

Juin 2005

*« QUI PERD PAYE... »
LE DROIT EUROPEEN DES AIDES D'ÉTAT COMME
MORALE PUNITIVE*

Frédéric Lordon, Pepita Ould-Ahmed

RR Working n° 2005-2 Série CF

www.theorie-regulation.org

Association Recherche & Régulation

c/o LEPII-CNRS

Université Pierre Mendès France

1241, rue des Résidences

BP 47 - 38040 Grenoble Cedex 9

« QUI PERD PAYE... »

Le droit européen des aides d'État comme morale punitive^{*}

Frédéric LORDON⁺

Pepita OULD-AHMED⁺⁺

Juin 2005

D'où vient que la littérature économique standard, ordinairement attachée à proclamer la stricte économicité de ses objets, en vienne à se commettre avec des impuretés telles que l'aléa de moralité, où, si on lit bien, et en demandant par avance l'indulgence pour cette tautologie, il est question de moralité ! Prendre au sérieux la notion d' « aléa de moralité », bien connue des économistes, exige précisément de ne pas faire l'économiste, et de se demander quelle est exactement cette morale dont il est question. S'interroger de la sorte est d'abord un moyen de redécouvrir l'absence d'autosuffisance de l'échange marchand et de mieux faire apparaître les conditions extra-économiques des pratiques économiques. Incapable de se soutenir lui-même et de se conduire à bonne fin par ses propres moyens, l'échange marchand trouve ses garanties dans une série de constructions juridiques et morales contingentes : l'obligation et la reconnaissance de dette. Ainsi la contrainte de paiement n'est nullement une loi immanente du capitalisme ou de l'économie de marché, mais le produit d'une construction historique qu'on peut reconstituer en reprenant le fil du droit des contrats et du droit des obligations. Cette construction a progressivement mis en forme la *responsabilité économique* – responsabilité de payer ce que l'on doit et d'honorer ses engagements – et elle a corrélativement institué le *sujet économique* comme point d'application de cette contrainte – initialement morale, puis juridiquement reformulée.

^{*} Ce travail a été réalisé avec le concours financier de l'Institut Caisse des Dépôts et Consignations pour la Recherche Économique et Sociale.

⁺ CNRS, Bureau d'économie théorique et appliquée, Strasbourg, frederic.lordon@cegetel.net

⁺⁺ IRD, Centre Ile de France, UR 03 « Travail et Mondialisation », pepita.ould-ahmed@bondy.ird.fr

La morale économique dont il est question est donc une morale de la responsabilité – inscrite dans la contrainte de paiement. Et comme toute morale, elle appelle des sanctions aux manquements qui lui sont faits. La sanction du manquement à la contrainte de paiement a un nom : la faillite. Or, pour de multiples raisons, des institutions publiques peuvent intervenir en ces matières et, par leurs interventions, suspendre l'enchaînement des conséquences. C'est ici que naît l'aléa de moralité : des agents économiques peuvent, dans certaines situations, escompter qu'une intervention publique viendra leur épargner les suites, autrement inévitables, d'un manquement à leurs obligations à payer. Ce type d'intervention cristallise des réactions qui ne doivent pas tout à l'analyse économique. En effet ces « suspensions » de l'ordre ordinaire des choses économiques sont souvent perçues comme une perturbation faite à une implicite « loi du marché » qui veut que l'incapacité à payer entraîne irrévocablement la faillite, « juste sanction » d'une inconduite économique.

Cette perspective aide sans doute à comprendre l'extrême suspicion qui pèse en droit européen de la concurrence sur les aides d'État aux entreprises en difficulté. Prohibées, dans le discours officiel de la Commission, au nom du maintien des conditions de concurrence, il nous semble que l'aversion dont elles font l'objet doit davantage à des arguments moraux, mais implicites, renvoyant plutôt à la « loi du marché » comme morale de la responsabilité et de l'assomption des conséquences, et stigmatisant moins une « distorsion de concurrence » qu'une « distorsion du régime de vie et de mort économiques ». « Qui perd paye » est la maxime de cette morale, et le fait que celui qui a « perdu » (faute au regard de la contrainte de paiement) ne « paye » pas (de sa vie économique) est à l'origine d'un sentiment de scandale que le droit européen de la concurrence éprouve à sa manière et tente de réparer par des voies détournées. Notre hypothèse suggère que les contreparties imposées par la Commission aux entreprises secourues sont là pour leur rappeler qu'ayant échappé à la sanction du marché (la faillite), elles ne seront pas pour autant exonérées de sanctions indirectes – et pour ainsi dire substitutives –, qui ne sont rien d'autres que le prix à payer pour s'être soustraites aux lois de la moralité économique. Les importantes contreparties exigées par la Commission peuvent ainsi être interprétées comme l'expression non seulement d'une logique économique « de concurrence » – dont il faudrait réparer les « distorsions » –, mais également d'une logique symbolique sacrificielle et punitive, visant à administrer à l'acteur économique secouru un substitut de la douleur à laquelle il a échappé du fait de l'aide publique et qu'il aurait endurée si la « loi du marché », c'est-à-dire sa morale et son régime de vie et de mort, lui avaient été appliqués en toute rigueur.

L'ORDRE « NORMAL » DU MARCHÉ PERTURBÉ

Des arrière-plans de l'échange économique... au marché comme cosmos moral

Proposer cette lecture du droit européen des aides d'État suppose de repartir de l'idée, presque scandaleuse pour les économistes standards, presque banale pour tous les autres chercheurs en sciences sociales, que l'échange économique n'est pas auto-suffisant. La transaction économique repose sur des conditions de possibilité extra-économiques, notamment juridiques et morales. Parmi les choses invisibles qui rendent possible l'échange économique, et même au premier rang d'entre elles, on trouve une morale de l'obligation et de la tenue des promesses. La morale dont il est question dans l'échange économique est celle de l'engagement à livrer ce qu'on a promis de livrer, l'engagement de payer ce qu'on a promis de payer. Cette morale de l'obligation n'a rien de naturel, comme l'ont montré nombre d'auteurs – Spinoza¹ ou Nietzsche² par exemple. Elle n'a rien non plus d'invariant, et il suffit d'un regard très superficiel pour apercevoir immédiatement les variations considérables de ses formes historiques. Quoi de commun, par exemple, entre les forces magiques du *hau* en lesquelles Mauss voit le support d'une proto-morale de l'obligation dans les sociétés mélanésiennes, et les premières codifications juridiques du contrat par le droit romain ? Et quel écart, également, entre ce dernier et ce qu'on pourrait nommer la configuration kantienne... En rupture avec le droit objectif de la tradition romaniste³, cette forme moderne de la morale de l'obligation, autour de laquelle se structure d'ailleurs tout un complexe droit-morale, est profondément subjectiviste. L'agent s'y trouve obligé en tant qu'il a été constitué comme *sujet responsable*, ceci parce qu'il est déclaré sous la gouverne des deux principes fondamentaux dégagés par la métaphysique des mœurs kantienne : l'autonomie de la volonté et l'assomption des conséquences. Le sujet kantien est au faite de l'autosuffisance morale, et ses actes lui doivent tout. Il est une puissance d'auto-détermination, libre et délibérative. Ce qu'il fait, il l'a intégralement voulu, c'est pourquoi il en répond sans résidu. L'autonomie de la volonté implique donc pour le sujet kantien la responsabilité de ses actes et

¹ « Qui, en effet, a le pouvoir de rompre l'engagement qu'il a pris, ne s'est point dessaisi de son droit, mais a seulement donné des paroles. Si donc celui qui est par droit de nature son propre juge, a jugé, droitement ou fausement [...], que l'engagement qu'il a pris aura pour lui des conséquences plus nuisibles qu'utiles et qu'il considère en son âme qu'il a intérêt à rompre l'engagement, il le rompra par droit de nature », Spinoza, *Traité politique*, II, 12.

² « Élever un animal qui puisse promettre, n'est-ce pas cette tâche paradoxale que la nature s'est donnée à propos de l'homme ? [...] Que ce problème soit résolu dans une large mesure, voilà qui ne laissera pas d'étonner celui qui sait bien quelle force s'y oppose : l'oubli », Nietzsche, *Généalogie de la morale*, II, 1.

³ Michel Villey (1962), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris.

l'assomption de leurs conséquences. Ce qui advient après la libre délibération d'une conscience morale lui revient tout autant que la décision elle-même. Ce sujet moral veut, décide, revendique... et assume.

Le sujet économique n'est pas autre chose que la projection dans l'ordre des échanges de ce sujet moral kantien. L'obligation spécifique à laquelle il se trouve astreint est celle du paiement. Ses décisions autonomes sont génératrices d'engagement à payer qui lui incombent en totalité et auxquels il ne saurait se soustraire. Dans l'ordre économique, la morale de la responsabilité, armée de ses codifications juridiques spécifiques, est donc constitutive de la *contrainte de paiement*. Dans le cadre de cette moralité économique conçue autour de l'obligation d'assumer ses engagements à payer, le sujet économique se définit alors comme le *point d'application de la contrainte de paiement*.

Ainsi, l'échange marchand trouve ses garanties dans une série de constructions juridiques et morales – la reconnaissance de dette et l'obligation financière – qui, inscrites dans la contrainte de paiement, sont au principe de la subjectivité économique. L'analyse de ces cadres moraux de la transaction élémentaire n'est évidemment pas sans effet sur la façon d'envisager l'ordre global du marché, lequel apparaît alors sous l'espèce d'une dualité. Très classiquement, le marché peut être saisi comme *ordre économique*, régi par un principe d'efficacité. Mais, puisque le marché se présente en quelque sorte comme la communauté des sujets économiques, il importe également d'y voir un *ordre moral*, sous la gouverne cette fois des principes de *responsabilité* et *d'assomption des conséquences*. Ces deux lectures du marché ne sont nullement exclusives l'une de l'autre mais bien interdépendantes. Car dans l'ordre du marché, la responsabilité économique est rapportée à des enjeux vitaux. Si le sujet économique est défini comme responsable de ses actes et assume les conséquences de ses manquements, alors la faillite n'est que la sanction normale de ses insuffisances. Le respect ou l'irrespect de la contrainte de paiement, c'est-à-dire des commandements de la moralité économique, sont donc branchés sur le régime de vie et de mort des entités économiques. Les enjeux vitaux et la peur de disparaître constituent les vrais ressorts de la discipline du marché, l'aiguillon d'un effort constant déployé pour ne pas mourir, et par conséquent la plus puissante incitation à rechercher l'efficacité économique. La synthèse de la moralité et de la mortalité se réalise dans la contrainte de solvabilité intertemporelle, qui récapitule les flux monétaires entrants et sortants échelonnés. En effet, d'une part, son existence même comme *contrainte* présuppose la morale du paiement, c'est-à-dire l'effectivité de l'engagement à payer et à être payé. Mais, d'autre part, la contrainte de solvabilité définit les conditions de vie

et de mort économiques puisque la capacité du sujet économique à y faire face (ou non) détermine les conditions de sa survie ou de sa mort prochaine – la faillite.

La double faute de l'aide d'État : distorsion de concurrence et scandale moral

Il faut avoir en tête cette double dimension du marché pour mieux comprendre l'hostilité principielle de la Commission envers les aides d'État aux entreprises en difficulté. Dans le droit européen de la concurrence, les aides publiques sont interdites (Traité de l'UE, art. 87, §1) car l'État est toujours suspect de perturber « l'ordre normal du marché ».

À double dimension, double perturbation. Aux yeux de la Commission, l'octroi d'aides aux entreprises en difficulté n'a pas seulement pour effet de réduire l'efficacité économique du marché mais aussi de diminuer le sens de la responsabilité des agents économiques – laissant le marché affecté non seulement dans son *ordre économique* mais aussi dans son *ordre moral*. À cette double perturbation la Commission oppose un double discours, et refuse les aides publiques sur la base de deux arguments très différents de nature, quoique souvent mêlés. L'argument économique soutient que les aides d'État distordent la concurrence et, partant, affaiblissent « l'efficacité du marché ». Mais comme « l'économie » n'est pas seule en cause dans cette affaire, il est suivi à distance d'un argument moral qui voit dans les aides un manquement aux principes de responsabilité et d'assomption des conséquences, une échappatoire immorale à la discipline du marché.

Les deux arguments sont pourtant inégalement problématisés et apparents. En effet, alors que la « distorsion de concurrence » est explicitement mentionnée dans les textes pour justifier l'interdiction des aides d'État, inscrite dans le Traité de l'Union européenne depuis 1957, clairement rappelée par les Commissaires successifs chargés de la concurrence depuis plus de vingt ans, l'argument moral est, quant à lui, beaucoup moins « visible ». En retrait aussi bien du point de vue de l'élaboration doctrinale que de la publicité qui lui est donnée, le discours moral de la responsabilité n'en travaille pas moins, et très profondément, le dispositif d'ensemble de la régulation des aides publiques. Comment, alors, mettre au jour cette strate morale implicite mais perpétuellement affleurante du droit européen des aides d'État ? C'est dans le passage au concret que la morale du marché se révèle le mieux, c'est-à-dire en situation, dans les cas particuliers de sauvetage d'entreprises, documentés par toute une série de textes « pragmatiques » grâce auxquels la Commission rend opératoires les principes juridiques sous-déterminés des Traités. Ainsi, par exemple, les Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en

difficulté, d'une part, et les Décisions de la Commission concernant les aides accordées pour chaque cas de sauvetage, d'autre part, tous textes publiés dans le Journal Officiel des Communautés Européennes (JOCE), constituent les guides pratiques en vue de l'action concrète de la Commission où sont exposés de manière substantielle les principes justificateurs de ses décisions. L'analyse ici ne peut donc faire l'économie d'un cas pratique, en l'espèce celui du sauvetage du Crédit Lyonnais (1994-1998), permettant d'observer *in situ* cette série de principes, grands et petits, explicites et implicites, et plus généralement le répertoire des schèmes mentaux qu'on peut voir à l'œuvre en cette matière des aides d'État. Bien au-delà du corpus juridique formel, il faut donc plonger dans la masse des textes « secondaires », mais aussi des discours produits par les divers protagonistes de cette affaire, qui peuvent seuls donner accès à la manière dont la Commission envisage les aides d'État, aux principes de vision du monde qui la conduisent à les problématiser comme fauteuses d'aléa moral, et à une certaine idée qu'elle se fait de sa mission comme conservateur de ce qu'on pourrait appeler la « morale économique du marché ».

Un problème d'aléa moral

Dire que la question des aides d'État aux entreprises en difficulté est abordée par la Commission comme un « problème d'aléa moral » n'est sûrement pas l'effet d'une interprétation aventureuse : c'est la Commission elle-même qui le dit ! « *Le maintien artificiel en vie d'établissements insuffisamment rentables comporte des distorsions de concurrence importantes, un problème d'aléa moral*⁴ »⁵. Les aides publiques en sont bien l'origine puisque les entreprises, anticipant qu'elles pourront *ex post* compter sur un secours financier en cas de difficulté, se trouvent incitées *ex ante* à prendre des risques inconsidérés contre lesquels elles se pensent « assurées ». Cet effet d'aléa moral concerne au premier chef les entreprises publiques adossées à un État-actionnaire qui ne pourra pas s'abstenir d'intervenir en cas de défaut, mais aussi bien les entreprises privées dès lors qu'elles sont d'une taille telle que leur faillite sans autre forme de procès entraînerait des dégâts, directs et collatéraux, d'une ampleur inenvisageable – « *too big to fail* ». L'aléa moral est plus intense encore dans les cas d'établissements de crédit tant les effets d'externalités liés aux faillites bancaires contraignent la puissance publique à intervenir presque nécessairement. C'est pourquoi la Commission

⁴ C'est nous qui soulignons – de même pour toutes les citations qui suivent.

⁵ JOCE, L.221, 8-8-1998, Décision de la Commission concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais., p. 62.

invite à une vigilance particulière dans ce secteur : « *Les autorités de surveillance doivent veiller à ce que les établissements de crédit ne prennent pas trop d'engagements risqués, qui peuvent affecter le ratio de solvabilité, forts du soutien explicite ou implicite de l'État, car s'agissant d'établissements publics trop grands pour faire faillite* »⁶.

Il y a pourtant lieu de se demander ce que dénonce exactement la Commission dans ce problème d'aléa moral, car à la vérité il n'y a pas qu'un unique motif de prohibition des aides d'État, mais bien deux problèmes à contenir, et peut-être même, faudrait-il dire, deux scandales à dénoncer – non seulement économique mais aussi moral.

La concurrence distordue, ou l'efficacité économique du marché perturbée

Si la Commission voit d'abord dans les aides d'État une anomalie économique, c'est parce qu'elles permettent aux entreprises « aidées » d'échapper aux règles de la libre concurrence et aux forces du marché qui les auraient normalement conduites à en être expulsées pour cause de non rentabilité. Il y a d'ailleurs là deux arguments différents qui méritent d'être distingués – la défense et illustration du « marché » n'a pas que la ressource d'une seule tradition intellectuelle.

Assurément la thématique de « la distorsion de concurrence » renvoie à une vision walrasienne du marché. C'est sans doute cette référence spécifique qui se tient derrière le discours de Ronald Feltkamp, ancien fonctionnaire à la Direction Générale de la Concurrence (DG IV), dans un texte consacré aux aides d'État, dont le préambule prend soin de rappeler le cadre général de la concurrence dans l'espace économique européen et les grands principes qui en découlent : « *The Treaty is based on the axiom that the best way to achieve [the welfare of people] is through competition* »⁷. L'évocation d'une nature « axiomatique » des vertus de la concurrence n'est pas sans rappeler la terminologie même de la théorie walrasienne ; et dans ce cadre d'une économie conçue comme équilibre général de marchés, la concurrence « pure et parfaite », catégorie théorique qui a pour correspondant politico-pratique la « concurrence libre et non distordue » des traités européens, est la condition *sine qua non* des propriétés d'efficience allocative et d'optimalité parétienne. Toute intervention de l'État, dès lors que celle-ci ne se conforme pas strictement à la rationalité des agents privés, est perturbatrice puisqu'elle affecte les mécanismes de formation des prix et conduit à

⁶ JOCE, L 308, 21-12-1995, Décision de la Commission portant approbation conditionnée de l'aide accordée par la France à la banque Crédit Lyonnais.

⁷ Ronald Feltkamp, (2003) « Some reflections on the structure of the state aid rules in the Treaty of Rome », *Competition Policy Newsletter*, n°1, Spring, p. 29.

des équilibres Pareto-inférieurs. Les aides d'État causent inévitablement des dommages aux concurrents puisque l'entreprise aidée, voyant sa contrainte de solvabilité artificiellement détendue, échappe à la « vérité des prix » dont l'opération est décisive pour conduire l'économie vers son équilibre général, qui est aussi un équilibre optimal. Dans un cadre théorique d'ensemble où toute intervention hétérogène aux rationalités privées est une perturbation, où toute institution est une imperfection, l'aide d'État est dès le départ une aberration à condamner, une faute contre « l'efficacité » à proscrire.

Si la théorie walrasienne offre une ressource intellectuelle fiable et bien établie – comprendre : revêtue de toutes les cautions de la science économique – à la doctrine européenne de la concurrence, il est bien certain que les abstractions et les idéalizations extrêmes de la première ne peuvent satisfaire pleinement les nécessités discursives de la seconde. C'est pourquoi cette dernière, comme toutes les constructions idéopratiques, ne pouvait se laisser enfermer dans un seul corpus de référence et s'est donné toute liberté d'aller emprunter d'autres éléments à d'autres ensembles théoriques. En l'espèce cet emprunt s'avère spécialement nécessaire si l'on considère que le cadre walrasien, exclusivement orienté par les problématiques de l'efficacité *allocative*, dans une économie *d'échange*, est fondamentalement *statique*, et se montre par là tout à fait inapte à saisir d'autres formes de l'efficacité, notamment celles qui sont adéquates à l'idée d'une économie de *production*, et plus encore les phénomènes *dynamiques* qui en sont caractéristiques. Sous ce rapport, le cadre schumpeterien offre à la doctrine européenne de la concurrence d'indispensables compléments, et c'est sans surprise qu'on en trouve la trace dans maints documents. Le fait est que la concurrence y tient une part tout à fait centrale, non plus sous la forme de la concurrence pure et parfaite par les prix, mais sous la forme de la concurrence par l'innovation dans le but de recréer des niches monopolistiques temporaires. Tel est bien chez Schumpeter le moteur même de la dynamique économique... et c'est cette vision très schumpéterienne que la Commission reprend à son compte quand elle qualifie la concurrence de « *force motrice de l'économie* »⁸ – motrice pour l'économie dans son ensemble, et aussi pour le détail des agents qui sont contraints d'effectuer les efforts et les restructurations nécessaires à la satisfaction de la contrainte de solvabilité. La concurrence a ici moins pour vertu de conduire de manière spontanée vers l'optimum parétien, que de permettre la liquidation des entreprises non rentables et, pour le dire en termes plus marxistes, l'opération de la loi de la valeur. Dans ces conditions, mais là encore pour d'autres raisons, les aides

⁸ Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité CE. Programme de la Commission n°99/027, 1999/C 132/01, p. 6.

d'État sont parfaitement malvenues et à de multiples titres. En premier lieu, « *il n'est pas souhaitable que les États-membres entravent ou retardent indûment le processus d'adaptation structurelle en accordant des subventions à des entreprises qui, dans la nouvelle situation du marché, devraient disparaître ou procéder à des restructurations* »⁹. Les choses sont donc tout à fait claires : aider les entreprises en difficulté, c'est faire artificiellement et inopportunément obstacle au processus de la « destruction créatrice ». Or cette régénération permanente du tissu industriel est trouvée fondamentalement saine puisqu'elle élimine les non-performants, ceux que leur insuffisante capacité d'innovation voue à une part de marché décroissante et à une solvabilité incertaine, pour ne laisser la place qu'aux compétiteurs les plus efficaces, c'est-à-dire à ceux qui sont les opérateurs du progrès technique d'ensemble, les véhicules de la dynamique générale du capitalisme. Mais les aides d'État sont en fait doublement coupables : en sauvant des établissements non rentables sur les marchés nationaux, elles risquent également « *de fausser la concurrence au niveau communautaire, puisqu'elles rendent plus difficile l'entrée d'établissements étrangers (nouveaux) sur les marchés nationaux* »¹⁰. Autrement dit, non seulement les aides d'État maintiennent en vie des entreprises non compétitives et normalement destinées à disparaître, mais ce faisant elles empêchent l'entrée de nouveaux concurrents qui pourraient, mieux qu'elles, participer à la dynamique générale de l'innovation.

Les deux logiques de la concurrence dans le droit européen des aides d'État

	Logique walrasienne	Logique schumpeterienne
Type d'économie	Économie d'échanges	Économie de production
Propriétés	- Efficience allocative - Efficacité-prix	- Impulsion évolutive : pilote la loi de la valeur - Compétitivité
Effets des aides d'État	- Perturbe la formation des prix - Équilibre Pareto-inférieur	- Maintien artificiel en vie des entreprises et des secteurs - Retarde le processus d'ajustement structurel
Domages aux concurrents	Distorsion de concurrence-prix	Externalités d'ajustement structurel

⁹ JOCE, C 368, 23-12-1994, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, § 1.1, p. 12.

¹⁰ JOCE, L 221, 8-8-1998, Décision de la Commission concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, p. 64.

Le dommage ne touche d'ailleurs pas que de potentiels nouveaux entrants, indûment découragés. Car en suspendant les contraintes de la concurrence, c'est-à-dire l'obligation d'effort compétitif pour les entreprises « assistées », les aides publiques opèrent en réalité un injuste transfert de charge sur les compétiteurs présents. En effet, quand elles ne sont pas à l'article de la mort, les entreprises « aidées », exploitant par là simplement la situation d'aléa de moralité, peuvent imposer, par une politique agressive et risquée qu'elles n'auraient pas conduite autrement, une concurrence accrue aux entreprises tierces. Le surcroît de croissance de l'entreprise « protégée », qui n'aurait pas été possible sans le soutien financier de l'État, impose en effet aux autres compétiteurs des efforts d'adaptation structurelle qu'ils n'auraient pas dû supporter dans une situation de concurrence « non distordue ». C'est bien ce que déplore la Commission quand elle remarque que *« les aides à la restructuration posent des problèmes particuliers en matière de concurrence étant donné qu'elles peuvent aboutir à transférer une part inéquitable de la charge d'une adaptation structurelle et des problèmes sociaux et industriels qui en découlent à d'autres producteurs qui ne bénéficient pas d'une aide, ainsi qu'à d'autres membres de l'État »*¹¹.

Les aides d'État comme offense à la morale du marché

On aurait pourtant tort de croire que les arguments économiques de « la distorsion de concurrence », qu'ils procèdent d'une logique walrasienne ou schumpéterienne, donnent le fin mot de la prohibition des aides d'État. Car les perturbations de l'ordre économique du marché ne sont pas seules en cause ici, et l'hostilité, pour ne pas dire l'aversion, dont les aides publiques font l'objet tient également, et sans doute pour une large part, au scandale spécifique dont elles sont l'origine, et qui voit les entreprises « protégées » déroger à la morale du marché – cette même morale dont il est précisément question dans l'idée d'aléa de moralité – à savoir la morale de la responsabilité et de l'assumption des conséquences.

Pour la Commission, l'anomalie commence quand les aides d'État visent à sauver des entreprises *« en dépit de leurs moindres rentabilité et capacité de faire face aux défis concurrentiels »*¹². Tel est bien *« l'effet pervers ou aléa moral »*¹³ qui doit être imputé aux

¹¹ JOCE, C 368, 23-12-1994, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, § 1.1, p. 15 ; JOCE, C 288/2, 9-10-1999, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p. 5.

¹² JOCE, L 221, 8-8-1998, Décision de la Commission concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, p. 64.

¹³ N. Pesaresi et C. de La Rochefordière, (2000), « Crises bancaires : un bilan de l'application des règles de concurrence en matière d'aides d'État. Leçons de la crise du Crédit Lyonnais », *Competition Policy Newsletter*, n°3, octobre, p. 20.

aides dès lors qu'elles incitent les entreprises à prendre des risques sans se soucier d'avoir à en assumer les conséquences. La Commission interprète explicitement en ces termes la crise du Crédit Lyonnais : « *L'ampleur de la crise du Crédit Lyonnais [...] à la racine [...] est largement imputable à cet effet pervers ou aléa moral ("moral hazard")* »¹⁴. L'effet « d'assurance » produit par l'adossement à l'État, *a fortiori* quand il s'agit de l'État-actionnaire, est au principe d'une mésestimation systématique de l'exposition au risque : « *Les causes des pertes du Crédit Lyonnais sont spécifiques à lui-même et semblent être liées, dans une large mesure, à la politique agressive de crédit et d'investissement que la banque a poursuivie dans la deuxième moitié des années 1980, sans un contrôle des risques et une évaluation des valeurs acquises suffisamment strictes* »¹⁵.

« *Spécifiques à lui-même* » : ainsi la Commission prononce-t-elle le principe de la responsabilité individuelle dans la même phrase où elle analyse la façon dont les aides d'État y font entorse. Parce qu'elles éloignent, voire même lèvent complètement la perspective du dépôt de bilan, les aides avalisent de fait les politiques « hasardeuses » et les conduites « irresponsables ». Or, de tels comportements « *fautifs ou trop risqués* »¹⁶ n'auraient pas été possibles sur un marché de libre concurrence où l'entreprise ne peut compter que sur « *ses seules forces* »¹⁷. Sans les aides, ces entreprises seraient tombées sous le coup de la « loi naturelle du marché » qui sanctionne par la faillite l'incapacité à satisfaire la contrainte de solvabilité : « *la discipline du marché prévo[it] la possibilité que les établissements structurellement non rentables soient sanctionnés, et le cas échéant expulsés du marché dans le cadre d'une liquidation* »¹⁸. La Commission rappelle que tel aurait dû être le destin du Crédit Lyonnais : « *Sans les aides en question, le Crédit Lyonnais devrait être liquidé ou vendu, en une ou plusieurs entités, à une ou plusieurs institutions plus solides, éventuellement dans le cadre d'une procédure judiciaire* »¹⁹.

Or cette menace « d'expulsion » – la liquidation – est *l'Incitation* par excellence, l'aiguillon du « marché » qui fait fournir « l'effort compétitif », pour rester rentable, ou au moins solvable – c'est-à-dire pour rester en vie. C'est cette écologie fondamentale que perturbe l'aide d'État qui, suspendant la discipline du marché, permet à des entreprises jugées

¹⁴ N. Pesaresi et C. de La Rochefordière, (2000), p. 20.

¹⁵ JOCE, L 308, 21-12-1995, Décision de la Commission portant approbation conditionnée de l'aide accordée par la France à la banque Crédit Lyonnais, p. 27.

¹⁶ N. Pesaresi et C. de La Rochefordière, (2000), p. 19.

¹⁷ JOCE, C 288/2, 9-10-1999, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p.8.

¹⁸ JOCE, L 221, 8-8-1998, Décision de la Commission concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, p. 62.

¹⁹ *Id.*, p. 64.

non compétitives d'échapper à la sanction « d'expulsion » – autre nom de la mort économique. Voilà donc le reproche essentiel dont les aides d'État sont l'objet, un reproche moral qui s'indigne d'un artifice venant soustraire les « fautifs » aux principes de la responsabilité et de l'assomption des conséquences dont le marché, s'il était laissé à lui-même, serait le gardien « naturel », l'instance immédiate d'*enforcement*. Dès lors qu'il est couvert par un tiers protecteur, le sujet économique peut « fauter » sans souffrir les conséquences de ses actes. Or la « loi du marché » commande que les entreprises qui se mettent en situation de défaut, soit prennent des mesures drastiques pour se redresser, soit disparaissent purement et simplement. Une aide financière publique les sort de cette alternative douloureuse et fait obstacle à l'accomplissement nécessaire des conséquences. L'entreprise incapable survivra donc mais contre toute « logique » – en tout cas contre la logique du marché qui veut ou bien la restructuration, c'est-à-dire une manifestation d'effort vital qui justifie le droit à survivre, ou bien la disparition. Aussi le droit européen des aides d'État ne stigmatise-t-il pas tant « une distorsion des conditions de concurrence » qu'une « distorsion » – bien plus fondamentale – du régime de vie et de mort économiques.

Dans cette économie générale du mérite, les entorses à la morale du marché n'ont pas que des effets délétères sur les sujets directement fautifs et indûment secourus, car l'injustice dont les uns sont bénéficiaires est également ressentie – mais cette fois sur le mode de la lésion – par les autres compétiteurs qui en sont et les témoins et les victimes. Les errements moraux de l'aide d'État ne frappent donc pas seulement au premier degré ceux à qui elle va – même si c'est pour leur sauver la mise –, mais également, par effet d'externalité, ceux à qui elle ne va pas, non plus seulement désavantagés dans le jeu compétitif, mais cette fois lésés au regard des principes de justice du mérite individuel et de la responsabilité de soi : « *Il est fondamental que les entreprises bien gérées soient récompensées par le marché. Les entreprises qui fonctionnent correctement sans aides d'État ne comprendraient pas que les autres qui ne font pas les efforts nécessaires, ou qui s'engagent dans des stratégies risquées, soient sauvées par l'État* »²⁰.

Il y a évidemment plus grand coupable encore que les entreprises abusant de l'aléa de moralité : l'État lui-même qui en est la véritable origine, l'État entité hors-marché dont l'intervention est nécessairement une perturbation du marché, de ses logiques fondamentales, économiques et morales inséparablement. L'État-hétérogène-au-marché ne peut qu'attenter à la cohérence de la « loi du marché », celle qui veut uniment l'effort compétitif et la

²⁰ Mario Monti, (2003), Discours de Mario Monti, Commissaire européen pour la concurrence économique et la réglementation politique, *Cercle Europartenaires*, Paris, 4 novembre 2003, p. 4, <http://europa.eu.int/rapid/>

responsabilité de soi. L'État est donc le suspect, il dérange un ordonnancement cohérent et complet. Ses interventions directes, *a priori* importunes, sont traquées et soumises à un méticuleux examen dont l'enjeu est la qualification « d'aide d'État » – en vue du déclenchement de la procédure prohibitive : « *Lorsqu'un financement est fourni ou garanti par l'État à une entreprise en difficulté financière, il est permis de penser que les transferts financiers impliquent une aide d'État* »²¹. Les Lignes directrices communautaires de 1999 modifient quelque peu la formulation, mais l'idée générale reste la même : « *Lorsqu'un financement est fourni ou garanti par l'État à une entreprise en difficulté financière, il doit être considéré comme probable que les transferts financiers contiennent des éléments d'aides d'État* »²². Ce changement dans la forme ne reflète aucune atténuation de la méfiance de la Commission à l'égard de l'État mais une évolution de ses discours et de ses textes marqués par un plus grand formalisme juridique et par un souci d'adosser ses décisions à des justifications de plus en plus élaborées. Ainsi préfère-t-elle parler désormais de « *présomption de l'existence d'une aide* » en assortissant cette caractérisation d'un commencement de qualification : « *La présomption de l'existence d'une aide est renforcée lorsqu'existe une surcapacité structurelle à l'échelle de la Communauté [...] dans un marché sur lequel le bénéficiaire de l'aide poursuit des activités ou que le secteur dans son ensemble est en difficulté* »²³. L'aide d'État est pernicieuse car elle méconnaît délibérément cette « vérité du marché » dont l'index est le degré de sur- (ou sous-) capacité, c'est-à-dire l'aptitude d'un secteur comme biotope à produire un volume d'activité global susceptible de faire vivre « normalement » et « par elles-mêmes » les entreprises qui y sont en concurrence. C'est le marché lui-même qui synthétise les données de la survie individuelle et collective et les transmet par des signaux de quantité et de prix. Complet, cohérent, auto-régulé, auto-suffisant : le marché n'a besoin de rien et surtout pas des interventions nécessairement intempestives de l'État qui ne sauraient avoir d'autre effet que d'en dérégler le jeu « normal ».

« Normal » : c'est peut-être le terme qui revient le plus souvent et de la manière la plus insistante dans toute cette littérature produite par la Commission. Or, sans ambiguïté, dans tous ces textes le « normal », c'est le privé et le marché. Si le marché et tous ses corrélats – agents (entreprises, actionnaires, investisseurs) et processus (compétition, restructuration, disparition) – sont « le normal », *a contrario* qui est « anormal » ? L'État bien sûr. Le

²¹ JOCE, C 368, 23-12-1994, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p.14.

²² JOCE, C 288/2, 9-10-1999, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p. 4.

²³ *Id.*, p.4.

périmètre de ses interventions tolérables – car il y en a quand même – s’en déduit aussitôt : les aides d’État sont admissibles « *si dans les mêmes circonstances un investisseur privé rationnel dans une économie de marché aurait apporté les fonds nécessaires* »²⁴. Alors, mais alors seulement, « *la fourniture ou la garantie d’un financement à une entreprise n’est pas considérée comme une aide* »²⁵. Le critère se lisant dans les deux sens, « *la définition d’aide d’État implique que l’entreprise reçoit un soutien qu’un investisseur privé n’aurait jamais octroyé en raison de ses perspectives de rentabilité insuffisante ou de ses risques trop élevés* »²⁶. L’intervention publique est tolérable si l’État se comporte « comme un agent privé rationnel »... c’est-à-dire s’il n’est plus l’État. L’aide publique ne peut pas être un concours hors marché, octroyé par une institution répondant à une autre logique – politique par exemple. Elle doit être envisagée comme un « investissement », donc soumise à une anticipation de rendement financier, à l’image de ce qu’attend n’importe quel agent privé de n’importe quelle dépense en capital. N. Pesaresi et C. de la Rochefordière, hauts fonctionnaires de la DG IV donnent en ces termes la synthèse du marché, du privé et du normal – et de la normalisation de l’État sous l’espèce de « l’investisseur » : « *une injection de fonds publics [...] est une aide si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé n’aurait pas jugé qu’un tel investissement lui apportait une perspective de rémunération normale* »²⁷.

RESTAURER L’ORDRE « NORMAL » DU MARCHÉ

L’aide d’État n’est pas la bienvenue dans le droit européen de la concurrence, on l’aura compris. À défaut de pouvoir l’interdire totalement, la Commission s’efforce d’en soumettre l’octroi à de très sévères conditions. Tous ses efforts vont alors être déployés pour encadrer très strictement le régime des aides, rappeler les acteurs économiques au « principe de responsabilité » et, enfin, faire savoir aux entreprises sauvées que leur manquement à la « loi du marché » et l’évitement de ses « justes sanctions » ne resteront ni impunis ni sans douleur. En résumé : restreindre, moraliser, réparer et punir.

Restreindre : des aides minimales, à caractère exceptionnel

²⁴ JOCE, C 368, 23-12-1994, Lignes directrices communautaires pour les aides d’État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p. 14 ; JOCE, C 288/2, 9-10-1999, Lignes directrices communautaires, p. 4.

²⁵ *Id.*

²⁶ N. Pesaresi et C. de La Rochefordière, (2000), p. 13-14.

²⁷ *Id.*, p. 21.

Dialectique du « normal » et de « l'anormal » oblige, la Commission, lorsqu'elle valide des aides d'État à des entreprises en difficulté, prend grand soin de rappeler, à chaque Décision communautaire, le caractère exceptionnel de cette autorisation : « *Une décision positive sur un montant important d'aides est, il convient toujours de le rappeler, une exception faite à l'interdiction de principe prévue par le traité* »²⁸. Compte tenu de cette dérogation à la règle, la Commission veille alors à ce que les aides publiques soient les plus faibles possibles : « *Le montant et l'intensité de l'aide doivent être limités au strict minimum* »²⁹. Elles doivent en outre être accordées une fois pour toutes et on ne devra pas y revenir : « *Comme les aides de sauvetage, les aides à la restructuration ne devraient donc normalement être nécessaires qu'une seule fois* »³⁰. La position de la Commission sur ce point est renforcée dans les Lignes directrices de 1999 dans lesquelles cette condition de recours unique est élevée au rang de « principe » : « *La Commission insiste sur le fait que les aides d'État doivent en effet reposer sur le "principe de l'aide unique" ("one time, last time")* »³¹. Cette grande hostilité aux aides d'État la conduit même jusqu'à faire valoir ce principe de manière rétroactive : « *Lorsque la Commission est saisie d'un projet d'aide à la restructuration, l'État membre doit préciser si l'entreprise a déjà bénéficié dans le passé d'une aide d'État à la restructuration, y compris une aide octroyée avant l'entrée en vigueur des présentes lignes directrices et y compris une aide non notifiée. Si tel est le cas et si la période de restructuration s'est achevée, ou si le plan a cessé d'être mis en exécution, depuis moins de dix ans, alors la Commission n'autorisera normalement pas l'octroi d'une nouvelle aide à la restructuration sauf circonstances exceptionnelles, imprévisibles et non-imputables à l'entreprise* »³².

Moraliser : réaffirmer le principe de responsabilité et redire la « naturalité » de la faillite

²⁸ N. Pesaresi et C. de La Rochefordière, (2000), p. 24.

²⁹ JOCE, C 288/2, 9-10-1999, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p.7.

³⁰ JOCE, C 368, 23-12-1994, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p. 16.

³¹ JOCE, C 288/2, 9-10-1999, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p.8.

³² *Id.*, p. 8.

Restreindre n'est pas tout puisque de toute manière la prohibition ne peut être totale. Lorsque, en dépit de tous les obstacles dressés pour la décourager, une aide d'État pour restructuration est lâchée, il ne saurait être question d'y consentir sans autre forme de procès, en tout cas sans lui adjoindre tous ses codicilles moraux. Consentir donc mais ostensiblement à contrecœur, et moraliser aussitôt. Et pour ce faire, inlassablement rappeler les agents au principe de responsabilité de soi auquel il vient précisément de leur être autorisé de manquer. Or énoncer, ou ré-énoncer ce principe, et par là ré-affirmer l'ordre moral du marché, c'est d'abord redire la normalité et la naturalité de la faillite : *« Le retrait des entreprises inefficaces est une donnée normale du fonctionnement du marché. Il ne saurait être de règle qu'une entreprise qui connaît des difficultés soit sauvée par l'État »*³³ (Lignes directrices, 2004). Même dans le cas bancaire, où la faillite devrait être envisagée avec des précautions très particulières, la Commission réaffirme ce principe : *« La Commission partage sur ce point l'avis de la Commission Bancaire française qui note dans son rapport de 1995 qu'une restructuration ordonnée du système bancaire [...] implique que les établissements de crédit, qui sont des entreprises comme les autres et qui de ce fait ne doivent pas être à l'abri des sanctions du marché, puissent disparaître. De sorte que la disparition d'institutions bancaires ne doit pas être considérée comme étant en soi un signe de l'inadéquation des mécanismes existants de supervision, mais un signe que les forces du marché sont à l'œuvre et que les banques n'en sont, pas plus que d'autres, protégées »*³⁴. On ne peut qu'être frappé de l'ignorance complète de la spécificité des établissements de crédit, ramenés à l'ordre commun de tous les secteurs industriels, au mépris de la dangerosité potentielle des externalités d'un défaut bancaire. Mais peu importe, car l'essentiel est bien de rappeler aux agents leur solitude morale – l'absence de « couverture » et l'aiguillon de la peur ne constituent-ils pas les meilleures incitations à la vigilance économique ? *« Il importe que les autorités publiques fassent clairement et publiquement savoir que les établissements de crédit seront normalement soumis aux sanctions du marché et que les banques, pas plus que les autres entreprises, ne sont à l'abri d'une liquidation »* (Pesaresi et La Rochefordière, 2000). La menace de mort s'applique à tout le monde, il est « normal » et « naturel » de disparaître, faites donc vous-mêmes, comme il vous incombe, tous les efforts nécessaires pour survivre...

³³ JOCE, C 244, 1-10-2004, Lignes directrices communautaires concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, p. 2.

³⁴ JOCE, L 221, 8-8-1998, Décision de la Commission concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, p.62.

Conformément à la dualité économique et morale du marché, la restructuration qui suit la cessation de paiement et l'aide publique prend, elle aussi, une double valence et se présente non seulement comme un plan de stabilisation économique mais aussi comme un plan de redressement moral dont l'enjeu, une fois de plus, est le triomphe des principes d'autonomie et de responsabilité de soi : « *Pour satisfaire au critère de viabilité, le plan de restructuration doit permettre à l'entreprise de couvrir ses coûts, y compris les coûts d'amortissement et les charges financières, ainsi que d'obtenir une rentabilité minimale des capitaux investis, de ne plus faire appel à l'État et d'affronter la concurrence en ne comptant plus que sur ses seules forces* »³⁵.

Cette idée de l'autosuffisance individuelle, idée du sujet sommé de répondre intégralement de ses actes et d'en assumer les conséquences, est décidément la boussole morale de la Commission, gardienne du marché européen et de ses principes. Le critère est opératoire à tous les stades de la procédure : avant, pendant et après. Avant, car l'éligibilité même d'une entreprise en difficulté au guichet de l'aide d'État n'est acquise « *qu'après mise en évidence de son incapacité à assurer son redressement avec ses ressources propres, ou avec des fonds obtenus auprès de ses propriétaires/actionnaires* »³⁶. Pendant, car le temps passant et les Lignes directrices successives gagnant en poésie, le plan de restructuration qui, en 1994 réclamaient aux entreprises de ne « *compter que sur leurs propres forces* » les appellent en 2004 à garantir leur « *viabilité à long terme et la possibilité de voler de [leurs] propres ailes* ». Après, et l'on retrouve ici le principe de non-réurrence (« *one time, last time* »), car il s'agit « *d'éviter le recours répété à des aides au sauvetage [...] pour maintenir des entreprises artificiellement en vie* »³⁷.

Réparer : dédommager les concurrents lésés

À l'obligation pour les entreprises de soumettre un plan de restructuration s'ajoute l'impératif de fournir d'importantes contreparties, imposées par la Commission en « compensations » de l'aide reçue. Ces compensations prennent essentiellement la forme de cessions d'actifs et de réductions de périmètre – pour un montant d'aides estimé par la

³⁵ JOCE, C 368, 23-12-1994, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p. 16.

³⁶ JOCE, C 244, 1-10-2004, Lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, p. 3.

³⁷ *Id.*, p. 7.

Commission³⁸ dans une fourchette de 100-145 milliards de francs, le Crédit Lyonnais sera contraint d'abandonner 620 milliards de francs d'actifs³⁹.... Mais quelle est exactement leur finalité et que s'agit-il au juste de « compenser » ? On pourrait imaginer *a priori* qu'il ne soit pas aisé de faire la différence entre le plan de restructuration à proprement parler, qui n'a pas d'autre finalité que de recréer les conditions économiques de la solvabilité, et les contreparties – le premier comme les secondes procédant des mêmes opérations de désinvestissement. En réalité, il apparaît que les contreparties relèvent d'un discours tout à fait particulier, qui leur donne une véritable autonomie de justification. On pourrait dire très généralement qu'il leur revient spécifiquement de restaurer « l'ordre normal du marché » artificiellement, et inopportunément, altéré par l'intervention de l'État – en quelque sorte les contreparties consistent en un deuxième artifice, mais correcteur, appliqué pour corriger les effets d'un premier artifice perturbateur. Si l'on se souvient que cet « ordre normal du marché » est dual – à la fois ordre économique et ordre moral – on ne sera pas surpris qu'il puisse être fait de la finalité restauratrice des contreparties une lecture juridique elle-même dédoublée : en l'espèce selon une logique « civile » et une logique « pénale ».

La logique « civile » des contreparties leur donne pour finalité de dédommager les parties lésées par les aides d'État, à savoir les tiers concurrents. Pour la Commission ces dommages sont directement le fait de la distorsion de concurrence induite par les aides, et c'est donc bien une restauration de l'ordre *économique* du marché qui est ici en cause. Les contreparties ont d'ailleurs pour but d'opérer une double correction : une correction actuelle qui cherche à rectifier l'avantage financier de l'aide à la restructuration ; et une correction rétrospective qui vise à faire restituer un acquis de croissance passé indu, lié à l'exploitation de l'aléa moral et à ces comportements typiques de surexposition au risque, d'acquisitions imprudentes et de croissance excessive en bilan et en parts de marché. Autrement dit, les contreparties visent d'une part à recréer artificiellement pour l'entreprise aidée, la situation de coûts, de charges et d'ajustement qu'elle aurait subi sans aides pour procéder à sa restructuration. D'autre part, les contreparties dédommagent les concurrents des efforts d'ajustements supplémentaires qu'ils ont dû déployer dans le passé pour maintenir leur situation compétitive dans ces conditions de « distorsion ». Mais dans l'une et l'autre

³⁸ JOCE, L 221, 8-8-1998, Décision de la Commission concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, p.57.

³⁹ Voir *infra* en annexe un bref historique sur le processus de négociation des aides d'État accordées au Crédit Lyonnais.

perspectives, l'idée est bien la même : *« la limitation ou la réduction forcée de la présence sur les marchés sur lesquels l'entreprise opère représente une contrepartie pour les concurrents. Cette contrepartie doit être en rapport avec les effets de distorsion causés par l'aide »*⁴⁰. S'agissant du Crédit Lyonnais, la Commission insiste sur le surplus de croissance « anormal » capté par la banque en raison d'un soutien financier exceptionnel de l'État : *« Il convient de rappeler que plusieurs filiales et succursales bancaires du Crédit Lyonnais à l'étranger ont été acquises dans le contexte de la politique agressive menée par le Crédit Lyonnais au cours des dernières années et seulement possible avec le soutien étatique, politique qu'aucune autre banque européenne n'a pu suivre par manque de moyens »*⁴¹.

Mais comment passer du principe abstrait de la compensation pour distorsion de concurrence à une application sous la forme d'une estimation chiffrée des cessions d'actifs et des réductions d'activité à opérer ? La Commission s'efforce de mesurer tous les effets – perturbateurs et correcteurs – sur la base de considérations qu'elle voudrait rigoureusement économiques. Elle doit pourtant reconnaître elle-même son incapacité à produire des quantifications robustes et correctement justifiées : *« Si un État membre accorde une aide à une entreprise, la connaissance que l'on a de la distorsion de concurrence est plutôt intuitive »*⁴². Ainsi, par exemple, le Crédit Lyonnais est l'un des tout premiers cas où une évaluation économique des distorsions de concurrence a été tentée par la Commission : *« Pour la première fois la Commission a procédé à une évaluation – indicative – de la distorsion de la concurrence introduite par des aides. En temps normal une telle évaluation est très difficile »*⁴³. Si l'on en croit les divers protagonistes du dossier (*cf. infra*), il n'est pas certain qu'elle ait été beaucoup plus aisée et mieux assurée en « temps anormal »...

Punir : les contreparties comme douleur substitutive

La logique « civile » des contreparties répond pourtant, en principe, à une analyse de la situation concurrentielle d'un marché pour laquelle on aurait pu, au moins *ex ante*, nourrir un espoir raisonnable de quantification « objective ». La Commission doit faire elle-même l'aveu de leur caractère très approximatif quand bien même elles appartiennent

⁴⁰ JOCE, C 288/2, 9-10-1999, Lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, p.6.

⁴¹ JOCE, L 308, 21-12-1995, Décision de la Commission portant approbation conditionnée de l'aide accordée par la France à la banque Crédit Lyonnais, p. 29-30.

⁴² N. Pesaresi et C. de La Rochefordière, (2000), p. 24.

⁴³ *Id.*, p. 24.

notionnellement au registre du rééquilibrage concurrentiel, c'est-à-dire de la réparation de l'ordre économique du marché. Mais que dire alors de la logique « pénale » ? Celle-ci sanctionne un dommage général et impersonnel fait à la collectivité tout entière, et les contreparties qui en procèdent ont précisément pour motif le non-respect des principes de responsabilité et d'assomption des conséquences – c'est-à-dire la restauration du marché comme ordre moral.

L'identification d'une logique pénale à l'œuvre dans le dispositif général des contreparties n'est sans doute pas l'effet d'une surinterprétation abusive mais bien une hypothèse à considérer. Certes, les textes officiels et les discours publics s'en protègent par le rempart de l'économisme, et les arguments les plus spontanément mis en avant sont ceux de la distorsion de concurrence et de « l'analyse de marché ». Mais il ne faut pas aller chercher bien loin pour voir apparaître toute une argumentation morale, d'abord au détour des mêmes textes officiels, mais plus rapidement encore dans le discours moins public des membres de la Commission quand, à l'occasion d'entretiens, ils évoquent de manière plus « relâchée » leur vision du monde et les principes justificateurs qu'ils en tirent.

Que l'aide d'État ait pour eux le caractère d'un scandale moral, c'est une évidence qui ne tarde pas à s'énoncer comme telle : « *Un concurrent en situation difficile, son avenir est simple, c'est la disparition. [Avec l'aide, NdA] il ne disparaît pas, il reste sur le marché, qui plus est il bénéficie d'un soutien public...* »⁴⁴ (Claude Chêne, au cabinet de Karel Van Miert de 1994 à 1999, depuis Directeur Général Adjoint à la DG IV, chargé des aides d'État). Les points de suspension, qui éliminent une conclusion outrée, tellement indubitable qu'elle ne mérite même pas d'être prononcée, condensent toute une vision de la moralité économique au principe de cette espèce d'indignation muette. Une entreprise aidée est une entreprise qui était « normalement » en voie de disparaître et pour laquelle l'État suspend le régime de vie et de mort économiques. C'est cette suspension de l'ordre moral du marché, et notamment l'atteinte directe au principe d'assomption des conséquences, qui est trouvée insupportable. Claude Chêne trouve d'ailleurs des mots lapidaires pour le dire : « *Quand on a mal géré, on en subit les conséquences : on disparaît* »⁴⁵...

Que fait alors la Commission ? Elle sermonne et elle sanctionne. Sermonner, c'est rappeler inlassablement les principes de la moralité économique. Sanctionner, c'est appliquer les contreparties en leur faisant prendre maintenant la valeur d'une *punition*. Au-delà du « dédommagement » des concurrents, les contreparties sont là comme *substitut* des sanctions

⁴⁴ Interview, 6 mai 2004.

⁴⁵ *Id.*

du marché. L'entreprise aidée échappe à sa mort naturelle ? Les contreparties ont alors pour vertu pédagogique de lui rappeler que ce manquement à l'ordre moral du marché ne restera pas sans douleur. Ainsi la logique « pénale » est substitutive. L'anomalie profonde d'un agent soustrait au principe de responsabilité, par l'effet d'une suspension discrétionnaire de « la loi du marché », ne saurait rester sans suite. C'est pourquoi les fonctionnaires de la Commission, et tout particulièrement ceux de la DG IV, les plus pénétrés de l'idée qu'ils sont les conservateurs d'un ordre du marché dont l'intégrité est doublement menacée par la discrétion étatique, n'ont pas seulement en tête, comme l'attestent leurs dits et leurs écrits, l'idée d'un cosmos moral dont la perturbation est en elle-même intolérable, mais également celle d'une mission qui leur incombe en propre, mission de restaurer ce qui a été dérangé, et de faire triompher *in fine*, envers et contre tout, et fût-ce par des voies détournées, les principes les plus sacrés de la moralité économique. Comme il ne sera pas dit qu'on puisse échapper sans autre forme de procès aux effets de la responsabilité et à l'assomption des conséquences, les contreparties à caractère « pénal » administrent une sanction de substitution et, ce faisant, ramènent à son ordre normal l'économie générale du mérite et de la douleur en quoi consiste la « loi morale du marché » – « Qui perd paye... d'une manière ou d'une autre », telle pourrait en être la maxime. À défaut de les expérimenter, directement comme il aurait été de mise par le jeu « naturel » et « normal » de la « loi du marché », le Crédit Lyonnais connaîtra donc le poids réel de ses actes par l'effet d'une douleur de seconde main que la Commission se charge de lui administrer : « *Cette contribution doit contenir des contreparties réelles et importantes également en raison du fait que la solution de la faillite est bloquée* »⁴⁶, où le « également », justifié par l'obstacle fait aux souffrances naturelles de la faillite et le recours nécessaire aux souffrances artificielles de la contrepartie-amputation, vient ajouter le « pénal » au « civil », la sanction au « dédommagement », bref, la rectification de la distorsion morale à celle de la distorsion économique.

Les hésitations du calcul moral des contreparties

Dans cette démarche générale des contreparties administrées comme punition, la Commission rencontre néanmoins une difficulté. Elle se heurte en effet à un conflit d'objectifs : alors que la logique morale exigerait la disparition de l'entreprise non rentable, la logique économique-concurrentielle, elle, voit surtout que la mise en faillite revient... à

⁴⁶ JOCE, L 308, 21-12-1995, Décision de la Commission portant approbation conditionnée de l'aide accordée par la France à la banque Crédit Lyonnais, p. 28.

supprimer un concurrent ! Or cette disparition a pour inconvénient de diminuer l'intensité concurrentielle du marché : « *Il est souhaitable de maintenir une structure de marché concurrentielle lorsque la disparition d'entreprises pourrait aboutir à une situation de monopole ou d'oligopole étroit* »⁴⁷. La survie de l'entreprise est dans ce cas nécessaire et justifie d'ailleurs l'acceptation par la Commission des aides d'État.

S'il est impossible pour la Commission d'aller jusqu'au bout dans la logique punitive, elle ira malgré tout le plus loin possible. Formulé par un économiste, le comportement de la Commission pourrait alors s'écrire comme un programme d'optimisation qui prendrait la forme :

$$\left\{ \begin{array}{l} \text{Max } C \\ \text{s.c. survie de l'entreprise} \end{array} \right.$$

c'est-à-dire : « Maximiser les contreparties sous contrainte de survie de l'entreprise »...

C'est bien ainsi que le dit, à sa manière, Karel Van Miert, Commissaire à la concurrence de 1994 à 1999, en charge du dossier Crédit Lyonnais : « *Quand les montants [d'aides] sont faramineux, alors il n'y a jamais assez de contreparties... Il faut trouver un équilibre entre le maximum de contreparties sans remettre en question la viabilité de l'entreprise* »⁴⁸. Les contreparties ne doivent donc pas se limiter à la réduction des activités non rentables de l'entreprise comme le voudrait une logique purement économique de la restructuration, mais aller jusqu'à la maximisation de l'impact punitif, c'est-à-dire à la suppression de tout ce qui n'est pas strictement nécessaire à sa survie. Tel a bien été le cas pour le Crédit Lyonnais : « *[Les] contreparties ne devront pas se limiter à des activités qui ne rentrent plus dans les priorités stratégiques de la banque, mais devront concerner aussi les activités de la banque dont la cession pourra compenser les dommages causés par les aides aux concurrents et tout ce qui n'est pas strictement nécessaire à la viabilité du métier de base du Crédit Lyonnais* »⁴⁹. Cette citation est particulièrement intéressante en ceci qu'elle ramasse les deux logiques, civiles et pénales, logiques respectivement du dommage et de la punition. Et lorsqu'il s'agit de châtier, le seul critère est celui de la douleur maximale que l'agent pourra supporter sans y perdre la vie – « *tout ce qui n'est pas strictement nécessaire à la viabilité du métier de base du Crédit Lyonnais* »⁵⁰.

⁴⁷ JOCE, C 368, 23-12-1994, Lignes directrices communautaires, p.12 ; JOCE, C 288/2, 9-10-1999 Lignes directrices communautaires, p. 2.

⁴⁸ Interview, 17 mars 2003.

⁴⁹ JOCE, L 221, 8-8-1998, Décision de la Commission concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, p. 34.

⁵⁰ *Id.*, p. 34.

À l'évidence, on est très loin de l'idéal d'objectivité économique que laissait entrevoir la théorie « de la distorsion de concurrence », et le redressement moral ne s'embarrasse pas de demi-mesures ni d'inutiles précautions quantitatives. L'impossibilité de ramener l'évaluation des contreparties à une analyse strictement économique s'impose comme une hypothèse d'autant plus forte qu'elle est confirmée par la plupart des protagonistes, représentant tous les points de vue – ceux de l'entreprise, de l'État et... de la Commission, c'est-à-dire de l'agent qui aurait pourtant le plus intérêt à défendre la fiction d'une décision technique et rationnelle.

Sans surprise, Jean Peyrelevade (Président du Crédit Lyonnais de 1993 à 2004) a un avis des plus tranchés : « *L'analyse économique a été inexistante. Les dommages à la concurrence ont été principalement commis sur le marché domestique. Or les contreparties ont essentiellement concerné des cessions d'actifs étrangers* »⁵¹. Une réserve méthodologique élémentaire suggérerait de ne pas épouser les yeux fermés le point de vue de Jean Peyrelevade, engagé dans une négociation extrêmement conflictuelle avec la Commission, et que ses intérêts propres conduisaient à « lâcher » le moins possible pour préserver au maximum les actifs de la banque. Ses propos sont pourtant corroborés par un informateur anonyme X, proche du dossier Crédit Lyonnais côté gouvernement français (1997-1998) : « *Il n'y a pas eu d'analyse économique. La DG Comp n'a recruté un chief economist qu'en 2003 ! Le Crédit Lyonnais possédait des pépites à l'international. Sur le conseil des concurrents [Société Générale, BNP, NdA], Van Miert a décidé de taper le Crédit Lyonnais à l'international, là où ça faisait mal* »⁵². Mais la confirmation la plus crédible, car émanant du point de vue le plus opposé, est donnée par Karel Van Miert lui-même : « *Il n'y a pas de méthode tout à fait objective, factuelle, mécanique pour déterminer cela [les contreparties, NdA]. Chaque cas est spécifique...* »⁵³. Le langage, encore prudemment diplomatique, cède d'ailleurs rapidement à une franchise plus directe qui porte la trace de la rudesse des négociations avec la partie française : « *On n'allait pas couper seulement dans les mauvaises branches et garder les bonnes ! Ils ne vont pas me rouler !* »⁵⁴...

CONCLUSION

⁵¹ Interview, 9 décembre 2003.

⁵² Interview, 8 janvier 2004.

⁵³ Interview, 17 mars 2004.

⁵⁴ *Id.*

Situation paradoxale du discours économique : il n'en finit pas de revendiquer sa pureté disciplinaire, l'étanchéité de sa clôture... et ne cesse pourtant d'être travaillé de l'intérieur, et sans même s'en rendre compte, par une grammaire étrangère, celle de la morale. Cette tension irrésolue, affleurante dans le concept d'aléa de moralité, se manifeste plus évidemment encore dans les dires des protagonistes de l'économie concrète qui, sans surprise, en matières d'aides d'État, « servent » d'abord le discours économique de la distorsion de concurrence, mais presque systématiquement accompagné d'un discours moral et punitif, parfois ouvert, parfois très mal assumé.

C'est par exemple sur le mode de la quasi-dénégation que Claude Chêne en parle : « Dans le cas du Crédit Lyonnais – là je ne devrais pas employer le mot parce que ça n'est pas le mot qui convient – la punition entre guillemets consistait à transformer le Crédit Lyonnais d'une banque mondiale en banque domestique »⁵⁵. Nul doute en effet qu'en une époque où tous les dirigeants de grandes entreprises ont pour ambition de participer au grand jeu de la « mondialisation » et n'ont pas de désir plus fort que de devenir des *global players*, cette rétrogradation en un statut quasi-provincial ne soit une « punition » ! Chez Edmond Alphandéry (Ministre de l'économie et des finances, 1993-1995), la contradiction est carrément flagrante puisqu'il commence par nier toute intention punitive – « Il n'a jamais été question de punir le Lyonnais ! »⁵⁶. Mais d'une part Edmond Alphandéry entend se garder ici des accusations d'avoir fait payer le Crédit Lyonnais, naufragé sous la tutelle d'un gouvernement socialiste, pour de basses raisons de revanche politique. Et d'autre part – il faudrait dire surtout – l'évocation des thèmes de l'aléa moral, des logiques de la responsabilité et de l'assomption des conséquences, lui arrachent spontanément une véritable exclamation d'adhésion, presque un cri du cœur : « La théorie du hasard moral, je l'ai en moi car je suis un économiste libéral ! »⁵⁷.

Quant à Jean Peyrelevade, il est bien placé pour avoir éprouvé la logique punitive... puisque le puni c'est lui : « Alphandéry me le dit : “Il faut que le Crédit Lyonnais soit puni”. Patrice Vial [directeur de cabinet d'Edmond Alphandéry, NdA] m'appelle et me dit : “Il me faut une livre de chair. Il faut que ça saigne. Il me faut 9000 licenciements en France” »⁵⁸. Notre informateur anonyme X confirme l'existence de cette intention punitive, non seulement manifestée dans les cercles de la Commission mais également partagée et encouragée par les

⁵⁵ Interview, 6 mai 2004.

⁵⁶ Interview, 12 mai 2004.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Interview, 9 décembre 2003.

gouvernements français libéraux de 1994 à 1997 : « *La DG IV entend le gouvernement français entre 1994 et 1997 lui dire : “Il faut punir le Crédit Lyonnais”. En réunion “Aides d’État” les chefs d’entreprise s’entendent dire : “Tiens, voilà les coupables”* »⁵⁹...

Aussi bien dans l’évocation des épisodes les plus conflictuels du dossier Crédit Lyonnais qu’au moment où les discours s’élèvent au dessus des contingences de la gestion ordinaire pour atteindre le niveau de généralité des visions du monde économique, pour prendre de la hauteur et dégager « grands enseignements » et leçons quasi-philosophiques, c’est la morale de la responsabilité, la morale naturelle du marché, qui apparaît en pleine lumière. Ainsi, N. Pesaresi et C. de la Rochefordière, avec le recul du temps et le sentiment du devoir accompli, s’attardent sur les vertus pédagogiques de la sanction : « *Les dirigeants des entreprises aidées ont appris au moins une leçon : les aides s’obtiennent au prix d’une difficile cure d’austérité* »⁶⁰. La morale est donc sauve puisqu’il est réaffirmé qu’en ce bas monde rien n’est gratuit et que même la providence de l’aide d’État, *a fortiori* quand elle est imméritée, se payera au prix fort. Et la Commission, par leurs bouches, s’enorgueillit discrètement d’un coup d’arrêt porté à une forme de décadence : « *Ainsi a été mis une limite au phénomène de “moral hazard” qui veut que les entreprises inefficaces soient aidées et non pas soumises aux règles normales du marché* »⁶¹. Mais c’est un autre informateur anonyme, Y (haut poste à la DG IV, proche du dossier Crédit Lyonnais), qui donne peut-être la synthèse à la fois la plus complète et la plus ramassée de cette vérité morale du régime des aides d’État à l’époque de la concurrence souveraine : « *Les contreparties, c’est une sorte de punition pour l’aléa moral* »⁶².

⁵⁹ Interview, 8 janvier 2004.

⁶⁰ N. Pesaresi et C. de La Rochefordière, (2000), p. 26.

⁶¹ N. Pesaresi et C. de La Rochefordière, (2000), p. 26.

⁶² Interview, 6 mai 2004.

ANNEXE – HISTORIQUE SUR LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION DES AIDES D'ÉTAT ACCORDÉES AU CRÉDIT LYONNAIS (1993-1999)

- Printemps 1993** : Le président du Crédit Lyonnais (CL), Jean-Yves Haberer, annonce la crise du Crédit Lyonnais. Il est remplacé par Jean Peyrelevade.
- Mars 1994** : Les autorités françaises (Edmond Alphandéry, Ministre de l'économie et des finances) accordent au CL des aides (augmentation de capital et mise en place d'une structure de défaisance destinée à accueillir 40 MdF d'actifs immobiliers).
- Avril 1995** : Second plan de défaisance (123 MdF d'actifs compromis transférés au Consortium de Réalisation, le CDR).
- 26 juillet 1995** : La Commission approuve, sous condition, les aides accordées au CL au cours des années 1994-1995 : les aides ne doivent pas dépasser les 45 MdF. Les contreparties exigées par la Commission seraient la réduction des activités bancaires du CL à l'étranger d'au moins 35% à horizon 1998 pour un montant de 310 MdF, soit une réduction de 50% du réseau CL en Europe.
- Septembre 1996** : Dégradation de la situation financière du CL. Les autorités françaises (Jean Arthuis, Ministre de l'Économie) appuyées par le gouverneur de la Banque de France (Jean-Claude Trichet) demandent l'autorisation à la Commission d'accorder des aides d'urgence d'un montant d'environ 3,9 MdF.
- 26 septembre 1996** : La Commission donne son accord pour les « aides d'urgence » mais décide d'ouvrir la procédure à l'égard des autres mesures en faveur du CL pour permettre son redressement. Le Commissaire à la concurrence, Karel Van Miert, demande à Jean Arthuis un nouveau plan de restructuration du CL.
- 8 novembre 1996** : Les autorités françaises transmettent une analyse du premier plan de redressement du CL, ses comptes et ceux du CDR.
- 25 juin 1997** : K. Van Miert transmet un courrier aux autorités françaises (Dominique Strauss-Kahn, Ministre de l'économie et des finances) faisant part de l'inquiétude de la Commission pour le retard dans la transmission du nouveau plan de restructuration du CL (attendu depuis septembre 1996).
- 31 juillet 1997** : Le gouvernement français soumet à la Commission le plan de restructuration du CL.
- 31 mars 1998** : D. Strauss-Kahn informe K. Van Miert des dispositions nouvelles que le gouvernement français est prêt à prendre en vue d'une approbation conditionnelle des aides au CL.
- 2 avril 1998** : K. Van Miert présente les conditions permettant de considérer les aides en question comme compatibles avec l'« intérêt commun ».
- 6 avril 1998** : En complément de la lettre du 2 avril 1998, K. Van Miert adresse à D. Strauss-Kahn les raisons pour lesquelles les engagements de ce dernier du 31 mars 1998 ne pouvaient pas être considérés comme suffisants par la Commission.
- 24 avril 1998** : D. Strauss-Kahn répond à K. Van Miert en réitérant la position des autorités françaises soulignant la contrainte de viabilité du CL et contestant le montant des aides calculé par la Commission.
- 4 mai 1998** : D. Strauss-Kahn propose des contreparties supplémentaires pour compenser les effets distorsifs des aides.
- 20 mai 1998** : La Commission accepte le plan de restructuration et autorise les aides estimées entre 100-145 MdF. Les compensations acceptées par la Commission en contrepartie des aides d'Etat sont les suivantes : cession d'actifs pour 620 MdF, avant le 1^{er} octobre 1999 ; réduction du nombre d'agences en France (2100 à 1850 pour l'an 2000) ; privatisation du CL en octobre 1999 avec une participation du capital de l'Etat $\leq 10\%$.
- Été 1999** : Privatisation du Crédit Lyonnais.