

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*Le droit public face à la crise économique : modifications institutionnelles et instruments d'action*

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Le droit public face à la crise économique : modifications institutionnelles et instruments d'action », *Revue européenne de droit public*, n° 87, 2013.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# LE DROIT PUBLIC FACE A LA CRISE ÉCONOMIQUE: MODIFICATIONS INSTITUTIONNELLES ET INSTRUMENTS D'ACTION

LA crise économique que subit le monde aujourd'hui n'a pas eu d'équivalent auparavant. Pourtant, la crise de 1929 a eu une ampleur plus importante encore sur la vie des populations, notamment occidentales, et fut l'une des causes principales de la montée des dictatures et de la 2<sup>e</sup> guerre mondiale. Les leçons de l'histoire servent cependant et, si l'on ne peut écarter aujourd'hui le risque de guerre globale, on peut au moins constater que les gouvernements luttent contre la crise actuelle avec des instruments plus efficaces qu'à l'époque.

Crise économique? En réalité, cette crise est un peu plus que cela. A tout le moins faut-il entendre le terme "économique" dans son sens le plus large. L'analyse économique a pu distinguer cinq étapes successives conduisant de la situation actuelle<sup>1</sup>. Ces cinq étapes se cumulent d'ailleurs pour former une crise à cinq branches<sup>2</sup>. Au commencement, on trouve la crise des crédits hypothécaires américains (dite crise des *subprimes*) qui se traduit par un non-remboursement desdits crédits par les citoyens américains ayant, pour la plupart, acheté leur résidence principale à l'aide de ces instruments financiers. Par elle-même, cette crise n'est d'ailleurs pas si importante<sup>3</sup>, mais elle fait office de premier domino<sup>4</sup>. Cette première étape s'est ensuite doublée d'une crise des marchés financiers issue d'une perte de confiance dans certains instruments financiers issus de titrisations. Dans un troisième temps, la crise devient bancaire avec une hausse importante des frais interbancaires et le choc psychologique de la faillite de la banque Lehman Brothers, l'une des plus importantes banques d'investissement. Le quatrième temps est une réponse du G20 avec la relance keynésienne représentant 5% du PIB mondial sur deux ans qui vise à recapitaliser le secteur de la finance et à décider les banques centrales à injecter des liquidités pour que les taux d'intérêt restent relativement bas. Mais cette relance renforce les dettes publiques déjà importantes et le cinquième moment de la crise actuelle devient la crise des dettes souveraines: les Etats sont eux-mêmes endettés à un tel point qu'ils ne peuvent plus tenir une politique de relance, qu'ils doivent réduire leurs dépenses et contrôler le fait que l'augmentation des impôts n'ait pas un effet trop fort sur la réduction de la croissance. La crise des dettes souveraine est renforcée par une crise de confiance dans les Etats après que la dette grecque ait été réévaluée au double.

L'état actuel des finances publiques - ou plus précisément des dettes souveraines - est certainement ce qui conduit à une modification profonde des moyens d'action des personnes publiques sur l'économie dans ce contexte de crise. Les autres crises mondiales de l'histoire laissaient en effet aux Etats une marge de manœuvre fondée sur les possibilités d'emprunt de ceux-ci. Le *New Deal* a procédé de cela, comme les autres relances par l'investissement ou la consommation. Quel que soit le levier, ce sont les finances publiques qui étaient à l'origine des ressources nouvelles. Las, aujourd'hui, l'Etat n'est plus là pour arrêter la chute des dominos, le risque d'une telle crise devient "systémique"<sup>5</sup>, c'est-à-dire simplement qu'elle fait peser un risque sur le système économique tout entier. La crise, économique, bancaire (même si celle-ci a été pour l'heure circonscrite), des ressources (pétrolière, des métaux rares ou agricole) et des dettes souveraines n'a-t-elle donc pas de solution étatique? Les apports du droit public dans sa solution existent-ils quand bien même les Etats n'auraient plus les moyens financiers d'une politique volontariste?

En réalité, la crise a contraint le droit public à réagir. Traditionnellement l'Etat ne peut laisser l'économie s'autoréguler en cas de crise. S'il n'agit pas, les citoyens considèrent en effet qu'il ne joue pas son rôle protecteur et abandonne ainsi l'une de ses fonctions primordiales. La crise actuelle a cependant conduit à des modifications d'ordre institutionnelles: la perte de place de l'Etat face aux institutions supranationales et, au sein de l'Etat, une perte du rôle de l'exécutif (I). En revanche, les instruments d'action n'ont pour leur part pas été profondément modifiés. Les leviers classiques sont utilisés, ils sont améliorés, mais ils ne sont pas révolutionnés. Tout au plus remarque-t-on que la crise actuelle conduit à un usage concomitant de nombreux instruments, vraisemblablement du fait de la gravité de la crise actuelle et de la volonté de compenser l'impossibilité d'une relance économique classique (II).

## I - LA QUESTION CENTRALE DE LA PLACE DE L'ETAT

L'Etat est responsable de l'ordre social. Cela implique aussi une responsabilité dans le maintien - ou la mise en place - de l'ordre économique. La crise économique, comme les autres formes de crises<sup>6</sup>, est donc naturellement une situation dans laquelle les peuples vont se retourner vers l'Etat pour avoir la solution de leurs problèmes. Pourtant, la crise actuelle montre une évolution majeure: le rôle de l'Etat est très fortement diminué. Cela ne signifie pas que les citoyens ne se retournent plus vers lui, bien au contraire, mais cela veut dire qu'il partage avec d'autres le pouvoir de traiter la crise tout en étant encore le principal référent populaire. La perte de pouvoir de l'Etat est assez symbolique d'un changement des structures de régulation de l'économie. Au-dessus de l'Etat, le droit international économique et le droit de l'Union européenne se sont fortement développés. C'est à ces niveaux que ce prennent les décisions les plus pertinentes dans le traitement d'une crise qui intervient dans le cadre d'une économie de plus en plus mondialement interconnectée (A). Dans l'Etat, on assiste au développement "d'autorités administratives indépendantes" ou "*agencies*", qui retirent au pouvoir exécutif son rôle de gestion de l'économie. Ces démembrements apparaissent aussi doublés d'un manque de confiance dans l'Etat qui n'est plus considéré comme un bon gestionnaire, ne serait-ce que parce qu'il n'arrive pas à garder ses finances publiques à l'équilibre. S'il ne sait pas se gérer lui-même, comment pourrait-il gérer l'économie? (B).

### *A - La perte du pouvoir étatique sur l'économie au profit des structures supranationales libérales*

La crise actuelle a d'abord vu le développement d'une régulation internationalisée de l'économie (1), mais a aussi démontré la part de l'Europe dans les contraintes qui pèsent sur les pays de l'Union (2). A cet égard, comme bien souvent, l'Union sert aussi de bouc émissaire dont on se plaint à souligner l'inefficacité prétendue. Il faut reconnaître que les deux niveaux (international et européen) se caractérisent par la volonté d'appliquer des théories libérales poussées, et que ces théories ne correspondent pas toujours à la théorie dominante dans l'ensemble des pays d'Europe. Certains pays sont en effet traditionnellement en accord avec cette approche libérale forte (le Royaume-Uni par exemple, dans une moindre mesure l'Allemagne), d'autres s'y opposent plus volontiers (la France et les pays qui subissent les effets de la crise le plus fort comme la Grèce, l'Espagne ou l'Italie).

### **1) La crise actuelle a d'abord vu le développement d'une régulation internationalisée de l'économie**

Les organisations internationales économiques ont été spécialement visibles depuis le début de la crise actuelle. Le Fonds monétaire international (FMI) ou la Banque mondiale font partie des

instruments classiques dont le rôle a été important, mais le plus notable est la multiplication et la réorganisation de ces instruments<sup>7</sup>. Le FMI a d'abord vu son rôle d'analyste des politiques publiques économiques réévalué. Le rôle d'expert qu'il a ainsi pu développer lui donne un pouvoir important sur les marchés, la crédibilité de son rôle étant augmenté et maintenu tant que les informations qu'il divulgue sont fiables. Mais ses pouvoirs ont aussi été renforcés avec une augmentation de ses ressources et le "quatrième amendement", une allocation spéciale de droits de tirages spéciaux (DTS, c'est-à-dire la capacité du FMI à créer de la monnaie) et un élargissement de ses pouvoirs d'investissements. Le Forum de stabilité financière a disparu au sommet du G20 de Londres - qui a eu lieu en avril 2009 - au profit d'un nouvel organe: le Conseil de stabilité financière. Le changement de nom a correspondu à la volonté d'insister sur l'augmentation des pouvoirs de cet organe pour garantir la stabilité financière internationale et diminuer les "risques systémiques". Bien que moins modifiés, on notera toutefois le rôle important qu'ont eu la Banque mondiale et l'Organisation mondiale du commerce dans cette crise.

Les quatre institutions précitées ont cependant la plupart du temps agi de manière coordonnée avec une nouvelle institution: le G20, créé au sommet de Washington (fin 2008). Il s'agit là de la plus grande réforme de la gouvernance mondiale de l'économie issue de cette crise. La crise économique a en effet impacté très directement les économies des pays les plus puissants, et moins celles des pays émergents. Le G8, qui représente les premiers, se trouvait donc perdre de la légitimité dans une crise mondiale dans laquelle les pays émergents prennent plus de place et doivent eux aussi agir pour sauver le système mondial.

Il fallait donc un organe dans lequel ils puissent exprimer leurs attentes et imposer des compensations à leur participation. Le G20 a été fait pour cela. Les économies des pays membres représentent aujourd'hui 85% du PIB mondial, une légitimité qui lui a permis de prendre, en moins d'une dizaine de réunions, des décisions extrêmement importantes. Les principales sont des mesures de lutte contre les paradis fiscaux (même si la mise en œuvre de cet effort est encore à poursuivre) et l'encadrement des bonus des opérateurs de marchés qui prévoit, en accord avec le FMI, des *bonus-malus* et un système de versement de ces sommes en actions.

On le voit, par ces cinq organes économiques internationaux, la gouvernance mondiale de l'économie s'est clairement développée comme une réaction à la crise. Peut-on pour autant en conclure à une perte de pouvoir souverain des Etats? La chose n'est pas certaine et dépend en partie d'une approche optimiste ou pessimiste de la question. D'un côté, un certain nombre de décisions essentielles visant à redresser les économies sont prises au niveau des instances internationales (G20, FMI...). Il n'est à cet égard pas certain que les représentations démocratiques nationales prendraient des mesures aussi strictes sur le plan budgétaire ou relatives à la préservation d'un système bancaire dont les citoyens ne perçoivent pas directement le rôle. D'un autre côté, les Etats ne sont pas absents de ces organes internationaux. Ils participent donc aux décisions et fixent des règles là où il n'y en avait pas avant. Les règles sur les paradis fiscaux ou les rémunérations des dirigeants sont ainsi directement issues de volontés étatiques. En ce sens, le pouvoir des Etats n'est pas perdu, il est partagé.

Dans l'Union européenne, la régulation de l'économie est depuis bien longtemps marquée par la supranationalité, et même par une supranationalité bien plus puissante.

## 2) La place de l'Union européenne

L'Union européenne subit le plus directement cette crise systémique. A l'inverse des Etats-Unis, pays

fédéral marqué par sa stabilité et son ancienneté constitutionnelle, le risque de voir l'Union disparaître est réel et semble même, aux yeux de certains, important. Marquée depuis son origine par une compétence économique large, l'Union a aujourd'hui entre ses mains une bonne partie des instruments de régulation de l'économie, donc des solutions à la crise.

La première compétence de l'Union à souligner est la maîtrise de la politique monétaire dans la zone euro. En transmettant à la Banque centrale européenne la politique monétaire, les Etats ont perdu un levier important. La différence de situation avec les Etats-Unis d'Amérique est à cet égard intéressante. Ceux-ci sont extrêmement endettés: on compte environ 16 000 milliards de dollars pour l'Etat fédéral (73% du PIB), auxquels il faut ajouter les 7000 milliards des Etats fédérés (pour un total de 105% du PIB. A peine moins que les 113% du PIB de dette après la 2<sup>e</sup> guerre mondiale). L'Union européenne est pour sa part bien en dessous avec 90% de prévu en 2013 et 84,9 en 2012 (90% pour la zone euro, pour une somme globale de 15 750 milliards de dollars environ)<sup>8</sup>. La Grèce a la dette la plus importante (152,6% du PIB, environ 300 milliards d'euros), viennent ensuite l'Italie (127,3%), le Portugal (120,3%), l'Irlande (117%). La France est à 90% du PIB, soit 1832 milliards d'euros. Cela étant, la crise apparaît aux yeux des financiers comme bien moins grave aux Etats-Unis parce que le dollar est encore un levier économique que la FED utilise pour défendre l'économie américaine.

Face à cette situation, l'Union a aussi réagi en mettant en place un système de coordination des organes nationaux de régulation. Le *Comité européen du risque systémique* (CESR) est ainsi chargé de contrôler la cohérence du système financier européen de manière, comme son nom l'indique, à prévenir que le risque systémique se réalise. Son rôle est de mettre en place des analyses macro-économiques afin de permettre la coordination des politiques nationales de régulation. Autre institution nouvelle, l'*Autorité européenne des marchés financiers* (*European Securities and Market Authority, ESMA*) a pour objet d'élaborer des normes techniques contraignantes pour les opérateurs nationaux. Elle a aussi pour objet de contrôler les régulateurs nationaux dans leur application du droit de l'Union; avec pour sanction la possibilité qui lui est donnée d'obliger ces régulateurs nationaux à prendre des décisions, y compris individuelles. On voit ici la perte de pouvoir des Etats sur ces matières.

Cette perte de pouvoir est aussi visible à travers les évolutions du mécanisme européen de stabilité. L'arrêt de la Cour de Karlsruhe (le *Bundesverfassungsgericht*) du 12 septembre 2012<sup>9</sup> démontre la limite de leurs pouvoirs. Les Etats ne peuvent que limiter, encadrer, leur engagement, mais ce sont bien les instances européennes qui prennent des mesures relatives au mécanisme européen de stabilité.

Or, la politique européenne est marquée par un certain libéralisme et les politiques de type interventionniste sont utilisées avec parcimonie (*cf. II*). Dans ce contexte, il y a bien plus qu'une perte de pouvoir de la part des Etats dans le fait de ne plus utiliser les instruments, récents ou anciens, d'interventionnisme, il y a un abandon de souveraineté à travers l'abandon du choix de politique à mener. Pour autant, au sein des Etats, les réformes structurelles ont aussi été importantes et cette crise a démontré la perte du pouvoir exécutif, classiquement compétent en matière économique.

### *B - La perte du pouvoir de l'exécutif face à la crise*

Si l'Etat n'est plus le seul à intervenir et si, lorsqu'il le fait, il s'inscrit dans un cadre bien plus international, les modalités de l'intervention étatique ont elles aussi été profondément modifiées.

L'Etat intervenait traditionnellement - et intervient encore parfois - par l'intermédiaire de son pouvoir exécutif, titulaire du pouvoir réglementaire. Le plus souvent, c'est le ministre de l'Economie qui détient des pouvoirs de commandement sur les opérateurs économiques. Dans certains pays, comme c'est le cas en France, cela passe par exemple par la planification ou par des mesures d'aides ou des avantages

octroyés aux produits nationaux. Ces interventions dépendent fortement de la tradition interventionniste du pays, mais aussi du parti au pouvoir: la gauche est classiquement plus interventionniste que la droite, quel que soit le pays. En France, le retour de la gauche au pouvoir avec l'élection de M. François Hollande a d'ailleurs conduit à la mise en place d'un "ministère du redressement productif" dont l'action se limite pour l'heure à aider les négociations syndicales dans les entreprises, mais pas à éviter ou interdire les licenciements. Cet exemple, pris dans un des pays les plus interventionnistes et avec un gouvernement qui revendique un rôle fort de l'Etat, démontre que les exécutifs ont aujourd'hui perdu de leur légitimité à agir sur l'économie. La liberté d'entreprise, qui s'écartait face à l'intérêt général jusqu'au milieu des années 1980, est aujourd'hui supérieure et l'Etat en perd des moyens d'intervention.

La diminution de la légitimité de l'exécutif et la disparition d'une partie de son pouvoir sur l'économie participent du modèle d'une gouvernance plus technique à travers les "*agencies*" ou "autorités administratives indépendantes". Or, ces "*agencies*" n'ont pas été créées pour agir sur l'économie, mais pour éviter les excès du système libéral (éviter les abus de position dominante ou contrôler l'honnêteté, la moralité, des relations entre entreprises...). Créer une institution pour laisser le système économique agir tout en l'encadrant n'est cependant pas du tout la même attitude que celle consistant à agir sur l'économie. Les agences techniques sont donc en quelque sorte l'inverse d'organes "politiques" ayant une perspective économique autre que le seul maintien du système qu'elles doivent préserver de ses propres abus. Leurs pouvoirs ne sont donc pas des pouvoirs permettant une politique proactive, mais bien des pouvoirs de simple régulation. A cet égard, le traitement social de la crise n'est par exemple que peu envisagé par ces agences.

Plus encore, la multiplication des agences s'est faite à partir d'une approche sectorielle de l'économie (les télécommunications, les médias, l'énergie électrique et gazière...), ce qui limite encore les possibilités d'une politique globale. En France, la crise a cependant eu sur ces agences des conséquences non négligeables en conduisant à la fusion de celles qui avaient pour objet le contrôle des marchés financiers. C'est ainsi que la Commission bancaire, l'Autorité de contrôle d'assurances, le Comité des établissements de crédit et une ou deux autres AAI (autorités administratives indépendantes) ont fusionné au sein de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP). La concentration de ces agences permet en effet d'avoir des actions combinées et un meilleur contrôle des risques créés par les établissements de crédit et les assurances autour des opérations difficilement contrôlables de titrisation.

L'exécutif perd donc du pouvoir, mais c'est même tout l'Etat qui apparaît aujourd'hui comme une menace: on veut le contraindre à respecter la règle d'or en l'inscrivant dans la Constitution. Aux Etats-Unis, cette règle existe dans la plupart des constitutions des Etats fédérés, mais l'Etat fédéral ne se l'est imposé que par des dispositions légales<sup>10</sup>. L'Union européenne connaît aussi un budget à l'équilibre du fait d'une exigence d'un règlement de 2002<sup>11</sup>. L'Allemagne a un principe constitutionnel d'équilibre budgétaire<sup>12</sup> qui est complété par la nécessité de ne pas avoir un emprunt supérieur à un pourcentage du PIB, sauf "situation d'urgence exceptionnelle qui échappe au contrôle de l'Etat"<sup>13</sup>, c'est-à-dire potentiellement une crise économique. La France a été tout prêt d'inscrire dans sa Constitution une telle règle, mais, dans un contexte politique modérément favorable à une règle considérée comme dangereuse, le Conseil constitutionnel a arrêté ce projet de modification en considérant qu'il n'était pas nécessaire pour la ratification du Pacte budgétaire européen<sup>14</sup>. Cette "règle d'or" apparaît pourtant comme une réaction saine au constat que la crise est aussi une crise des finances publiques. Or, l'Etat d'aujourd'hui renforce la crise en débauchant, en diminuant le pouvoir d'achat des fonctionnaires ou en achetant moins par marchés publics. En somme l'Etat est en partie facteur de récession au lieu d'être l'acteur principal d'une

relance keynésienne.

Heureusement, l'Etat dispose aussi d'autres instruments de lutte contre la crise: des instruments classiques, qui ont évolué, mais qui n'ont pas été révolutionnés.

## II) LES MODIFICATIONS DES INSTRUMENTS D'ACTION SUR L'ÉCONOMIE FACE A LA CRISE : ÉVOLUTION SANS RÉVOLUTION

Les formes de l'action de l'Etat pour réagir face à la crise sont diverses. Le droit public y a une place importante sous sa forme "droit public de l'économie" ou "droit de la régulation", au-delà même des relances à caractère purement économiques. Certaines de ces formes d'interventionnisme de l'Etat apparaissent comme des contraintes fortes de la puissance publique sur les opérateurs économiques, et parfois comme une concurrence publique à l'activité des personnes privées (*B, C*), moins souvent comme une relance par l'achat de biens et services par la personne publique (*D*). Pourtant, la crise actuelle n'a pas impliqué de remise en cause des fondements libéraux et concurrentiels de notre économie. Si l'on a pu penser à une crise systémique, elle n'apparaît pas comme une crise politique du système, tout au plus craint-on que l'équilibre économique ne se brise (*A*).

### *A- Le maintien d'un principe de développement de la concurrence*

La tentation - à laquelle certains succombent - serait de rechercher dans la libre concurrence et le développement du libéralisme les raisons profondes de la crise actuelle. Comme si le système libéral s'écroulait sur lui-même, détruit par sa propre logique. Face à un tel diagnostic, le raisonnement logique conduirait à penser que la solution à la crise se trouve dans l'abandon du libéralisme et dans le retour à une politique économique interventionniste, voire dirigée.

Paradoxe ou non, les conséquences de la crise ont été exactement inverses. Le principe de libre concurrence est toujours ce qui guide l'action publique. Cette position se retrouve d'ailleurs à tous les niveaux: international, européen et national. Le renforcement de la concurrence est présenté comme la solution à la crise, et non comme sa cause<sup>15</sup>.

Il faut dire que la libre concurrence n'a jamais impliqué une absence de régulation. Au contraire. Il suffit de se souvenir que les lois antitrust des Etats-Unis ont été prises au 19<sup>e</sup> siècle pour s'en convaincre<sup>16</sup>. On peut donc décaler le problème: ce n'est pas la libre concurrence qui est en cause, c'est sa régulation. Il ne s'agit pas, à en croire les politiques actuelles, d'une crise de la concurrence, mais d'une crise de la régulation. En 2009, un rapport de l'OCDE démontrait, à partir de l'exemple du Japon des années 1950-1960 notamment, que l'abandon d'une politique de concurrence retardait la sortie de crise<sup>17</sup>. La création de Konzerns en Allemagne entre les deux guerres mondiales a aussi été considérée étant l'un des éléments de la montée du Nazisme. Le principe de la concurrence n'est donc pas atteint par la crise, tant s'en faut. A ceux qui présentent la fin de la concurrence comme la possibilité d'une société meilleure, l'OCDE répond par le risque du totalitarisme.

Pour autant, les modalités de la concurrence sont considérées comme devant être modifiées, et elles le sont. La solution de la crise n'est pas sensée passer par un changement de principe, mais par un changement de politique. Cette approche conduit d'abord à renforcer les autorités de régulation (les "agencies"), à les concentrer et à leur imposer une politique internationale ou européenne. Elle conduit

ensuite à renforcer les analyses économiques pour éviter de laisser les marchés créer des instruments financiers trop complexes (pour éviter une nouvelle crise comme celle des “subprimes”), en partant du principe que leurs excès ne peuvent être anticipés par l’analyse économique. Il s’agit là d’un effort de contrôle sur les titrisations, à défaut de pouvoir les contrôler.

### *B- Le maintien de l’usage des entreprises publiques*

La régulation de l’économie par la participation directe des personnes publiques à l’activité économique apparaît de prime abord comme bien contraire au principe de libre concurrence. Et pourtant, malgré cet aspect désuet, la solution à la crise passe aussi par un renouveau de l’actionnariat public<sup>18</sup>.

La théorie libérale s’oppose de manière assez violente aux entreprises publiques, c’est-à-dire aux entreprises à capitaux ou statut totalement ou majoritairement publics. Il faut reconnaître qu’historiquement, dans les pays où elles ont été plus nombreuses, elles ont bénéficié la plupart du temps de monopoles. Dans les pays de l’Est, cette approche monopoliste était de l’essence des théories économiques des pays communistes. Dans les pays de l’Ouest, comme la France, l’Italie, la Belgique ou la Suisse, elles ont été l’instrument de grands services publics sous forme de monopoles. Leur objet était de garantir un accès égalitaire à des services essentiels comme l’énergie (électricité, gaz), les transports (notamment les chemins de fer ou les aéroports), les télécommunications (télévision, radio, téléphonie) ou les secteurs stratégiques (nucléaire ou armement). Parfois, ce sont des secteurs financiers qui ont été nationalisés un temps (on pense aux banques et assurances, nationalisées en France entre 1982 et 1986), mais la nécessité de fonds propres a conduit à abandonner rapidement ce mode de gestion dans ces secteurs.

L’Union européenne s’est fortement opposée à ces monopoles. Son objectif a été leur démantèlement au profit de plusieurs entreprises (soit en démantelant des entreprises pour en faire des concurrentes au niveau étatique, soit pour conduire les entreprises anciennement nationales à se faire concurrence sur le marché européen), en régulant ces secteurs pour continuer à garantir leurs missions d’intérêt général. Si l’on s’en tient à la volonté de renforcer le libéralisme pour sortir de la crise, on comprend donc que l’usage des entreprises publiques comme levier d’action pourrait apparaître comme désuet.

Cependant, plusieurs autres considérations conduisent à penser que, sans aller jusqu’à recréer des monopoles de droit, l’usage des entreprises publiques est un mode d’action moderne et efficace<sup>19</sup>. La modernité vient en effet de participations financières qui ne seraient plus à 100%, ni même majoritaires, mais au contraire minoritaires. Cette multiplication de participations minoritaires permet alors de réinjecter des fonds et de la capacité d’emprunt dans les entreprises pour favoriser leurs investissements, tout en donnant dans le même temps à l’Etat la possibilité de faire une opération susceptible de gagner de l’argent. Ce développement de “fonds souverains”<sup>20</sup> et de groupes de sociétés publiques<sup>21</sup> demande de la part de l’Etat une nouvelle approche de son capitalisme, mais il est un levier d’action efficace pour la relance. La France a ainsi créé un fond appelé “société de participation de l’Etat” doté de 40 milliards d’euros de capacité d’investissements et permettant de recapitaliser des entreprises pour passer un cap difficile dans la crise<sup>22</sup>.

Plus encore, il permet aussi de sauver des entreprises qui sont, conjoncturellement, en difficulté<sup>23</sup>. C’est ainsi que le secteur bancaire a pu résister à la crise actuelle au début de celle-ci, après la crise des subprimes. La faillite de la banque Lehman Brothers a été symbolique d’une nécessité de recapitaliser les banques afin que la confiance se restaure<sup>24</sup>. Cette expérience a été intéressante sur le double effet favorable de l’intervention actionnariale étatique dans la mesure où, d’une part, le secteur bancaire a été sauvé et que la confiance s’est rétablie et où, d’autre part, les banques ont en réalité racheté un an plus

tard une grande partie de ces participations et apportant un bénéfice global aux finances publiques<sup>25</sup>. De l'argent public utile et bien placé, en somme.

Une autre qualité de l'actionnariat minoritaire public est aussi parfois mise en avant lors des crises: cette attitude facilite la mise en place d'une véritable concurrence lors de la sortie de crise. Classiquement, la crise a en effet pour conséquence de renforcer les monopoles ou oligopoles peu concurrentiels. Or, par l'actionnariat public on peut non seulement maintenir en activité certaines entreprises et éviter les fusions dans un secteur donné, mais il est aussi possible pour l'Etat de recréer un secteur concurrentiel lorsqu'il se sépare de ses actions. Ainsi, comme on a pu le voir lors de la dérégulation de certains secteurs monopolistiques dans les années 1990, l'Etat peut séparer en plusieurs entreprises concurrentielles son propre actionnariat.

Le mode habituel de lutte contre la crise est cependant le régime des aides qui, lui aussi, a été modifié.

### *C- Les aides modérément relancées*

Les aides ont des fonctions différentes selon que l'on est en période de crise ou non. En dehors de périodes de crise, elles sont souvent ponctuelles et limitées à tel ou tel secteur, lui-même en crise. Elles ont pour objet, tantôt de reconvertir une industrie (le charbon, par exemple), tantôt de prendre un avantage technologique (aide au développement de la téléphonie de qualité, comme le plan télécom dans les années 1970 en France), tantôt pour aider une entreprise entrante sur un marché afin d'améliorer la concurrence. Il est cependant logique qu'elles se multiplient en période de crise où ces atteintes à la concurrence que sont les aides sont aussi des garanties du maintien de la concurrence.

Dans l'Union européenne, ces aides sont encadrées par l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE), dit Traité de Lisbonne. La crise a conduit à des évolutions des textes d'application de cet article. D'abord, des communications ont été prises par la commission. En 2008 et 2009, l'objet était d'inciter les Etats à prendre des mesures générales, la crise étant présentée comme une condition justifiant des sauvetages par des aides directes (on pense à l'entreprise allemande Hypo Real Estate). La commissaire à la concurrence, Nelly Kroes, a d'ailleurs eu pendant plusieurs mois<sup>26</sup> le pouvoir d'autoriser seule les aides européennes. Ensuite, l'Union européenne a pris ce que l'on a appelé le "Paquet Almunia"<sup>27</sup> qui vise à clarifier la notion de "service d'intérêt économique général" qui permet de justifier des aides. Ce paquet a pour objet notamment de développer les aides locales afin de maintenir un tissu de petites et moyennes entreprises. Il pose d'ailleurs la question de la fiabilité financière des entités infra-étatiques (états fédérés, régions... selon nos pays) qui sont vouées à accorder ces aides. Le risque qui pèse sur eux du fait de la crise n'est pas tellement différent de celui qui pèse sur les Etats, mais les conséquences de faillites de personnes publiques locales seraient tout aussi catastrophiques si elles se multipliaient puisque cela se reporterait soit sur l'Etat, soit sur les contribuables locaux qui sont aussi des contribuables nationaux.

Pour autant, si l'accord des aides a été facilité, la pratique habituelle consistant à conditionner l'aide à des réformes structurelles n'a pas été modifiée. Il ne s'agit pas de sauver à tout prix une entreprise, il s'agit de ne la sauver que si elle constitue une unité de production viable après la crise, et de l'aider à se maintenir structurellement. Parmi ces réformes, on pense à l'imposition de dividendes faibles ou nulles pour les actionnaires, à des rémunérations raisonnables des dirigeants ou à l'obligation d'avoir des effets sur l'économie réelle en interdisant toute forme de spéculation du fait de l'aide.

### *D- Les marchés publics, un usage sous-estimé?*

Les marchés publics représentent environ 750 milliards d'euros par an en Europe, une somme du niveau de celle des dettes d'Etat<sup>28</sup>. L'effet direct de l'achat des personnes publiques sur l'activité économique s'apparente donc clairement à une relance économique. C'est d'ailleurs pour cette raison d'impact de l'achat public sur les marchés européens que le droit de l'Union l'a réglementé à travers bientôt quatre générations de directives et depuis 1971.

Officiellement cependant, les textes relatifs aux marchés publics, notamment européens, ne sont pas faits pour de la relance économique<sup>29</sup>. Ils sont au contraire des textes de droit de la concurrence qui visent la transparence. La modification actuelle des directives européennes sur les marchés publics rentre dans ce cadre et la simplification actuelle des procédures a pour objet de limiter les freins juridiques à l'achat, à l'investissement par les collectivités publiques à travers les marchés publics. En France, plusieurs textes ont officiellement utilisé les marchés publics à des fins de relance dès le début de la crise économique<sup>30</sup>. Ainsi, des réformes touchant à la moindre lourdeur des procédures, au développement des avances sur recette ou de réduction des délais de paiement sont de nature à faciliter l'accès des entreprises aux marchés, même si leur situation est limitée sur le plan des fonds propres. De même l'ensemble des mesures favorisant les petites et moyennes entreprises, comme l'obligation d'allotissement, conduit à favoriser des entreprises fragiles et fortement pourvoyeuses d'emploi.

Plus encore, les clauses sociales (et environnementales) vont être autorisées de manière bien plus générale qu'elles ne le sont actuellement, démontrant que le droit des marchés va dépasser son rôle de maintien d'une activité économique en temps de crise pour permettre aussi, partiellement, le traitement social de cette crise.

L'usage des marchés publics est d'ailleurs en parfaite adéquation avec la volonté de développer la concurrence pour sortir de la crise. Comment ne pas rappeler à cet égard que le droit des marchés est avant tout un droit de la concurrence qui organise le marché par la demande des personnes publiques dans une procédure plus formelle, mais qui n'exclue en aucun cas les négociations<sup>31</sup>.

On le voit, les moyens du droit public pour lutter contre la crise sont nombreux, et les réformes structurelles fortes, marquées par une internationalisation et une diminution du pouvoir exécutif, sont plutôt en faveur d'une lutte globale et technique contre la crise. Par ailleurs, cette étude ne saurait être considérée comme exhaustive pour ce qui concerne les instruments d'action. S'il nous semble que ceux qui ont été développés sont les plus importants, il ne faut pas oublier qu'ils ne sont pas seuls. A cet égard, à moyen terme, des volontés politiques fortes sur les énergies renouvelables peuvent nous faire une double relance en développant un secteur d'avenir et en limitant l'impact de la crise énergétique. Des politiques de la recherche (et pas seulement en sciences dures) peuvent aussi avoir de tels effets pour des sommes bien inférieures à certaines aides. Des dispositions de droit de l'urbanisme ou de droit immobilier peuvent aussi libérer ou relancer un secteur qui apporte de la croissance. Le droit public est donc bien là, au cœur de la lutte contre la crise, avec de réels moyens à sa disposition.

## Notes de bas de page

- 1 S. BROYER / L. FAVA, Le “fordisme financier” ou pourquoi l’industrie automobile a tant souffert de la crise financière, *Revue d’économie industrielle*, n° 134, 2e trim. 2011, p. 85-103.
- 2 Le rapport français du Conseil d’analyse stratégique, *Sortie de crise, vers l’émergence de nouveaux modèles de croissance*, Paris: 2009, La documentation française, dirigé par D. Cohen, estime pour sa part que cette crise est “un drame en trois actes”. Le premier acte est la crise des valeurs technologiques dans les années 2000, le second est la crise des ressources rares que sont les matières premières alimentaires et énergétiques associée à une dégradation écologique à partir de 2006, le troisième acte étant la crise de l’endettement et de la surconsommation qui a donné son plein effet aux deux premières.
- <sup>3</sup> Le rapport de l’OCDE *Financial Market Trends 2008, The Subprime Crisis: Size, deleveraging and some policy Options* estime les pertes à 300 milliards de dollars sur un bilan des banques américaines de 10 780 milliards de dollars, soit 2,78%.
- <sup>4</sup> Certains auteurs estiment qu’une responsabilité partagée existe, que l’on ne peut pas considérer les banques comme uniques responsables. Cf. D. J. ELLIOTT / M. N. BAILY, *Telling the Narrative of the Financial Crisis: Not Just a Housing Bubble*, in: *The Financial Crisis: can We Prevent a Recurrence?*, Conference at Columbia Law School, 5-6 March 2010.
- <sup>5</sup> O. DE BANDT / PH. HARTMANN, *Systemic Risk: a survey*, European Central Bank, *Working Paper Series*, Nov. 2000, published in: *Financial Crisis, Contagion and the Lender of Last Resort: A Book of Readings*, ed by C. A. E. GOODHART / G. ILLING, Oxford University Press, January 2002, pp. 249-298; G. G. KAUFMAN / K. E. SCOTT, *What Is Systemic Risk, and Do Bank Regulators Retard or Contribute to It?* *The independent review*, 2003, vol. 7 n° 3, pp. 371-391.
- <sup>6</sup> J. LARRIEU (dir), *Crise(s) et droit*, Toulouse: Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole / LDGJ, 2012, coll. Les travaux de l’IFR, 300 p.
- <sup>7</sup> L. TERTAIS, *La régulation financière: le rôle de l’Autorité des marchés financiers*, *RFDA* 2010 p. 741, spé. p. 742.
- <sup>8</sup> Eurostat, *Basic figures on the EU*, Winter 2012/2013 edition.
- <sup>9</sup> BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 12.9.2012, cf. *Revue Europe*, LexisNexis, 2012, n° 10, Repère par D. Simon, à rapprocher de CJUE, assemblée plénière, 27 novembre 2012, affaire numéro C-370/12, *Thomas Pringle contre Government of Ireland, and The Attorney General*.
- <sup>10</sup> *Gramm-Rudman-Hollings Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act* de 1985 et *Budget and Emergency Deficit Control Reaffirmation Act* de 1987, mais le *Budget Enforcement Act* de 1990 a largement limité les obligations de ces textes après leur relatif échec.
- <sup>11</sup> Règlement (CE, EURATOM) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes. Celui-ci remplace le règlement financier de 1977.
- <sup>12</sup> *Grundgesetz*, art. 110§4: “(4) *In das Haushaltsgesetz dürfen nur Vorschriften aufgenommen werden, die sich auf die Einnahmen und die Ausgaben des Bundes und auf den Zeitraum beziehen, für den das Haushaltsgesetz beschlossen wird. Das Haushaltsgesetz kann vorschreiben, daß die Vorschriften erst mit der Verkündung des nächsten Haushaltsgesetzes oder bei Ermächtigung nach Artikel 115 zu einem späteren Zeitpunkt außer Kraft treten.*”
- <sup>13</sup> GG art. 115
- <sup>14</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l’Union économique et monétaire*; M. LOMBARD, *Le futur*

- rôle de régulateur financier du Conseil Constitutionnel, *AJDA*, n° 31/2012, p. 1717;
- X. MAGNON, La ratification du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire (TSCG) peut ne pas exiger la révision constitutionnelle préalable, *RFDA*, oct. 2012 p. 854; D. SIMON, Déminage par le Conseil constitutionnel de la ratification du RSCG ou comment échapper à la constitutionnalisation de la prétendue "règle d'or", *Revue Europe*, sept. 2012 p. 3.
- <sup>15</sup> J.-Y. CHEROT, Le droit et la politique de concurrence au défi de la crise financière et économique, *RFDA* 2010 p. 745; B. LASSERRE, Le droit de la concurrence "constitue une solution et non un problème", *Revue Lamy Collectivités Territoriales*, 2009/19, éditorial; J. VICKERS, The Financial Crisis and Competition Policy: Some Economics, *Global competition policy (GCP)*, December 2008, spé. p. 7.
- <sup>16</sup> On pense notamment à la *Sherman Anti-trust Act* du 2 juillet 1890 qui est souvent présenté comme l'acte fondateur du droit de la concurrence. Si cet acte sanctionne déjà les ententes illicites et les abus de position dominante, il ne s'oppose pas aux phénomènes de concentration économique comme son titre semble le dire. Il faudra attendre le *Clayton Antitrust Act* du 15 octobre 1914 pour une sanction des concentrations excessives et des ventes liées. Ces textes sont aujourd'hui codifiés principalement à l'article 15 du *United States Code (U.S.C.)*. En Europe, ces sont les articles 101 à 105 TFUE et le règlement (CE) n° 134/2004 pour les concentrations qui s'appliquent aujourd'hui.
- <sup>17</sup> OECD/OCDE *Competition and Financial Markets - Key Finding*, 2009, 46 p, spé. p. 14.
- <sup>18</sup> Une thèse récente utilise le terme d'*appartenance publique* pour montrer la gestion d'un ensemble patrimonial de participations à des entreprises et des groupes publics. Cf. J. MARCHAND, *L'appartenance publique*, Thèse dactyl. 23 nov. 2012, Université de Toulouse sous la direction de L. RAPP.
- <sup>19</sup> G. DELION, La crise financière et le retour des Etats, *RFAP*, 2008/4, n° 128 p. 799.
- <sup>20</sup> J.-B. AUBY, La crise, l'Etat, les marchés financiers, *D.A. Repères*, Avril 2009 p. 1; J.-P. BETBEZE, Les fonds souverains: solution à la crise?, *Revue d'économie financière*, hors série 2009, p. 165; B. BLANCHETON / Y. JEGOUREL, Les fonds souverains: un nouveau mode de régulation du capitalisme, *Revue de la régulation*, n° 5, 2009 p. 1-14; J. ARTHUIS / P. MARINI, Les fonds souverains: potentiel et conditions de partenariat, *Revue d'Economie financière*, hors série 2009, p. 345; *Les fonds souverains: entre affirmation et dilution de l'Etat face à la mondialisation*, colloque du 8 déc. 2011, Laboratoire Forces du droit, Université Paris 8.
- <sup>21</sup> S. BERNARD, L'actionnariat public et la crise, *RFDA* 2010 p. 756.
- <sup>22</sup> S. NICINSKI, Le fond stratégique d'investissement, *RFDA* 2012 p. 449;
- L. RAPP, Libre propos sur l'évolution du droit public des affaires: droit public des affaires et capitalisme financier, *Bulletin d'actualité Lamy droit public des affaires*, n° 119, dec. 2007 p. 1.
- <sup>23</sup> A. LOUVARIS, Les raisons et l'objet de l'intervention de l'Etat, *JCP E*, n° 41, 14 oct. 2010, p. 1885; C. MALECKI, *L'Etat actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques*, Dalloz, n° 15, 14 avril 2005, p. 1028; A. MARECHAL, L'Agence des participations de l'Etat: véritable garde-fou ou simple alibi?, *JCP A*, 2003 p. 448; S. NICINSKI, « L'Etat actionnaire: état des réflexions », in *L'Etat actionnaire: état des réflexions*, in: *Terres du droit, Mélanges Jégouzo*, Paris, Dalloz 2009 p. 157; D. CUSTOS, L'Etat pompier à la fin de la présidence de G. W. Bush ou les subtilités de la nationalisation à l'américaine, *DA Chronique*, avril 2009 p. 21.
- <sup>24</sup> J.-P. BETBEZE, Les fonds souverains, un avantage compétitif pour les banques? *Revue Banque*, n° 699, fev. 2008 p. 32; B. LYONS, Competition Policy, Bailouts and the Economic Crisis, *CCP Working paper* 09-4, ISSN 1745-9648, spé. p. 3 et s.
- <sup>25</sup> 1,5 milliards d'euros de bénéfice estimé dans le rapport de la Cour des Comptes *Les concours publics aux établissements de crédit, premiers constats, premières recommandations*, mai 2010.
- <sup>26</sup> Entre novembre 2008 et janvier 2009.

- <sup>27</sup> G. KALFLECHE / J.-G. SORBARA, Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté, *Revue Europe*, juin 2012, n° 6 pp. 26-31.
- <sup>28</sup> Les chiffres de la banque mondiale montrent que les dépenses des marchés publics représentent environ 15% du PIB annuel et que la passation des marchés représente entre 20 et 70% des budgets étatiques selon qu'il s'agit d'un pays du tiers monde ou un pays développé. Chiffres de *The International Consortium on Governmental Financial Management* (ICGFM) dans une conférence de la banque mondiale en 2009.
- <sup>29</sup> M. HEINTZ, La commande publique, outil d'interventionnisme public, *RFDA* 2010 p. 760; P. M. PEREIRA / J. S. FRANCO, A Adjudação de contratos públicos em contexto de crise, *Revista de Contratos públicos*, n° 5.
- <sup>30</sup> On pense notamment à la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes des constructions et d'investissement public et privé ou le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance.
- <sup>31</sup> G. KALFLECHE, Secteur public et concurrence: la convergence des droits, A propos des droits de la concurrence et de la commande publique, *AJDA* 2007 p. 2420.

## ABSTRACTS / RESUMES

*Traditionally, the State cannot allow the economy to regulate itself in case of crisis. If it does not act, the citizens consider in fact that it does not play its protective role and that it thus abandons one of its primary functions. The current crisis has, however, led to institutional changes: the regress of the State vis-à-vis supranational institutions and, within the State, a regress of the role of the executive. However, instruments of action have not been profoundly modified. Conventional levers are still being used, they have been improved but they have not been revolutionised. At most, it is being noted, the current crisis leads to a concomitant use of numerous instruments, probably because of the seriousness of the current crisis and of the will to compensate for the impossibility of a traditional financial recovery because of the state of public finances.*

Traditionnellement l'Etat ne peut laisser l'économie s'autoréguler en cas de crise. S'il n'agit pas, les citoyens considèrent en effet qu'il ne joue pas son rôle protecteur et abandonne ainsi l'une de ses fonctions primordiales. La crise actuelle a cependant conduit à des modifications d'ordre institutionnelles: la perte de place de l'Etat face aux institutions supranationales et, au sein de l'Etat, une perte du rôle de l'exécutif. En revanche, les instruments d'action n'ont pour leur part pas été profondément modifiés. Les leviers classiques sont utilisés, ils sont améliorés, mais ils ne sont pas révolutionnés. Tout au plus remarque-t-on que la crise actuelle conduit à un usage concomitant de nombreux instruments, vraisemblablement du fait de la gravité de la crise actuelle et de la volonté de compenser l'impossibilité d'une relance économique classique du fait de la situation des finances publiques.