

## La lettre d'AED n° 5- Septembre 2007

### « Agences de notation, immobilier et contrats publics »

### Septembre 2007 : Publication du troisième ouvrage d'AED à la Documentation Française

#### Sommaire de l'ouvrage

#### Première Partie : « Le droit et la note »

Bertrand du Marais (dir.)

- Les modalités de prise en compte du droit par les agences de notation.
- L'influence des agences de notation sur le choix du droit et les évolutions de celui-ci.

#### Deuxième partie : « Évaluation économique comparée de la responsabilité du constructeur »

Pierre Kopp (Dir.)

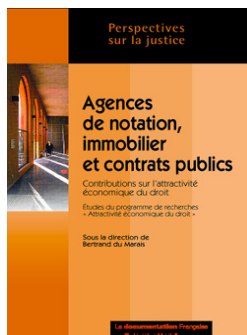
- Convergence des systèmes de responsabilité.
- Le rôle de l'assurance.

#### Troisième partie : « De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics »

Thierry KIRAT, Laurent VIDAL et André DELION (Dir.)

- Le problème de l'évaluation économique du droit des marchés publics.
- L'équilibre du contrat et le droit du contrat : Des pratiques en quête d'évaluation.

#### Se procurer l'ouvrage



Librairie de la  
Documentation  
française  
29 Quai Voltaire  
75007 Paris

Tél. : 01 40 15 71 10  
16 x 24 cm, 257 pages  
29 € -

ou  
[www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)

#### Mondialisation du droit économique: entre concurrence et convergences

Ce troisième ouvrage, élaboré dans le cadre du programme « Attractivité économique du droit », jette trois éclairages à la fois inédits et terriblement d'actualité, en cet automne 2007, sur la problématique de la mondialisation du droit en s'intéressant, de façon comparative :

- Aux agences de notation financière;
- Au régime de responsabilité des constructeurs immobiliers ;
- Au régime d'exécution des contrats publics.

Droit et mondialisation entretiennent des relations complexes<sup>1</sup>. Le droit apparaît à la fois comme un facteur de la mondialisation, en facilitant les échanges internationaux entre personnes et entreprises, mais aussi comme un produit de celle-ci. Cette influence a pris longtemps la forme classique de la construction interétatique du droit international. De façon plus récente, cette influence se matérialise par une imprégnation croissante des droits nationaux par les droits étrangers au nom, notamment, de l'amélioration des échanges commerciaux. Ce mouvement est révolutionnaire dans la mesure où la conception traditionnelle de l'encadrement juridique supranational des transactions a volé en éclat. Les modalités traditionnelles de construction du droit international, par un débat entre États souverains, s'effacent ; la verticalité de la hiérarchie des normes se brouille : toutes ces tendances produisent une impression de « désordre d'un monde fragmenté à l'excès »<sup>2</sup>.

Pourtant, cette tendance à l'éclatement présente des avantages. Le vieux carcan du droit national se délite : les individus et les biens circulent mieux, les acteurs économiques jouissent d'une plus grande liberté pour s'établir, les barrières réglementaires nationales à l'entrée s'estompent, une concurrence plus saine favorise les meilleurs et les plus efficaces.

Cette évolution du droit vers la multipolarité est source

<sup>1</sup> M-C Ponthoreau, « Trois interprétations de la globalisation juridique : approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 2006, p. 20.

<sup>2</sup> M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, p. 951.

<sup>3</sup> Voir notre contribution « *Entre la Jamaïque et le Kiribati : Quelques réflexions sur l'attractivité du Droit français dans la compétition économique internationale* », au *Rapport annuel du Conseil d'État pour 2006*, « Sécurité juridique et complexité du droit », EDCE 57, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 377-389.

de liberté. Avec le choix, vient la possibilité d'optimiser : les montages juridiques s'étendent sur plusieurs systèmes, en fonction des avantages comparatifs des législations nationales. Les agents économiques choisissent leur droit, les justiciables, leur juge.

La compétition qui s'est ainsi instaurée depuis quelques années entre instruments juridiques, en particulier dans la sphère des échanges économiques, est indéniable. En particulier, les deux grands systèmes de droit des pays développés – Common Law v. droit civil – semblent en compétition du point de vue opérationnel. Plus certainement, ces deux grands systèmes sont souvent mis en opposition du point de vue idéologique, voire philosophique, tant il est parfois difficile de quantifier l'influence de l'origine juridique – «legal origins» – dans la multiplicité de droits nationaux déjà transformés par l'influence externe. Ceci est particulièrement évident lorsque des États appartiennent à des sous-ensembles politiques régionaux qui produisent du droit harmonisé.

La compétition peut être saine. Elle force le législateur – national ou international – et le juge à réfléchir aux effets de leurs solutions, à évaluer la pertinence de leurs pratiques et parfois à s'inspirer de solutions alternatives développées à l'étranger<sup>3</sup>. Sous la pression d'acteurs économiques internationaux très mobiles, cette évaluation devient nécessairement comparative pour attirer - ou seulement retenir - capitaux et activité économique. C'est dans cette mesure que nous avons pu avancer, depuis quelques années, la problématique de *l'attractivité économique du droit*.

D'où vient alors ce sentiment de malaise ? Dans la sphère économique – mais sans doute également dans celles des droits de l'homme ou du droit pénal – la richesse de ce bouillonnement masque mal certaines tendances extrêmement puissantes qui dépassent la simple convergence spontanée entre droits nationaux pour laisser place à une uniformisation, voire à une standardisation brutale. Cette dernière traduit alors la prééminence, voire l'hégémonie, non pas seulement de tel ou tel instrument spécifique, voire d'un système juridique complet, mais plus certainement de quelques acteurs particuliers. Cette standardisation peut être véhiculée, classiquement, par des États ou des organisations internationales, mais aussi par des acteurs non étatiques, des entreprises, des organisations non gouvernementales, des associations professionnelles, des sociétés savantes, etc. Elle trouve souvent sa principale justification dans un argument de théorie économique : la réduction des coûts de transaction.

Il n'est pas besoin de revenir sur les bénéfices culturels, philosophiques, voire moraux, de la diversité des systèmes juridiques

Mais le pluralisme juridique – ou la *juris-diversité* - constitue également un enjeu économique. Des économistes ont eux-mêmes mis en évidence combien la transplantation de standards juridiques extérieurs constitue un frein au développement économique<sup>4</sup>.

La montée de *l'insécurité juridique* en est sans doute une des causes. On n'applique bien que le droit que l'on comprend. Cela vaut pour les transactions internationales : les deux parties doivent avoir une compréhension commune des obligations auxquelles chacune a souscrit. Cela vaut également pour les transactions internes. Si les deux parties sont conduites sur un terrain peu familier en raison d'une transplantation hâtive, alors le risque est grand qu'elles ne donnent une interprétation divergente à leurs engagements. Le tiers chargé de les départager – en général le juge national – sera lui-même tenté de donner une interprétation encore différente, par méconnaissance ou manque d'habitude de ce droit qui lui est étranger.

En outre, la standardisation juridique crée une « logique propriétaire » – au sens du droit des logiciels et des nouvelles technologies. Un standard fige les positions concurrentielles et confère un avantage compétitif à ceux qui l'ont formulé.

Dans la sphère économique, la mondialisation du droit devrait donc apparaître comme une dialectique complexe entre, d'une part, un rapprochement des législations qui diminue les coûts de transaction et facilite la concurrence et d'autre part, le maintien d'une *jurisdiversité* qui crée de la sécurité juridique et empêche de figer les positions concurrentielles. Le rappel de cette dialectique doit ainsi éclairer toute réflexion en termes d'attractivité économique du droit.

L'argument, voire la théorie, économique figure au centre de cette dialectique. Aussi le présent ouvrage, poursuivant la même approche que les deux précédents publiés par le *Programme de recherches sur l'attractivité économique du droit*<sup>5</sup>, combine-t-il étroitement analyse économique et juridique pour proposer trois contributions sur cette dialectique, trois éclairages sur l'attractivité économique du droit.

Bertrand du MARAIS

<sup>3</sup>

<sup>4</sup> D. Berkowitz, K. Pistor, J-F Richard, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, European Economic Review, Volume 47, Issue 1, February 2003, p. 165-195.

<sup>5</sup> B. du Marais (dir.), D. Blanchet, A. Dorbec *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Etudes du programme de recherches sur l'Attractivité économique du Droit, Paris, La Documentation Française, septembre 2006, 153 p. ; J. GIBSON et B. du MARAIS (dir.), *Réformes du droit économique et développement en Asie*, Paris, La Documentation Française, juillet 2007, 258 p.

Présentation de l'ouvrage

I LE DROIT ET LA NOTE : L'APPRECIATION DU DROIT PAR LES AGENCES DE NOTATION

La première partie – « le droit et la note » – rassemble les travaux d'un groupe d'experts réunis par le Programme de recherches sur l'attractivité économique du droit et composé de Pierre-Henri Conac (Université du Luxembourg), Bertrand du Marais (conseiller d'Etat, Université Paris X, AED), Alain Piquemal (Université de Nice-Sophia Antipolis), Hubert de Vauplane (Calyon), avec Fabien Besson (Université Paris I Panthéon Sorbonne), Philippe Frouté (Essec et Université de Paris I Panthéon Sorbonne), Elisabeth Suel (Université de Paris X).

Il s'agissait d'identifier la façon dont les agences de notation (financière et non financière) appréhendent le droit de l'objet qu'elles notent, tant d'un point de vue organisationnel que sur le fond.

Cette difficulté à comprendre notre droit se traduit alors par des coûts : délais pour mettre en œuvre des montages en droit français, coût financier lié une notation inférieure. Le rapport essaye, pour la première fois, de quantifier ce coût.

A l'issue de ces réflexions, les agences de notation – en particulier financière – apparaissent bien comme des facteurs puissants d'unification des pratiques juridiques. Au regard du droit français, elles peuvent jouer un rôle positif de révélateur de ses contradictions. Les agences de notation non financière contribuent également à une meilleure mise en œuvre du droit positif en en contrôlant le respect. Plus souvent cependant, les agences de notation financière expriment un double biais en défaveur du droit national et des solutions jurisprudentielles. Par un mécanisme de prescription indirecte, elles conduisent alors à imposer des changements de la législation.

Pour l'un des ratios d'une des trois grande agences, le handicap des émetteurs français par rapport à leurs homologues américains s'élève à un « notch » -une position dans l'échelle de notation (Voir graphique et tableau ci-dessous).

Le rapport s'achève par quelques propositions, visant principalement à renforcer le caractère public de l'élaboration de la doctrine juridique des agences.

Figure : Analyse en composantes principales des composantes tirées du rapport Doing Business utilisées par Fitch Ratings : la France et les Etats-Unis sont très proches :

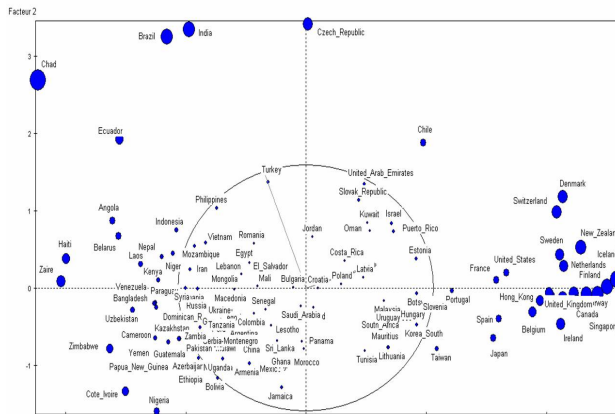


Tableau : Correction en « notch » à apporter si l'on négligeait les cartes de P. Wood.

Pays	Rang Fitch	Rang sans cartes P. Wood	Correction
Belgium	2	1	1
France	2	1	1
Spain	2	1	1
Bulgaria	3	2	1
Greece	3	2	1
Hungary	3	2	1
Israel	3	2	1
Malaysia	3	2	1
Mauritius	3	2	1
Morocco	3	2	1
Thailand	3	2	1
Tunisia	3	2	1
Brazil	4	3	1
Chad	4	3	1
India	4	3	1
Kuwait	4	2	2
Saudi Arabia	4	2	2
Korea_South	1	2	-1
Puerto_Rico	1	2	-1
South_Africa	1	2	-1
Taiwan	1	2	-1
Mexico	3	4	-1
Romania	3	4	-1

II EVALUATION ECONOMIQUE COMPAREE DE LA RESPONSABILITE DU CONSTRUCTEUR

Dans la seconde partie - « Évaluation économique comparée de la responsabilité du constructeur » - l'équipe dirigée par Pierre Kopp (Matisse, Université de Paris I) compare les systèmes d'assurance dommage dans la construction en France et aux États-Unis. Son originalité est de considérer l'ensemble des interactions entre les règles de droit gouvernant la responsabilité du constructeur et le fonctionnement du marché de l'assurance. Elle couvre ainsi les deux volets du droit de la construction : celui fixant les règles de responsabilité et celui consacré à l'assurance. Cette étude s'intéresse particulièrement à l'évolution du droit californien car ce dernier a souvent préfiguré les évolutions ultérieures du droit américain.

Fortement marqué par une forte perméabilité aux enjeux économiques, il est l'un des principaux moteurs d'innovation juridique aux États-Unis dans le domaine de la construction. L'évolution du droit californien répond à l'augmentation du nombre de contentieux suite au boom de la construction des années 1980s. L'apport de l'étude est de montrer que le droit californien tend à se rapprocher des principes mis en œuvre par le droit français : responsabilité objective couplée à une assurance obligatoire. Aussi, il apparaît qu'en la matière le droit français fait figure de précurseur, ce qui contredit la thèse prêtant à la common law une supériorité intrinsèque notamment à travers sa capacité d'adaptation.

Toutefois, au-delà de ce rapprochement, les philosophies sous-jacentes aux deux droits restent très différentes, notamment au niveau du fonctionnement du marché de l'assurance. Le système français a préféré développer une obligation législative d'assurance où les assurances discriminent très faiblement leurs clients tandis que les Californiens ont au contraire renforcé la logique de regroupement des professionnels et d'individualisation du coût du risque. Ainsi, le système français protège mieux de la non-assurance que le système américain qui privilégie pour sa part la différenciation des constructeurs.

### Le programme de recherches sur « L'Attractivité économique du Droit »

Le programme international de recherches sur « L'Attractivité économique du Droit » a été lancé afin de :

démontrer l'efficacité de certains instruments juridiques inspirés du droit écrit, et notamment de la tradition juridique française, en évaluant de façon comparative leurs effets au regard du développement économique et sans en masquer les éventuelles faiblesses ;

démontrer que la diversité des instruments juridiques utilisables par les milieux économiques est, en elle-même porteuse d'efficacité car facteur de sécurité juridique, voire qu'elle est plus favorable aux transactions économiques qu'une standardisation hâtive. Celle-ci produit certains effets collatéraux défavorables aux investisseurs internationaux que le programme mettra en évidence.

Ce programme mène des recherches en analyse comparée des relations entre Droit et Économie.

A l'instar des Think Tank américains, il est soutenu financièrement par un consortium de partenaires publics et privés : les ministères français de la Justice, de l'Économie et de Finances, des Affaires étrangères ; l'Organisation internationale de la francophonie ; la grande majorité des professions juridiques françaises (notaires, avocats, huissiers de Justice, administrateurs judiciaires), la Caisse des Dépôts et Consignations ; la Banque de France, la Fondation pour le droit continental et le GIP « Mission de recherche Droit et Justice » qui assure la gestion financière et comptable du programme.

Ce programme est supervisé par un Conseil scientifique réunissant 30 personnalités (scientifiques et praticiens de renommée internationale, juristes ou économistes), présidé par Jean du Bois de Gaudusson, Professeur de Droit Public à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, Directeur du GDR-CNRS « droit comparé ».

Jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2007, le programme opérait depuis l'Université de Paris X Nanterre et était animé par Bertrand du MARAIS, Conseiller d'Etat et Professeur associé de droit.

Au 1<sup>er</sup> juillet 2007, il représentait:

- 10 équipes internationales, pluridisciplinaires, composées de juristes et d'économistes, universitaires associés à des praticiens, travaillant en parallèle ;
- Un réseau d'environ une centaine d'universitaires et de praticiens, économistes et juristes, en France et à l'étranger ;
- trois ouvrages publiés à La documentation Française.

### III DE L'ANALYSE JURIDIQUE A L'EVALUATION ECONOMIQUE COMPAREE DU DROIT DES CONTRATS PUBLICS

**La troisième partie de l'ouvrage - « De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics »** - présente les travaux d'une équipe dirigée par **Thierry KIRAT (CNRS, IRISES – Paris Dauphine), Laurent VIDAL (Université de Paris I, Institut André Tunc), André DELION (Conseiller honoraire à la Cour des comptes) avec Dionysios KELESIDIS (Université de Paris I), Frédéric MARTY (CNRS, GREDEG, Université de Nice), Didier URI (IRISES, Paris Dauphine).**

Ils montrent que l'efficacité économique du droit des marchés publics peut se mesurer à leur but, qui est d'obtenir des biens et services de qualité aux meilleures conditions, et à la préservation des intérêts légitimes des co-contractants, souvent futurs fournisseurs. La méthode retenue a été d'examiner les conditions de passation et d'exécution dans cinq pays (Allemagne, Espagne, Etats-Unis, France, Royaume-Uni).

Le premier Chapitre souligne les difficultés des évaluations, notamment fondées sur la méthode des indicateurs, du fait en particulier de l'hétérogénéité des systèmes réglementaires, que décrit l'article.

Le deuxième chapitre présente des évaluations à partir des réponses à un questionnaire, principalement grâce aux réponses de la Cour des comptes et, par son intermédiaire, des institutions supérieures de contrôle des autres pays étudiés. Une comparaison approfondie est faite entre d'une part la France et l'Espagne, qui recherchent l'efficacité par des textes applicables à toutes les autorités publiques et soutenus par des structures spécialisées, d'autre part le Royaume-Uni, qui recourt à une active recherche du meilleur rapport avantages-coûts (value for money).

Enfin l'article décrit les mécanismes d'équilibre des contrats dans les pays concernés et compare leurs contentieux aux Etats-Unis et en France. Il en conclut que la distinction classique entre pays de droit romaniste et de common law n'est pas pertinente en matière de contrats publics.

Attractivité Economique du Droit

Courriel : [aed@u-paris10.fr](mailto:aed@u-paris10.fr)

Les travaux sont diffusés sur le site: [www.gip-recherche-justice.fr/aed](http://www.gip-recherche-justice.fr/aed)