



HAL
open science

”La relance des contreparties”

Tiphaine Rombauts-Chabrol

► **To cite this version:**

Tiphaine Rombauts-Chabrol. ”La relance des contreparties”. Droit administratif, 2010, 7, Revue Droit administratif 2010, n° 7, étude 13, pp. 7-12. hal-01465457

HAL Id: hal-01465457

<https://hal.science/hal-01465457v1>

Submitted on 30 Oct 2020

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.

LA RELANCE DES CONTREPARTIES

Tiphaine ROMBAUTS
Allocataire de recherche,
chargé d'enseignements à l'Université Montpellier I
(CREAM, EA 2038)

Résumé

À travers le plan de relance comme au-delà du contexte particulier de la crise économique et financière, le droit public économique a vu ressurgir dans l'actualité l'un de ses instruments : la contrepartie. Si l'étude de son principe et de son encadrement n'a rien perdu de son intérêt, l'utilisation récente de l'outil, par l'État en temps de crise comme par le juge administratif en particulier, renouvelle la technique elle-même et alimente le débat plus général quant au rôle contemporain de l'État dans l'économie.

1. - Le temps de la crise financière a remis sur le devant de la scène un outil particulier du droit public économique : « l'aide au conditionnel »¹. Alors que la Société de financement de l'économie française (SFEF), outil temporaire emblématique du plan de relance initié à l'automne 2008², s'est éteinte après un an et demi d'activité³, les hommages à la célérité et à l'efficacité de son action n'ont pas dissimulé une certaine insatisfaction latente. Morale pour d'aucuns, accusant « *des banquiers qui n'ont pas la reconnaissance du ventre* »⁴ de s'être contentés de profiter d'un soutien et d'avoir satisfait à leurs obligations minimales (restitution des sommes) pour laisser derrière eux la remise en question que sous-tend nécessairement l'exception. Juridique pour beaucoup, interrogeant les traits d'un État régulateur aux figures évolutives⁵ dont le contexte démontre l'insaisissabilité⁶. Les circonstances sont trop prégnantes pour s'en départir par postulat. Or, la réflexion juridique sur la posture contemporaine de l'État en temps de crise ne semble pas s'épuiser dans une approche globale. Elle invite la curiosité à un regard ponctuel, également instructif, qui ne s'affranchira pas de la prudence imposée par l'actualité de son objet.

¹ Expression empruntée à P. DUFOUR et G. BOISMENU, *L'aide au conditionnel : la contrepartie des mesures envers les personnes sans emploi en Europe et en Amérique du Nord*, Presses universitaires de Montréal, 2003.

² Sur la crise financière et le plan de relance, v. notamment S. NICINSKI, « Le plan de relance de l'économie », *RFDA* 2009, p. 273 ; M. BAZEX et S. BLAZY, « Le dispositif de réponse à la crise financière », *Dr. adm.* 2008, comm. 170 ; J.-B. AUBY, « La crise, l'État, les marchés financiers », *Dr. adm.* 2009, repère 4 ; M. CONAN, « De la garantie de l'État en lois de finances rectificatives », *Dr. adm.* 2009, étude 10 ; P. IDOUX, « Le droit public économique vu à travers la crise », *Dr. adm.* 2010, étude 5 ; Dossier spécial « Les finances publiques face à la crise » : *RFFP*, octobre 2009 ; J. BOURRINET, « La zone euro confrontée à la crise », *LPA* 2009, n° 143, p. 6 ; J.-P. GUNTHER et A. GIRAUD, « Soutien financier des banques dans le contexte de la crise financière », *Rev. Lamy conc.* 2009, n° 18, p. 39.

³ Banque de France, communiqué du 18 décembre 2009.

⁴ P. RIES, « Des banquiers qui n'ont pas la reconnaissance du ventre », *Mediapart*, Le Journal, 6 janvier 2010.

⁵ V. notamment S. NICINSKI, « Le plan de relance de l'économie », préc.

⁶ P. IDOUX, « Le droit public économique vu à travers la crise », préc.

2. - Une telle investigation microscopique peut alimenter le débat à partir de la promotion, dans le dispositif de relance, de cet instrument particulier qu'est la contrepartie. Entendue de ce qui sert à « compenser », à « équilibrer » (Larousse), la contrepartie est un outil connu du droit public, bien que marginal, et brusquement remis sur le devant de la scène par l'exigence d'engagements de la part de certains bénéficiaires des mesures de soutien à l'économie. En particulier, les banques destinataires des subsides de la SFEF se sont vu imposer de s'engager au respect de contreparties éthiques ou commerciales. Parallèlement, le Conseil d'État a eu à connaître de l'instrument en matière d'aide d'une collectivité territoriale⁷ et a saisi l'occasion de renouveler sa lecture de l'outil, l'érigeant pour certains en véritable « Lazare contentieux »⁸. Nouvelle exception aux règles d'attribution des aides économiques locales ou simple approfondissement de l'analyse substantielle de l'intérêt public local attaché aux aides des collectivités territoriales aux associations ? Ces deux domaines d'intervention de la contrepartie illustrent la difficulté d'appréhension *a priori* de l'instrument, qu'il intervienne en contexte normal ou exceptionnel.

3. - L'utilisation de tels engagements dans le dispositif du plan de relance pose plusieurs questions. D'abord, quant à leur caractère opérant. Introduites au cœur d'un dispositif complexe aux acteurs multiples, il est permis de supposer que l'efficacité juridique de ces contreparties est moins recherchée que leur efficacité morale et politique⁹. Rien n'interdit, en effet, de considérer qu'elles ont joué un rôle avant tout médiatique face à l'angoissante période de crise. Cathartique, la contrepartie offre au public l'image d'un État responsabilisant les acteurs d'un secteur financier dégradé. Sans nier cette réalité, il est cependant nécessaire de dépasser cet unique postulat de nature à masquer l'efficacité politique du procédé, qu'il n'est pas question de discuter ici. Cette forme de droit à l'efficacité mouvante, droit négocié dont la force contraignante n'est pas la première des vertus recherchées, s'inscrit dans une évolution connue des rapports entre le droit et l'action publique. Comme a pu le souligner M. le professeur J. CHEVALLIER, si dans une optique juridique « l'action publique entretient un rapport dogmatique au droit (...), dans l'approche politiste il s'agit d'un rapport pragmatique, commandé par l'impératif d'efficacité »¹⁰. Ainsi s'interroge-t-on ensuite sur leur nécessité. Dans la jurisprudence administrative, le développement antérieur de l'instrument, circonscrit aux questions comparables de droit public économique, suscite un certain étonnement face à son renouveau récent. Un mécanisme qu'il était possible de croire disparu en 2004 avec la réforme du droit des aides publiques locales¹¹ a semblé, en effet, remis à l'œuvre. Il est pourtant loin d'être certain que la démarche juridictionnelle actuelle s'inscrive dans la droite lignée de la solution *Commune de Fougerolles*¹². Dans le cadre du plan de relance, l'analyse n'est pas plus aisée. En effet, si la Commission a pu, d'un côté, inciter les États à utiliser un tel

⁷ CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer*, n° 310208 ; *AJDA* 2009, p. 2255 ; note P. YOLKA, *AJDA* 2010, p. 51 ; note F. MELLERAY, *Dr. adm.* 2010, comm. 23 ; note G. ECKERT, *CMP* 2010, comm. 41.

⁸ P. YOLKA, « Sur un Lazare contentieux : l'arrêt *Commune de Fougerolles* », *AJDA* 2010, p. 51.

⁹ Dans le contexte de la sortie de crise, Mme la ministre Christine Lagarde a ainsi déclaré que dans le cadre de la reconstruction de l'architecture de la supervision et de la régulation du secteur financier, les banques vont être appelées à présenter au Président de la République une enveloppe déterminée de trésorerie, dédiée aux TPE et PME, assortie d'objectifs de croissance, pour pallier les difficultés de financement de ces entreprises. Et de préciser que le Médiateur du crédit, pérennisé, reste présent pour résoudre les situations délicates. V. C. LAGARDE, interview sur *France Info*, 19 février 2010.

¹⁰ J. CHEVALLIER, « Droit et action publique » in *Le droit figure du politique*, Études offertes au professeur Miaille, Presses de l'UMI, 2008, t. II, p. 421.

¹¹ V. par exemple, P. YOLKA, « Requiem pour la gratuité ? », *JCP A* 2007, act. 170, qui considérait que « les cessions de terrains à l'euro symbolique restent donc prohibées, le pouvoir réglementaire étant revenu à juste titre sur la jurisprudence *Commune de Fougerolles* ».

¹² CE, sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 169473, Rec. p. 391 ; concl. L. TOUVET, *RFDA* 1998, p. 12 ; note L. RICHER, *AJDA* 1997, p. 1010 ; note J.-F. DAVIGNON, *D.* 1998, p. 131 ; *Dr. adm.* 1997, comm. 387 ; *Gaz. des communes* 8 déc. 1997, p. 36 ; note F. CHOUVEL, *JCP E* 1998, p. 270 ; chron. J. PETIT, *JCP G* 1998, I, 165, n° 34 ; note R. PIASTRA, *JCP G* 1998, II, 10007 ; note C. BARDON, *JCP N* 1998, 64 ; note J. DEQUEANT, *Mon. TP* 28 nov. 1997, p. 74 ; note J. CALVO, *LPA* 6 févr. 1998, p. 13 ; chron. J. MORAND-DEVILLER, *LPA* 7 oct. 1998, p. 24 ; chron. C. MAUGÛE, *RDI* 1998, p. 227.

instrument, par l'exigence d'engagements sur certains objectifs immédiats, éthiques ou commerciaux, des bénéficiaires de soutiens publics, d'un autre côté elle en limite fermement la portée. Ainsi la France s'est vu rappeler à l'ordre communautaire et à son engagement de ne pas soumettre ses soutiens de relance à l'exigence d'une politique économique et sociale tendant au patriotisme économique à l'occasion de l'affaire Renault et sa Clio 4 voyageuse¹³. Enfin, l'exigence de contreparties désoriente quant à sa lisibilité. Si l'utilisation de l'instrument n'était pas indispensable au plan de relance – en ce que les engagements souscrits ne s'avéraient pas juridiquement contraignants –, sa mise en place, répondant d'une manière pragmatique mais courttermiste à des urgences inégales, ne laisse pas de surprendre. De facture étrange dès sa composition, l'exigence de contreparties souffre l'absence d'un suivi méthodique, se diluant du monde clos d'une relation triangulaire peu opérante dans l'univers infini d'une régulation étatique morcelée, en manque de projection constructive. Ces différentes interrogations ne sauraient masquer celle de la légalité même de tels engagements sollicités par l'État. Méritant d'être analysée en fonction tant de la nature de la contrepartie en cause que du statut de l'entreprise s'engageant sur sa réalisation, la question déborde largement du cadre de la présente étude. Aussi, il est ici proposé d'interroger l'actualité de l'instrument à travers ces deux exemples, tirés de l'actualité du droit des aides locales (I) et du plan de relance de l'économie (II).

I. - CONTREPARTIES ET AIDES LOCALES : LE GLISSEMENT DE TERRAIN

4. - Le vocabulaire juridique connaît la contrepartie « *dans un contrat synallagmatique [comme] synonyme de contre-prestation*¹⁴ » ou, plus spécifiquement, comme une opération particulière du mandataire, enfin comme un type d'opération boursière¹⁵. Le thème a connu un développement certain en droit public économique, au regard des modalités d'octroi d'aides accordées aux entreprises. Oubliée un temps (A), la contrepartie a récemment opéré un retour remarqué (B).

A. - Une exigence initialement attachée aux aides locales aux entreprises

5. - La présence ou l'absence de contrepartie n'est pas une exigence absolue en matière d'aides économiques locales. En droit communautaire en effet, l'aide d'État se caractérise, en opposition à la logique propre des outils de la commande publique, par l'avantage qu'elle procure à une ou plusieurs entreprises sans contrepartie. En ce sens, même si l'aide a pu être motivée, selon une lecture téléologique de l'intervention étatique, par la promesse de son effet économique ou social, « *l'aide n'est pas un prix à payer dans le cadre d'une sorte de marché qui serait passé par les pouvoirs publics nationaux avec la ou les entreprises bénéficiaires* »¹⁶.

¹³ Dans la presse généraliste, v. par exemple, S. LAUER, « L'État tente de s'immiscer dans la stratégie de Renault », *Le Monde* 15 janv. 2010 ; *Les Échos* 18 janv. 2010, édito de D. BARROUX, « Carricatural État actionnaire » ; D. FAINSILBER, « Renault s'engage à maintenir la production d'une partie de ses Clio en France » ; pour une étude générale, v. J.-P. KOVAR, « Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire », *JDE* 2009, p. 265 ; v. également P. IDOUX et T. ROMBAUTS, « Renault, EDF et autres : l'entreprise à participation publique au cœur de l'actualité », *Dr. adm.* 2010, étude 8.

¹⁴ Contre-prestation : « *contrepartie fournie par celui qui reçoit une prestation dans le contrat synallagmatique ; prestation réciproque (et regardée comme équivalente) mise à la charge d'un contractant* » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 7^e éd., 2005.

¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. ; ces mécanismes spécifiques n'intéressent pas la présente étude.

¹⁶ L. RAPP et P. TERNEYRE (dir.), *Droit public des affaires*, Lamy, 2009, § 1805-1809.

6. - Le droit interne des aides publiques locales s'inscrit dans un héritage juridique faisant une place particulière à la contrepartie. Le principe ancien faisant interdiction aux personnes publiques de consentir des libéralités¹⁷ impose que toute mesure de soutien accordée par une personne publique à une entreprise privée trouve sa justification dans une contrepartie. Autrement dit, l'octroi de l'aide aura pour pendant la satisfaction par son bénéficiaire d'un besoin d'intérêt général identifié préalablement par l'Administration et conditionnant sa légalité. Ainsi, il y a près d'un siècle, le Conseil d'État affirmait déjà « *qu'il n'appartient pas aux conseils municipaux d'allouer sur les fonds communaux des subventions à des entreprises privées* » par principe, mais « *qu'il peut être dérogé à cette règle dans les cas exceptionnels où un intérêt public l'exige* »¹⁸.

7. - L'interdiction des libéralités aux entreprises doit, en outre, être lue à la lumière du principe formulé par la décision des 25-26 juin 1986 du Conseil constitutionnel affirmant que « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie du patrimoine public soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur* »¹⁹. Aussi la jurisprudence administrative a pu imposer aux soutiens publics s'inscrivant dans cette analyse économique, outre l'existence d'un indispensable motif d'intérêt général, l'exigence de contreparties suffisantes²⁰. La jurisprudence du Conseil ne variant pas au fond, une dérogation au principe d'interdiction des libéralités doit être exceptionnelle et, non seulement justifiée, mais bien exigée par l'intérêt général.

8. - À l'inverse du droit communautaire, le droit interne ne fait pas de l'absence de contrepartie un indice conceptuel, un élément d'identification de l'aide, par opposition notamment aux outils de la commande publique. Au contraire, aides économiques et commande publique partagent cet élément. Pour la première comme justificatif de l'exception ; pour la seconde comme élément nécessaire d'une relation synallagmatique. La distinction entre les deux logiques devient alors délicate. Cependant, la contrepartie imposée dans le champ des aides publiques connaît ses propres modalités techniques, construites au fil du temps par le juge et dont le respect conditionne la régularité de l'aide accordée en dérogation au principe d'interdiction des libéralités aux entreprises privées. La jurisprudence actuelle invite à réfléchir sur un possible glissement de terrain juridique de la contrepartie traditionnelle.

B. - Une exigence désormais rattachable à l'intérêt public local

9. - Le droit des aides économiques locales a constitué le terrain de développement privilégié de la contrepartie. La jurisprudence administrative a, au fil des ans, disposé quelques lignes force concernant la nature de la contrepartie exigible. Ainsi, dans le cadre des anciennes aides indirectes, libres par principe, la cession d'un terrain pour un franc symbolique a pu être admise contre l'engagement de l'entreprise ainsi aidée à créer un nombre minimum d'emplois sur le territoire communal dans un délai déterminé. C'est la solution de principe apportée à la célèbre affaire *Commune de Fougerolles*, aux termes de laquelle « *la cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un prix inférieur à sa valeur ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe selon lequel une collectivité publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général, et comporte des*

¹⁷ CE, 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie de la ville de Châteauroux*, Rec. p. 308 ; CE, 27 novembre 1927, *Société Établissements Arbel*, Rec. p. 1114.

¹⁸ CE, 27 novembre 1927, *Société Établissements Arbel*, préc.

¹⁹ Cons. const., déc. n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986 ; Rec. p. 61.

²⁰ L. TOUVET, « Les collectivités locales peuvent-elles vendre un terrain à une entreprise pour un franc symbolique ? », *RFDA* 1998, p. 12, concl. sur CE, sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, préc.

contreparties suffisantes »²¹. La contrepartie ainsi négociée doit représenter un véritable intérêt pour la commune, par les retombées concrètes qu'elle lui promet. En pratique, l'intérêt constitué par l'engagement à créer de nouveaux emplois sur la commune est tel qu'il suffit à ouvrir au contribuable municipal l'exercice de l'action en responsabilité contractuelle contre le bénéficiaire de l'aide n'ayant pas respecté ses engagements envers la collectivité²².

10. - Pour autant, l'exigence de contreparties ne se limite pas au champ des aides économiques locales. La Commission a pu, par exemple, en contrepartie du versement d'une aide d'État, considérer comme probante l'inscription par la personne publique de ses « *plans de recapitalisation et de restructuration (...) dans un programme de privatisation des entreprises publiques intéressées* »²³ ; engagement spontané de l'État que la Commission n'est pas habilitée à exiger, en vertu du principe de neutralité du droit communautaire à l'égard des régimes internes de propriété. Mais c'est à un autre type d'extension de la technique que l'actualité suggère de s'intéresser.

11. - Il apparaît que, traditionnellement, la qualité requise de la personne publique exigeant une contrepartie reste celle de l'Administration intervenant dans un secteur économique. Dans ce cadre, l'exigence de contreparties justifie l'intervention dérogatoire d'une personne publique²⁴. Cependant, la contrepartie formalisée a fait son apparition dans le domaine des subventions des collectivités territoriales aux associations, sensiblement différent de son terrain de prédilection – issu du principe d'interdiction des libéralités aux entreprises. Cette expansion particulière ne manque pas d'intérêt. Ce développement substantiel de l'instrument ne le clarifie pas ; il trouble même le droit des subventions locales.

12. - Par principe, les interventions des collectivités territoriales fondées sur leur clause générale de compétence, à l'instar des subventions accordées aux associations non spécifiquement encadrées par un régime contraignant, doivent, à peine d'illégalité, présenter un intérêt public local²⁵. Traduction contentieuse de la notion « d'affaires locales »²⁶ utilisée par le législateur, cet intérêt communal, départemental ou régional se matérialise essentiellement dans une réponse aux besoins de la population locale²⁷. Le simple constat impose d'entendre l'octroi de telles aides comme conditionné par l'existence d'une contrepartie par essence, immanente, intrinsèque. Le mécanisme subventionnel agit comme un processus consensuel en soi. La relation entre association subventionnée et collectivité versante induit un lien entre le soutien financier public et la satisfaction des deux parties. À défaut de poursuivre un intérêt parfaitement identique, les motifs des deux parties ne se distinguent pas autant que dans le cadre des aides économiques. La personne privée aidée n'est plus tellement considérée comme « *poursuivant des fins d'intérêt privé* » mais comme menant un projet qui, bien qu'initialement

²¹ CE, sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, préc

²² En l'espèce, l'aide consistait en la cession d'un terrain assortie de la réalisation de travaux contre l'engagement de créer de nouveaux emplois sur la commune : CE, 7 juin 2006, n° 286350 ; note J.-P. PIETRI, *CMP* 2006, comm. 332.

²³ M. KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA* 2002, p. 95.

²⁴ V. la jurisprudence relative à la liberté du commerce et de l'industrie, notamment CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n° 275531, Rec. p. 272 ; concl. D. CASAS, *RFDA* 2006, p. 1048 ; *BJCP* 2006, p. 295 ; *CJEG* 2006, p. 430 ; chron. C. LANDAIS et F. LENICA, *AJDA* 2006, p. 1592 ; note G. CLAMOUR, *Rev. Lamy conc.* 2006, n° 9, p. 44 ; note L. RENOARD, *CP-ACCP* oct. 2006, p. 78 ; note G. ECKERT, *CMP* 2006, comm. 202 ; note M. BASEX, *Dr. adm.* 2006, comm. 129 ; note F. LINDITCH, *JCP A* 2006, 1133.

²⁵ Sur cette notion, v. N. KADA (dir.) *L'intérêt public local, Regards croisés sur une notion juridique incertaine*, CERDHAP, PU Grenoble, juin 2008.

²⁶ Art. L. 1111-2 CGCT, décliné pour chaque niveau territorial : art. L. 2121-29, L. 3211-1 et L. 4221-2 CGCT.

²⁷ Sur la définition et les critères de l'intérêt local, R. SCHWARTZ, « L'intérêt communal », concl. sur CE, sect., 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq*, *AJDA* 1995, p. 83 ; M.-C. ROUAULT, *L'intérêt communal*, PU Lille, 1991 ; v. également G. CLAMOUR, « L'accès des personnes publiques à la commande publique », note sous CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, *RFDA* 2010, p. 146 ; N. KADA (dir.), *L'intérêt public local, Regards croisés sur une notion juridique incertaine*, préc.

privé, concourt à la satisfaction d'une figure territorialisée de l'intérêt général et sera soutenu à ce titre seul²⁸. Autrement dit, l'association subventionnée reçoit un soutien financier au projet qu'elle a initié et qu'elle conduit ; la collectivité territoriale intervient financièrement parce qu'elle identifie dans ce projet, dont elle n'a pas pris l'initiative, un intérêt public local. Ainsi le mécanisme profite aux deux parties, bien que la satisfaction de la personne publique ne constitue pas une contrepartie directement proportionnelle à la somme versée, sans quoi la logique du prix, propre à la commande publique, reprend ses droits.

13. - La distinction des domaines juridiques se révèle aujourd'hui particulièrement délicate du fait de la contractualisation croissante de la relation entre associations et collectivités territoriales. En effet, la convention matérialisant la relation devient également le support d'une contrepartie non plus immanente et implicite, mais contractuelle, négociée et contraignante. Les difficultés pratiques induites sont connues et cristallisées au contentieux par les cas de requalification de conventions d'objectifs²⁹ – encadrant l'octroi de subventions supérieures à 23 000 euros et fixant des modalités d'affectation des fonds parfois trop précises, trop déterminées – en véritables contrats soumis au respect de règles de publicité voire de mise en concurrence, non à un système d'octroi discrétionnaire. Le trouble est d'autant plus important lorsque ces conventions font suite à une démarche de type « appel à projets », au terme duquel il devient aisé de considérer que la personne publique a préalablement défini ses besoins, procédé de nature à la transfigurer en pouvoir adjudicateur disposé à conclure un marché public ou une délégation de service public³⁰. L'incertitude est telle que les pouvoirs publics ont édité un guide de lecture des différents instruments à l'aune des évolutions récentes des droits des aides et des contrats publics³¹. Cette difficulté de lecture est engendrée par l'absence de nécessité de contreparties contractuelles, autres que la satisfaction intrinsèque de l'intérêt public local, contreparties surabondantes en matière de subventions associatives. Ces dernières ont vocation à soutenir une parcelle d'intérêt général délimitée du fait même du projet porté par le destinataire de l'aide, sans plus d'exigence du donateur public.

14. - C'est bien dans le contexte de cette équivoque juridique qu'il convient de replacer le récent arrêt *Commune de Mer* par lequel le Conseil d'État a entériné une aide consentie par une collectivité locale à une association. En l'espèce, la commune avait consenti la cession d'un immeuble au quart de sa valeur vénale à des associations dont l'objet consiste en l'intégration de la population turque. Pour la haute juridiction, cette aide présente un motif d'intérêt général et « *a pour contreparties suffisantes, de permettre à ces associations de mener à bien, dans le cadre de leurs statuts, leurs projets et de disposer d'un lieu de réunion adapté à la réalisation de ceux-ci par sa dimension et ses accès* ». Si la teneur de telles contreparties a pu surprendre³², le raisonnement du Conseil semble convaincre dans la mesure où l'aide ne bénéficiait pas à une entreprise mais à une association. Au surplus, cette intervention se trouvait fondée sur la clause générale de compétence de la commune au visa de laquelle est rendu l'arrêt, et non sur l'article 4 de la loi du 7 janvier 1982 qui permettait, à l'époque des faits à l'origine de l'affaire de Fougerolles, aux collectivités d'octroyer librement certaines aides indirectes aux entreprises. Aussi ce nouvel arrêt s'inscrit-il davantage, selon nous, dans la construction jurisprudentielle de la notion d'intérêt public local – le considérant de principe évoque d'ailleurs « *des motifs*

²⁸ V. notamment l'étude de R. HERTZOG, « Linéament d'une théorie des subventions », *RFFP* 1988, n° 23, p. 5.

²⁹ Créées par la loi DCRA n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 10 ; JORF du 13 avril 2000, p. 5646.

³⁰ V. Circ. du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément (NOR : PRMX1001610C) qui délimite un cadre pour l'appel à projets, comme devant se limiter à l'inscription de thématiques et d'objectifs privilégiés par la personne publique ; toute latitude devant être laissée à une initiative réellement privée des projets candidats.

³¹ *La subvention publique, le marché public et la délégation de service public*, guide diffusé par le département « associations » du ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports depuis 2007 : www.associations.gouv.fr.

³² P. YOLKA, « Sur un Lazare contentieux : l'arrêt *Commune de Fougerolles* », préc.

d'intérêt général local » – que dans la droite lignée d'une jurisprudence tombant en désuétude, relative aux aides publiques locales aux entreprises.

15. - L'actualité de la crise économique et financière offre un second exemple d'utilisation des contreparties. Le contexte d'exception instauré par la crise a en effet conduit la Commission européenne à inciter les États à exiger des contreparties aux mesures de soutien accordées aux entreprises aidées, notamment les banques, sans pour autant en faire un principe ou une obligation générale³³, mais en l'encadrant toutefois, afin d'éviter un réflexe de repli étatique, notamment dans le secteur industriel³⁴.

II. - CONTREPARTIES ET PLAN DE RELANCE : LE TERRAIN GLISSANT

16. - En principe, la contrepartie n'est considérée comme telle que supportée par l'instrument adéquat permettant, le cas échéant, de sanctionner sa non-réalisation. En matière d'aides économiques, le contrôle du juge est d'autant plus ferme qu'il exige que l'engagement pris par l'entreprise bénéficiaire ne s'analyse pas en une simple déclaration d'intention mais soit suffisamment précis et conditionné afin que son respect puisse être contrôlé et, éventuellement, sanctionné. Un engagement trop indéterminé et dépourvu de mécanisme de sanction en cas d'inobservation ne constitue pas une contrepartie suffisante à la cession d'un terrain pour un prix symbolique³⁵. Aussi, l'utilisation de contreparties dans le plan de relance a pu désorienter. Formellement insaisissables (A), celles-ci n'offrent pas prise à une analyse renouvelée de la posture contemporaine de l'État régulateur mais appuient la nécessité d'une réflexion profonde du rôle de l'État face à l'économie (B).

A. - *L'insaisissable mécanisme de soutien au secteur bancaire*

17. - Parmi les différentes mesures de soutien à l'économie issues du plan de relance, ou rattachables à ses objectifs³⁶, l'apport de liquidités aux établissements de crédit constitue un exemple pertinent d'étude de la technique des contreparties. Ce mécanisme a été financièrement porté par la SFEF, société commerciale détenue à 34 % par l'État aux côtés de sept établissements de crédit, ayant pour mission de lever des fonds sur les marchés financiers, avec la garantie de l'État, afin d'accorder des prêts exceptionnels aux banques françaises. Parallèlement, la Société de prises de participations de l'État (SPPE), société commerciale détenue intégralement par la collectivité publique, a eu pour mission de souscrire auprès des banques des titres super-subordonnés ou des actions de préférence afin d'apporter aux établissements des fonds propres dans le but de les rendre plus compétitifs par l'amélioration de leurs ratios prudentiels. Ces deux types de soutiens³⁷ se sont vu adjoindre une série d'engagements sur des contreparties dont la nature et la portée sont inégales. Ainsi les banques bénéficiaires se sont engagées à augmenter leurs encours de crédit, à « *rechercher au cas par*

³³ À tout le moins pour la France ; certaines décisions de la Commission ont imposé des contreparties déterminées comme conditionnant la validité de leurs mesures de relance.

³⁴ V. P. IDOUX et T. ROMBAUTS, « Renault, EDF et autres : l'entreprise à participation publique au cœur de l'actualité », préc.

³⁵ CAA Bordeaux, 8 novembre 2005, *Commune de Cazers*, n° 02BX00744 ; concl. D. PEANO, *BJCL* 2006, p. 100 ; v. également l'étude de S. DAMAREY, « Le prix symbolique en droit public », *AJDA* 2003, p. 2298.

³⁶ Pour une présentation des principaux outils du plan de relance, v. Sénat, Rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2010, rapp. spécial J. Arthuis, Année 2019, 19 novembre 2008, p. 10 et s.

³⁷ Les contreparties demandées aux banques bénéficiaires semblaient, initialement, attachées au soutien apporté par la SFEF mais elles sont régulièrement présentées indifféremment aux côtés des deux mécanismes, participant du trouble lié à leur identification ; v. par exemple, Rapp. présenté par J. Arthuis au Sénat, 19 novembre 2009, préc. p. 13-14.

cas des solutions pour les clients éprouvant des difficultés à dénouer des crédits relais (...), à faire leurs meilleurs efforts pour financer le besoin d'investissement des collectivités territoriales » ou encore, sur un plan éthique, au respect de sept principes concernant leurs politiques de rémunération, de cumul de fonctions et indemnitaires³⁸.

18. - À se limiter encore à une lecture en termes d'effectivité juridique du système ainsi mis en place, le doute s'installe. En effet, le financement était accordé par la SFEF, société commerciale, sous l'empire de deux conventions. Une première convention « de crédit » définissait les conditions de mise à disposition du prêt tandis qu'une seconde convention « de garantie financière » mettait en place un certain nombre de sûretés au profit du prêteur, au titre des obligations financières de l'emprunteur. Les contreparties évoquées, quant à elles, résidaient dans une troisième convention, conclue directement entre l'État et l'organisme bénéficiaire de l'emprunt, à laquelle le prêteur n'était pas partie. Or, si elle précisait que « *l'État se réserve la possibilité de revoir les conditions d'application, notamment financières, de la présente convention* », il reste utile de rappeler que lesdites conditions étaient portées par un acte auquel l'État n'était pas directement partie. La Cour des comptes n'a pas manqué de relever ce *hiatus* en forme d'étrange relation triangulaire, soulignant que « *la portée pratique du dispositif de sanction prévu dans cette convention est incertaine* »³⁹.

19. - Hétéroclite dans le contenu des engagements consentis, le dispositif fut renforcé formellement, sans pour autant convaincre l'observateur de la possibilité de s'inscrire dans une lecture purement juridique du procédé, le droit utilisé comme « cadre » paraissant surtout permettre ici à l'action publique « *d'être officialisée par le recours à la forme juridique* »⁴⁰. Alors que les conventions conclues à l'origine semblaient l'être hors tout cadre juridique, législateur et pouvoir réglementaire ont entériné certaines des avancées obtenues par ce consensus de *soft law*. De l'éthique au concret, le décret du 30 mars 2009 et l'article 25 de la loi de finances rectificative du 20 avril 2009⁴¹ inscrivent l'évolution des modalités de rémunération des dirigeants d'entreprises bénéficiaires de soutiens liés au plan de relance dans un cadre contraignant élargi. Le mécanisme issu de la loi de finances rectificative du 16 octobre 2008⁴² se trouve ainsi complété *a posteriori*, la convention qui « *précise également les engagements des établissements et de leurs dirigeants sur des règles éthiques conformes à l'intérêt général* » contenant désormais un avenant situant le contenu d'un tel engagement dans la lettre d'une base légale postérieure à l'octroi de l'aide qu'il conditionne. Ce faisant, les entreprises aidées se lient au respect d'engagements dont la substance équivaut à celle de la Charte de gouvernance relative aux relations entre l'Agence des participations de l'État et les entreprises à participation publique⁴³, lien nouveau portant une extension notable du rayonnement, à tout le moins substantiel, de ce code éthique.

³⁸ C. comptes, Rapport public, *Les concours publics aux établissements de crédit : premiers contrats, premières recommandations*, juin 2009, p. 39-43.

³⁹ C. comptes, Rapp. publ. 2009, préc., p. 52.

⁴⁰ J. CHEVALLIER, « Droit et action publique », préc.

⁴¹ Décret n° 2009-348 du 30 mars 2009 relatif aux conditions de rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'État ou bénéficiant du soutien de l'État du fait de la crise économique et des responsables des entreprises publiques, JORF du 31 mars 2009, p. 5622 ; Loi n° 2009-431 du 20 avril 2009 de finances rectificative pour 2009, art. 25, JORF 22 avril 2009, p. 6872.

⁴² Loi n° 2008-1061 du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie, art. 6-II, JORF du 17 octobre 2008, p. 15905.

⁴³ V. *L'État actionnaire*, Agence des participations de l'État, rapport 2009, ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, notamment p. 18-19.

20. - Dans le cadre du plan de relance, l'engagement des banques bénéficiaires sur des contreparties, commerciales ou éthiques, s'est matérialisé par la signature d'une convention avec l'État. La contractualisation de l'action publique est une dynamique déjà ancienne et la difficulté à saisir les instruments qui en participent comme les limites liées à leur banalisation⁴⁴, une antienne. Il est d'ailleurs admis que certains instruments conventionnels entre l'État et des entreprises ont permis d'adapter l'intervention et le soutien du premier à la valeur des engagements pris par les secondes, à condition d'admettre une typologie fondée sur la force contraignante du support⁴⁵. Ainsi, à considérer qu'il s'agit de contrats d'incitation, dont les contrats de plan ont parfois pu être présentés comme un exemple, leur réalité contractuelle pourrait être admise⁴⁶. Mais à considérer que les actuelles conventions ont vocation à permettre la mise en œuvre du plan de relance de l'économie, elles pourraient être en logique comparées aux faux contrats conclus pour l'exécution du plan national auxquels le juge avait refusé la qualité de véritables contrats en raison du défaut de négociation présidant à leur conclusion⁴⁷. Il s'agirait plus probablement d'engagements au sens de la typologie présentée par le Conseil d'État en 2008⁴⁸. Par leur absence de caractère juridiquement contraignant, l'utilisation des contreparties dans le plan de relance surprend. Elle se distingue nettement de leur morphologie habituelle en matière d'octroi d'aides publiques, économiques ou non. Quelles réflexions alimenter à partir de cette pratique récente de l'instrument ?

B. - L'érosion consécutive de la figure du régulateur en temps de crise

21. - Au-delà de l'inanité juridique de tels instruments, leur utilisation interroge dans le cadre du plan de relance. La fonction presque psychologique de l'engagement conventionnel médiatisé n'est plus à démontrer et trouve dans le « contrat légitimation » l'affirmation politique de l'efficacité de l'État à une époque où sa place dans la gestion de l'économie et de la société semble lui échapper⁴⁹. Les attermolements de l'État actionnaire d'entreprises à participations publiques, dans le cadre des récentes affaires Renault ou EDF⁵⁰ sont topiques d'une incertitude quant à la méthodologie à adopter pour permettre une forme d'interventionnisme contemporain⁵¹, inscrit dans une économie globalisée. En réponse pragmatique à l'urgence, le contrat solennise l'engagement jusqu'à ce que parfois « *la négociation soit privilégiée par rapport à son débouché* » pour porter au débat public de véritables contrats « *incantation, alibi* » voire « *mise en scène* »⁵². Mais une telle utilisation, si elle a son utilité politique et sociale, en se rapprochant d'une démarche conventionnelle, en tant qu'elle porte une proposition et excipe d'une acceptation, ne met justement en avant que l'acceptabilité de l'obligation, oblitérée du sceau médiatique, au détriment d'une négociation véritable, en droit public comme ailleurs⁵³. Or l'acceptabilité large ne masque pas l'incertitude pour l'avenir ; elle

⁴⁴ V. par exemple L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973.

⁴⁵ V. J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ Lextenso, 4^e ed. 2008, à propos des pseudo-contrats par absence de négociation dans le cadre de l'exécution du plan, p. 420 et s.

⁴⁶ À l'image de la célèbre affaire du Synchrotron, CE, ass., 8 janvier 1988, *Ministre du plan et de l'aménagement du territoire* ; concl. DAËL, *RFDA* 1988 p. 25.

⁴⁷ V. J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, préc. ; CE, 4 juillet 1975, *Syndicat national du commerce de la chaussure*, Rec. p. 404.

⁴⁸ Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapp. public 2008, La Doc. fr.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ V. P. IDOUX et T. ROMBAUTS, « Renault, EDF et autres : l'entreprise à participation publique au cœur de l'actualité », préc.

⁵¹ L'actualité ne manque pas de faire écho à l'analyse identifiant dans « *la confusion et la superposition des rôles remplis par l'État à l'égard des entreprises publiques (...) tout à la fois une insuffisance et un excès : un manque d'orientations claires, précises et fermes données aux dirigeants des entreprises publiques mais, à l'inverse, une présence excessive de l'État dans la gestion quotidienne de l'entreprise* » : M. LOMBARD, « Les conséquences juridiques du passage de l'État propriétaire à l'État actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence », *RFDA* 2007, p. 573.

⁵² Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 137.

⁵³ V. en matière pénale, sur la composition pénale, la transaction ou la médiation, C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale » in *Mélanges Jean Pradel*, éd. Cujas, 2006.

n'est au mieux qu'un expédient. Ainsi, selon un observateur, la proposition du MEDEF d'un code de bonne gouvernance, à l'heure de la signature des engagements éthiques de relance, « *ne peut abuser que les incrédules ; (...) dès que la crise sera passée et que l'État se retirera du capital des banques, on reviendra aux mauvaises habitudes* »⁵⁴. Doit-on oblitérer du sceau de la « mauvaise habitude » le rappel à l'ordre de Carlos Ghosn par le gouvernement puis l'Élysée ?

22. - À tout le moins, le plan de relance suggère un constat. La technique conventionnelle ne suffit pas politiquement, « *le prestige dont jouit le contrat n'empêche pas de fait que l'annonce d'une loi demeure dans notre pays l'acte cathartique et l'outil privilégié de tout gouvernement pour tenter de désamorcer les crises dans l'urgence* »⁵⁵. Aussi le retour à la loi suite à l'acceptation d'engagements éthiques semble indépassable comme issue d'un circuit d'élaboration de la règle juridique qui « *doit démontrer son bien fondé pour gagner son acceptabilité* »⁵⁶, produit d'un consensus au moins d'apparence avant que d'être simplement labellisé comme produit de l'État par le retour au droit dur. Cette instabilité instrumentale est relayée dans la morphologie des instruments mis en place pour le suivi des mesures de relance. Ni le ministre *ad hoc* de la relance, ni le désormais célèbre Médiateur du crédit⁵⁷ n'opèrent de reddition d'informations sur le suivi de telles mesures. Un comité parlementaire de suivi des mesures de relance a bien été mis en place par la première loi de finances rectificative relative au plan, mais d'informations publiques, pas plus. L'engagement sur des contreparties assumerait-il, par défaut, son masque de « contrat politique », en somme de coquille vide, moins outil de « *l'État intelligent* »⁵⁸ que défaut de « l'État malin » ? C'est alors la méthodologie régulatrice qui est interrogée. Or, il n'est pas certain que la morphologie de l'État régulateur dans le cadre de la crise économique soit pertinemment saisissable à travers l'utilisation de telles contreparties, tant son action semble dictée par l'urgence et le pragmatisme. Tant la fin acontextualise les moyens.

23. - La subordination de mesures de soutien dans le cadre du plan de relance, par leur caractère surabondant autant que leur innocuité juridique, invite à interroger (trop rapidement ?) la posture de l'État régulateur face à la crise financière. Or, le débat sur les mutations de la figure de l'État régulateur est-il réellement pertinent en temps de crise ? Assiste-t-on à un véritable retour de l'État ? Un nombre croissant d'auteurs en doutent, considérant qu'il faut « *un microscope plus qu'un objectif grand angle pour observer les changements* »⁵⁹. Les différents choix opérés par l'État à l'issue du plan de relance en tant qu'actionnaire ou simple investisseur, largement relayés par la presse, ne font qu'éclairer l'incertitude de sa posture face à la régulation économique. À l'aune de l'utilisation des contreparties l'on pourrait d'ailleurs considérer que l'État ne remet pas en cause sa position de simple acteur au cœur de l'économie et ne tire pas les conséquences de l'échec de l'autorégulation mais vient la forcer par l'incitation.

⁵⁴ F. MONNIER, « Libre propos », *Rev. adm.*, nov. 2008.

⁵⁵ Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 16.

⁵⁶ P. IDOUX, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique » in *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. 2, Presses de l'UM1, 2006, p. 547.

⁵⁷ V. N. JACQUET, « Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan après un an d'existence ? », *Gestion fin. pub.* janv. 2010, p. 24.

⁵⁸ M. BOUVIER, « Crise des finances publiques, crise d'un modèle politique et naissance de 'l'État intelligent' », *RFFP* oct. 2009, p. 69.

⁵⁹ J.-M. VITTORI, « Le vrai-faux retour de l'État », *Rue Saint Guillaume*, Sciences-Po, n° 156, sept. 2009, p. 20.

24. - Une telle posture ne doit pas surprendre si l'on considère que « *l'État régulateur n'est que la forme postindustrielle de l'État providence* »⁶⁰ qui, au lieu de prendre en charge des secteurs économiques se contente de créer des conditions favorables à leur expansion ou, pour la période actuelle, à leur stabilisation, au risque de dévier du chemin communautaire en recherchant leur maintien sur le seul territoire national. Là où l'urgence justifie la perplexité, la mise en place des conditions matérielles d'une sortie de crise ne peut faire l'économie d'une réflexion théorique renouvelée, qui prenne le contrepied d'une réaction sous forme d'expédients, d'abstentions, ou de réactions médiatiques, parce que « *cette crise a frappé de stupeur des sociétés qui avaient renoncé à réfléchir sur elles-mêmes* »⁶¹.

25. - De nombreux auteurs en appellent aujourd'hui à l'émancipation de l'État « *intelligent* »⁶² comme successeur de l'État « stratège » d'une décennie achevée. Il aurait pour gageure de poursuivre sa logique de réforme par l'audit et la performance, en expansion depuis l'adoption de la loi organique relative aux lois de finances et mise au *proscenium* de l'action publique par la revue générale des politiques publiques ces trois dernières années. Car les avancées permises par l'occasion que constitue la crise ne perdureront qu'extraites d'une réponse contextuelle mesurée, et réintroduites dans une réflexion globale qui dépasse le cadre du seul droit. Les contreparties du plan de relance ne peuvent convaincre le juriste par leur absence de force obligatoire ; l'économiste entendrait la pertinence d'un tel engagement, peu importe qu'il ne puisse être formellement sanctionné, s'il était paré de la vertu de la durée⁶³. Or, la ponctualité du dispositif est l'un de ses traits fondamentaux. Ces contreparties savent permettre, conformément à la fonction régulatrice, d'obtenir par l'incitation une « *spontanéité relative, en ce qu'il s'agit d'obtenir des acteurs économiques un comportement spontanément conforme aux besoins de l'ordre établi* »⁶⁴, ou de l'ordre à rétablir. Pour autant, leur reprise par la loi ou leur abandon sans audit effectif – la SFEF, porteuse des soutiens soumis à contreparties pour les banques, s'est éteinte – révèle bien plus le caractère conjoncturel de la posture étatique. La recherche de l'acceptabilité n'est pas une fin en soi mais un simple moyen que l'État régulateur de sortie de crise devra faire oublier en tirant les leçons de multiples échecs et insuffisances. L'État « malin » peut en sortir grand pour permettre, alors, une réflexion profondément renouvelée sur son épistémologie de régulateur.

⁶⁰ F. FERAL, « Contrat public et action publique : au cœur d'une Administration régulatrice » in *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. 2, Presses de l'UM1, 2006, p. 527.

⁶¹ M. GAUCHET in *Rue Saint Guillaume*, Sciences-Po, n° 156, sept. 2009, p. 23.

⁶² M. BOUVIER, « Crise des finances publiques, crise d'un modèle politique et naissance de 'l'État intelligent' », préc. – B. WARUSFEL, « Expertise de la crise et crise de l'expertise publique », *Rue Saint Guillaume*, Sciences-Po, n° 156, sept. 2009, p. 29.

⁶³ En ce sens, V. P. REY, « Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation » in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 20.

⁶⁴ Y. GUENZOU, « Le droit et la théorie économique des conventions » in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, préc., p. 161.