satisfont les exigences locales.

Ces concepteurs vont ensuite recruter des agents-preneurs (**C**) qui, dans le cadre d'une relation contractuelle, sont prêts à mettre en œuvre, au niveau local, le concept retenu et qui font part aussi bien à **A** qu'à **B** de leurs expériences sur la réalisation et des innovations. Il peut exister des investisseurs, qui peuvent par des placements intelligents financer la réalisation de ces projets et qui amènent leur propre management. Ainsi existe-t-il un double contrôle et concertation entre les trois parties. Dans la terminologie de la *Theorie de l'agence* c'est ce que l'on appelle la relation de principal/agent.

Chaque franchiseur continue de développer son propre concept, l'améliore, prend en compte les différentes innovations via les contrôles qu'il exerce. L'entrepreneur local finance et met en œuvre le concept, optimise le projet local et donne de précieux feedback à son franchiseur-concepteur. L'autorité administrative contrôle le

franchiseur-concepteur et se réserve le droit d'agir directement sur l'agent local, preneur du concept, en cas de violation évidente des objectifs, des normes et du budget.

## 6. Exemples : Les hôpitaux et piscines

Prenons le cas de l'accès aux soins des malades ainsi que les piscines municipales. On peut ici naturellement argumenter que dans ces deux cas précis le secteur public ne dispose d'aucune compétence régaliennne. Dans le schéma classique du "*make or buy*", c'est à dire du "faire ou acheter", les entreprises privées devraient effectuer ces activités. Nous devrions prendre en considération de nouveaux systèmes d'exploitation et plus précisément une délégation de gestion d'un service public.

Les questions essentielles pour une décision coût/efficacité sont les suivantes:

D'abord, **que** choisit l'autorité administrative? Ensuite, **comment** cette autorité prend cette décision? **Sur quels** critères, **sur quelles** connaissances et **quelles** compétences?

En Allemagne, et je suppose qu'il en va de même en France, il existe une sorte de tourisme très particulier où l'on peut voir des armées de hauts fonctionnaires et de politiques venir livrer leur projets pour des hôpitaux, des piscines, des usines de traitement des eaux et même des aéroports tout en visitant ces installations. Le problème résiduel est le suivant: **sous quels** critères et avec **quelle** méthodologie sont pris ces projets de référence?

Alors que les PPP classiques sont coordonnés de manière bilatérale, le franchisage introduit **un troisième niveau** capable de renforcer une solution concurrentielle voire même de la rendre possible.

La franchise travaille avec des différents fournisseurs avec des concepts concurrents qui se spécialisent dans la construction, le financement et le management - des hôpitaux, des piscines et des usines de traitement comme cités plus haut- et qui se développent dans le cadre du franchisage.

Les colloques politiques ne décident pas directement de la commande d'une construction, d'un financement ou du management, mais ils choisissent parmi les différents projets proposés. Pour ce faire, ils disposent de portefeuilles de concepts



déjà réalisés ainsi que les informations essentielles quant aux objectifs, au budget et à la conformité.

Il est certain que l'on peut obtenir des informations similaires sur la qualité de l'organisation et les coûts de transaction à travers des études de modèle économique et des études d'impact. Ce genre d'étude est d'ores et déjà mené dans les universités, dans les grandes écoles et dans les *Think Tanks*. De plus, il existe des spécialistes pour ce genre d'évaluation de l'organisation. Mais en pratique, il s'agit plutôt d'un coup de chance, lorsque le projet retenu s'appuie sur une étude scientifique ou une analyse d'un spécialiste indépendant.

## **7. Qui est le gérant dans le système de franchisage ?**

Ceci nous amène à la question suivante: Qui est le gérant des activités mentionnées plus haut dans la solution du franchisage?

Dans un PPP classique cette tâche est "privatisée" via la délégation. Cela signifie qu'une entreprise privée va exploiter concrètement le projet selon des critères économiques. Dans le cadre du franchisage, il est aussi possible que cette concrétisation passe aussi par le secteur public. Si le concept est bien choisi dans un environnement concurrentiel et si ce projet est crédible, il y a alors de bonnes raisons pour que les agents publics concrétisent aussi ce projet local. Une piscine bien organisée et surveillée par un bon franchiseur n'a pas besoin d'être privatisée. En Allemagne, on peut constater, dans nombreux cas de privatisations et de délégations de missions publiques, qu'il existe une tentation de capter une certaine clientèle avec des situations de rentes particulières de l'économie privée. On peut ainsi mentionner la reconversion de certains politiques en gérant très bien payés d'entreprises privées communales.

## **8. Un concepteur privé ou public ?**

On peut intensifier le problème et poser la question suivante: Est ce que le concepteur, le franchiseur, doit être une entreprise privée bien organisée?

Mais là aussi, on peut répondre par la négative.

Il existe des entreprises publiques puissantes et efficaces et qui sont en partie porteuses de projets à travers le monde entier. On peut citer par exemple Aéroport de Paris, Fraport, L' Aéroport de Francfort et même Avinor en Norvège.

J'aimerais dissiper tout malentendu: Il ne s'agit nullement d'une apologie de l'entreprise publique. Elle regorge de problèmes. Mais ces problèmes ne peuvent pas être résolus à travers une simple transformation en entreprise privée.

### **9. Conclusion: La transparence des budgets, coûts de transactions et l'objectif de compétitivité**

Des budgets transparents pour les coûts de productions et les coûts de transaction sont au centre de l'analyse de Coase, quant au choix de l'organisation des entreprises privées. Dès lors qu'une entreprise quitte sa stratégie commerciale de maximisation des profits et poursuit une autre stratégie, avec entre autre, des objectifs intéressants d'un point de vue politique, il s'agira alors d'établir des budgets pour ces objectifs non commerciaux. Ces budgets doivent être soumis au contrôle parlementaire.

Il est indiscutable que certaines prestations existantes exigent le recours aux subventions. Sans elles, nous peinons à exploiter économiquement des entités effectuant des activités publiques, comme les opéras ou les piscines. Néanmoins les concepts organisationnels sous jacents doivent tendre vers une réduction des coûts de transactions ainsi que des situations de rente et de gaspillage.

Le sujet de notre deuxième biennale Business & Droit est la compétitivité. La concurrence institutionnelle n'est pas une fin en soi, mais plutôt un moyen d'atteindre une amélioration des structures de transactions dans les droits privés et publics. L'objectif de compétitivité peut être atteint à travers une pluralité de réflexions des idées fondamentales et des mécanismes du franchisage. Il s'agit en fait de la mise à disposition d'une offre d'exemples organisationnels efficaces pour certaines productions, que se soit pour la vente des pains chez McDonalds, pour les menus des grands restaurants étoilés de la chaîne d'Alain Ducasse ou même l'exploitation de l'aéroport Charles de Gaulle.

Je vous remercie pour votre attention et je me tiens à votre disposition pour répondre à vos questions.