

## ***État de nécessité et droit du marché\****

---

CHRISTOPHE LE BERRE

*Maître de Conférences, Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

La crise se donne à voir le plus souvent par la manifestation brusque et intense d'un dérèglement profond<sup>1</sup>. La crise marque une rupture avec un état antérieur, la survenance du discontinu et de l'irrégulier ; elle exprime le trouble et la perturbation d'un ordre jusque là paisible. La crise est parfois décrite comme un moment *d'anomie*<sup>2</sup>, de suspension du cours des règles qui assurent en temps normal l'harmonie du quotidien. Les régularités de l'ordre social s'évanouissent devant le sentiment d'une nécessité impérieuse, d'un péril menaçant qui contraint l'État à rétablir d'urgence la stabilité rompue. À la force pondérée du droit, les pouvoirs publics opposent l'énergie de mesures inhabituelles. Période critique, la crise est porteuse de *conflit*, lorsque l'intérêt général exige l'abandon de la règle ordinaire, sauf à « provoquer un sacrifice d'intérêts considérables »<sup>3</sup>. Les circonstances exigent la violation de la légalité au nom d'exigences supérieures. Mais cette nécessité<sup>4</sup> relève du fait et non du droit : elle ne constitue pas, à elle seule, une norme permissive, elle contraint mais n'habilite pas ; elle s'impose sans titre juridique à agir, puisque par définition, la nécessité appelle la violation de la norme. Elle est la source d'une *praxis* du pouvoir, dont le bien-fondé ne se mesure, en fin de compte, qu'à l'aune de ses résultats, à savoir le rétablissement de la normalité. Il est toutefois impossible de mesurer l'efficacité des moyens mis en œuvre, même rétrospectivement : le constat

---

\* Cet article est à jour au 1<sup>er</sup> mars 2009. Les communications et décisions de la Commission européenne publiées après cette date n'ont pas pu être prises en considération.

<sup>1</sup> Sur la notion de crise, v. G. BRAIBANT, « L'État face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, pp. 5-9.

<sup>2</sup> Du grec *ανωμος* « sans lois ». Le terme a notamment été employé par É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 6<sup>ème</sup> éd., 2004.

<sup>3</sup> P. LALLEMENT, *L'état de nécessité en matière civile*, PUF, 1922, p. 5.

<sup>4</sup> Que l'on définit, avec L. NIZARD (*Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962), comme « l'adéquation d'une mesure aux exigences de la situation » (p. 164).

de nécessité n'est rien d'autre qu'un fait amnistiant l'atteinte à la règle de droit, sans expliquer pourquoi celle-ci *devait* être écartée<sup>5</sup>.

Or, force est d'admettre que l'état de nécessité est « inhérent à tout ordre juridique ; il s'introduit dans les diverses disciplines juridiques à peu près dès le moment où il existe un système de normes »<sup>6</sup>. S'il revêt des formes variées – légitime défense en droit pénal, clause de sauvegarde en droit international, ou encore théorie des circonstances imprévues en droit civil – l'état de nécessité semble de prime abord n'occuper aucune place en droit du marché<sup>7</sup>. Loin d'en être consubstantiel, il paraît au contraire s'opposer à l'idée d'ajustement spontané ou d'équilibre qui caractérise la régulation marchande. Certes, la crise économique entraîne une paralysie des mécanismes qui assurent en temps normal le fonctionnement continu du système des échanges. Mais on peut penser que ce désajustement des intérêts n'est pas surmontable de façon volontaire. Hayek par exemple considère qu'une fois « la crise déclarée, nous ne pouvons rien faire pour en sortir avant son terme naturel »<sup>8</sup>. Dans cette hypothèse, la nécessité de suspendre l'application des règles de droit qui structurent le libre jeu des marchés est un faux semblant : la défaillance du marché est passagère et l'action extérieure de l'État risque de fausser le retour à la gravitation universelle des intérêts, dont dépend le bien-être du plus grand nombre, conséquence naturelle du conflit des appétits et du besoin. La complexité du social interdit aux pouvoirs publics d'intervenir dans cette arithmétique délicate, sauf à en dérégler le calcul et le pervertir.

Un tel « libéralisme utopique »<sup>9</sup> procède par rejet de la politique et de l'État. Il soutient implicitement que la crise économique ou financière est un phénomène naturel dans son principe et neutre dans ses conséquences. Or, cet isolement du marché par rapport à l'État est artificiel et ne correspond pas à la réalité de l'économie<sup>10</sup>. L'utopie, par définition, est une île lointaine, inaccessible... Ce type de crise n'en demeure pas moins un phénomène qui dépasse la sphère économique et appelle la responsabilité de l'État pour mettre fin au désordre des intérêts, malgré son caractère passager. Aussi, « la crise est fondamentalement un problème politique et ne manifeste pas seulement un problème de protection du consommateur, c'est-à-dire d'évaluation et de gestion du risque. Les crises révèlent que le risque est

---

<sup>5</sup> Sur cette problématique, v. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, PUF Léviathan, 2001.

<sup>6</sup> G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, LGDJ, 1965, p. 27.

<sup>7</sup> Par droit du marché, il faut entendre le « droit de l'économie de marché », en particulier le droit de la concurrence : C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, Thémis, 2002, pp. 108 et s.

<sup>8</sup> F. A. VON HAYEK, *Prix et production*, Calmann-Lévy, 1975, p. 171.

<sup>9</sup> D'après l'expression de P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique*, Points Seuil, 1999.

<sup>10</sup> Cf. sur ce point la présentation (déjà ancienne) de R. SAVY, « Les pouvoirs économiques exceptionnels », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, pp. 79-86.

fondamentalement politique »<sup>11</sup>. Cette affirmation paraît d'autant plus exacte que la crise affecte ce qui constitue le cœur de l'échange, – la confiance –, et qu'elle touche un secteur d'activité – les banques – où la présence d'externalités appelle, même en temps normal, l'intervention des pouvoirs publics, par exemple à travers la définition de règles prudentielles, ou encore de normes communes pour organiser l'interbancaire<sup>12</sup>.

Dans ces conditions, les crises financières forment un véritable appel d'air pour l'État, chargé de rétablir la stabilité du système de financement de l'économie. La théorie de l'état de nécessité se fraye un chemin à la mesure des enjeux. Quels en sont les traits caractéristiques ? L'état de nécessité revêt-il une spécificité lorsqu'il est rapporté au droit du marché ? Quelle définition en donner ? Avant d'entrer dans le raisonnement, il convient de régler un problème liminaire qui tient à la transposition de cette théorie dans un nouveau domaine juridique. L'élément objectif de la notion d'état de nécessité suppose que l'on identifie au préalable le « bien » ou « l'intérêt » « menacé par les circonstances d'une façon si grave que le droit devient incapable d'en assurer la protection »<sup>13</sup>. Pour la discipline du droit pénal, la vie constitue ce bien si précieux dont l'essentialité justifie, en cas de légitime défense, une riposte constitutive d'un acte délictueux. En droit constitutionnel, l'état de nécessité, dont l'application est davantage polémique, concerne l'État, l'exercice continu du pouvoir politique, plus largement, « la philosophie politique d'un pays et les institutions qui la mettent en pratique en vue de réaliser l'ordre et le bien-être au sein de la société »<sup>14</sup>. Qu'en est-il en droit du marché ? Il est difficile de donner une réponse de principe ; celle-ci ne peut qu'être partielle et guidée par la nature de la crise. En l'occurrence, le dérèglement actuel du monde de la finance met en exergue le besoin de prévenir le « risque systémique », à savoir tout événement « à l'origine de pertes économiques importantes ou d'une perte de confiance » et qui suscite « des inquiétudes sur la situation d'une partie importante du système financier, suffisamment sérieuses pour avoir des effets négatifs sur l'économie réelle »<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Selon F. EWALD, « La crise comme phénomène politique », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po & Dalloz, 2005, pp. 11-15, p. 11.

<sup>12</sup> Sur ces questions, v. J. ZACHMANN, « Principes économiques de base et leur application aux marchés bancaires », in AEDBF-BELGIUM, *Le secteur bancaire et la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 31-62.

<sup>13</sup> G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, op. cit., p. 22. Adde J. JOUANDET, *Les régimes de crise*, thèse Paris, 1969, pp. 47 et s.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Définition de la Banque des Règlements Internationaux, in *Consolidation in the Financial Sector*, disponible à l'adresse <http://www.bis.org/publ/gten05.htm>. Adde C. GAVALDA (dir.), *Les défaillances bancaires*, Cahiers Finance, Ethique, Confiance, 1995 ; C. de BOISSIEU, « L'articulation entre régulation et crise dans le secteur bancaire et financier », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Les risques de régulation*, op. cit., pp. 19-27. Sur la crise financière actuelle, se reporter notamment à *Rev. éco. fin.*, « Crise financière : analyses et

Reste à déterminer la branche du droit du marché dont l'application normale entraverait la protection de ce bien public. La crise financière offre une fois encore à la recherche un terrain d'observation privilégié : le droit communautaire des aides d'État<sup>16</sup>. Le respect des dispositions de l'article 87, § 1 du traité CE semble en effet de nature à compromettre la sauvegarde de l'intérêt supérieur qu'est la confiance dans le système de financement de l'économie. Cet article pose un principe général d'incompatibilité avec le fonctionnement du marché commun des « aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »<sup>17</sup>. Ce faisant, le traité CE ne se borne pas à rappeler les principes fondamentaux de l'économie de marché, notamment l'égalité dans la concurrence. Bien davantage, « la proclamation de l'incompatibilité des aides a pour [...] conséquence d'amputer les États membres en tant que tels d'un important moyen d'interventionnisme dans l'économie »<sup>18</sup>. Cette dimension politique est d'autant plus marquée que le système des aides d'État constitue à l'heure actuelle une véritable « politique communautaire » mise en œuvre par la Commission européenne.

Composante essentielle de la construction d'un « ordre concurrentiel », les règles qui encadrent l'exercice du pouvoir économique des États sont nécessaires en raison des effets négatifs qu'entraîne l'octroi d'aides inefficaces, non seulement lorsque les pouvoirs publics nationaux ne sont pas en mesure de résister aux groupes de pression, mais aussi compte tenu des coûts engendrés par une concurrence faussée, ou tout simplement en raison des distorsions de compétitivité que de telles interventions étatiques génèrent<sup>19</sup>. Néanmoins, le heurt toujours présent des intérêts nationaux et communautaire n'est pas dépassé mais seulement « neutralisé » par le droit communautaire des aides d'État. À cette fin, la Commission a élaboré des

---

propositions », Hors série, 2008. Sur sa chronologie, v. J. SAPIR, « Une décade prodigieuse. La crise financière entre temps court et temps long », *Rev. de la régulation*, n° 3, 2008, en ligne à l'adresse <http://regulation.revues.org>. Sur ses répercussions, cf. les statistiques avancées par T. MONTÉLAN, « Crise financière et défaillances d'entreprises », *Gazette du Palais.*, n° 21-22, janv. 2009, cahier procédures collectives, pp. 15-21.

<sup>16</sup> V. J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 175 ; G. DRUESNE, *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 301.

<sup>17</sup> Sur ce principe, v. notamment F. GAGNAIRE, *L'incompatibilité des aides d'État dans le contentieux communautaire*, thèse Amiens, 2001.

<sup>18</sup> C. BLUMANN, « Y a-t-il substitution de “ régulations ” communautaires aux “ régulations ” nationales en matière d'aides ? », in CEDECE, *L'entreprise dans le marché unique européen*, La Documentation française, 1995, p. 64.

<sup>19</sup> D. SPECTOR, « L'économie politique des aides d'État et le choix du critère d'appréciation », *Concurrences*, n° 2-2006, pp. 34-43.

instruments normatifs qui n'ont pas pour unique objet d'interdire certaines pratiques des États membres (et donc de surmonter leurs éventuelles résistances), mais aussi de guider l'interventionnisme national, de l'orienter de telle manière que l'exercice des compétences étatiques soit conforme aux intérêts à long terme et bien compris de tous. Le traité CE prévoit ainsi un certain nombre de dérogations (art. 87, § 2 et 3) qui confèrent à la Commission le pouvoir d'autoriser des aides à la condition qu'elles soient source d'externalités positives, sous réserve de leur impact sur la concurrence. De surcroît, dans le cadre de l'examen des aides, la Commission ne s'en tient pas à un bilan concurrentiel, comme c'est le cas dans le domaine du contrôle des concentrations par exemple, mais intègre l'ensemble des objectifs et des politiques de l'Union européenne, en particulier ceux de Lisbonne.

Droit finalisé, le droit communautaire des aides d'État tend à rationaliser le comportement économique des États membres en définissant les conditions de légalité de leurs interventions auprès des entreprises. Le cadre normatif élaboré par la Commission a tout d'abord pour conséquence d'occulter le conflit entre les intérêts nationaux et communautaire en soumettant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des États à un contrôle de plus en plus rigoureux. Mais les règles applicables sont aussi l'instrument de définition d'un intérêt communautaire qui les transcende. Il est bien évident que l'articulation entre ces deux aspects ne va pas de soi : c'est en effet une chose de contrôler les engagements des États, c'en est une autre de coordonner leurs actions afin qu'elles conduisent à un bénéfice net à l'échelle européenne<sup>20</sup>.

La crise financière actuelle exacerbe d'autant plus cette opposition que l'intérêt communautaire peine à être défini. Compte tenu du désarroi qu'engendre la crise, le conflit, un temps neutralisé, menace de resurgir avec violence en l'absence d'objectifs supra-nationaux suffisamment normés. À l'instar de l'état de nécessité en droit constitutionnel notamment, la transposition de cette problématique en droit des aides met au jour les enjeux politiques et les jeux institutionnels qui sous-tendent l'application des règles du traité CE. Au cœur de ce conflit entre deux légitimités, nationales et communautaire, les règles de droit apparaissent un médiateur à la fois déterminant et fragile compte tenu de la possible reconcentration du pouvoir économique dans les mains des États.

Dès lors, il faut se demander si la situation de péril générée par la crise actuelle ne provoque pas une substitution des régulations nationales à la discipline

---

<sup>20</sup> Sur cette problématique, v. L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P. JAN SLOT, *EC State Aids*, London, Sweet & Maxwell, 2006, 3<sup>rd</sup> ed., Chap. 2. Adde S. MARTIN, C. STRASSE, « La politique communautaire des aides d'État est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, n° 3-2005, pp. 52-59 ; T. KLEINER, A. ALEXIS, « Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun », *Concurrences*, n° 4-2005, pp. 45-52.

communautaire des aides. Cette dernière est-elle valable uniquement en période de quiétude économique ? N'est-elle pas aussi appropriée aux temps de crise ? Selon quelles modalités ? On pourrait néanmoins douter de la pertinence de ces questions, dans la mesure où les dispositifs nationaux de réponse à la crise financière s'accompagnent de l'assentiment des autorités communautaires. La Commission semble avoir trouvé dans le droit primaire des moyens juridiques<sup>21</sup> qui lui ont permis de maintenir la discipline des aides tout en autorisant l'intervention massive des États dans les secteurs bancaire et financier. Ce dépassement du conflit, dont il convient d'expliquer les ressorts dans un premier temps (I), n'est toutefois qu'une apparence. Sa consistance demeure et s'en trouve au contraire affirmée, de telle manière que la crise n'a réalisé qu'un déplacement de celui-ci (II), entraînant pour l'appréciation des aides des conséquences qui doivent être analysées dans un second temps.

## I – LE DÉPASSEMENT DU CONFLIT

La crise financière marque-t-elle l'effacement de la discipline des aides ? L'adoption par la Commission d'un certain nombre de principes directeurs afin de guider l'action des États dans ces circonstances critiques tend à accréditer la thèse du maintien, voire d'un renforcement de l'encadrement communautaire en ce domaine<sup>22</sup>. Ces orientations se fondent sur la mise en œuvre des dispositions de l'article 87, § 3, *b* du traité relatives aux aides destinées « à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ». En prévoyant un tel cas de figure, le droit primaire intègre l'état de nécessité dans un cadre légal qui permet de désamorcer l'éventualité d'une violation de la règle. Cette disposition garantit la continuité de la soumission des États à la légalité communautaire tout en faisant droit aux nécessités du moment.

Cette présentation doit cependant être nuancée. En effet, la crise oppose moins la Commission et les États membres qu'elle ne les renvoie dos à dos. Chacun se trouve sommé de réagir au dérèglement des intérêts. De façon concomitante, la situation de crise ouvre un espace nouveau pour les acteurs : si elle interrompt la linéarité temporelle dans laquelle s'inséraient jusqu'alors les rapports de droit, elle

---

<sup>21</sup> On emploiera aussi l'expression « ressources stratégiques » pour désigner les normes d'habilitation que les autorités communautaires, spécialement la Commission, sont parvenues à mobiliser afin d'atteindre certains objectifs. Sur l'idée de ressource, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Vol. 60, n° 904 et s.

<sup>22</sup> V. notamment sa Communication 2008/C 270/02 du 13 oct. 2008 relative à l'application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale, *JOUE* C 270 du 25 oct. 2008, p. 8 ; *Concurrences*, n° 4-2008, chron. p. 8, obs. C. GIOLITO et J. DERENNE.

constitue aussi un moment opportun pour les acteurs qui sont invités à mobiliser des moyens inédits afin de maintenir leurs positions institutionnelles respectives. La légalité d'exception apparaît à cet égard comme une parade juridique à la nécessité, une ressource stratégique destinée à tenir en échec l'intervention des États. Si elle permet de dépasser, au moins formellement, l'opposition de la nécessité et du droit (1), le recours à l'article 87, § 3, *b* présente tous les traits d'une norme d'habilitation, grâce à laquelle la Commission est parvenue à réaffirmer l'impératif de la discipline des aides et donc, la nécessité du droit pour remédier à la crise (2).

1) *Le droit contre la nécessité*

Le droit des aides d'État n'ouvre pas qu'une seule « issue à la nécessité »<sup>23</sup>. L'article 87, § 3, *b* n'est pas l'unique occurrence rendant possible une organisation des mesures nationales de crise compatible avec le marché intérieur. La « prévoyante sagesse »<sup>24</sup> du constituant communautaire l'a en effet conduit à anticiper différentes hypothèses de circonstances d'exception. Les notions de « crise », ou encore de « crise boursière ou financière », n'y sont toutefois pas mentionnées. Or, le traité ne soumet pas à un critère unique les aides d'État qui pourraient être octroyées dans de telles circonstances. Certaines sont en effet réputées compatibles de plein droit avec le marché intérieur, dès lors que les conditions légales sont réunies ; d'autres au contraire demeurent soumises au pouvoir d'appréciation de la Commission.

Cette différence de traitement juridique des états de nécessité pose en conséquence une première difficulté, celle de leur qualification. Comment le droit communautaire envisage-t-il le phénomène des crises financières ? À quelle catégorie d'états de nécessité appartiennent-elles ? La logique de la qualification n'est toutefois qu'un reflet d'un problème plus général qui tient à la définition de l'état de nécessité. Si celui-ci se caractérise par un élément objectif – une situation périlleuse – le constat d'une nécessité ne se conçoit pas sans une part *subjective* qu'expriment le « sentiment de nécessité » et l'obligation corrélative d'y remédier. C'est pourquoi une typologie des états d'exception en droit communautaire des aides d'État n'est pas dénuée d'intérêt. Elle doit permettre de comprendre l'utilité de la qualification effectivement retenue par la Commission dans le contexte de la crise actuelle.

Hormis l'article 87, § 3, *b*, le traité inclut deux hypothèses légales dans lesquelles les circonstances d'exception peuvent être invoquées comme fait justificatif des aides octroyées par les États. Les troubles ayant une origine naturelle sont tout d'abord envisagés par l'article 87, § 2, *b* qui exempte automatiquement « les aides

<sup>23</sup> R. VONJHERING, *L'évolution du droit*, Chevalier-Marescq, 1901, p. 281.

<sup>24</sup> Selon l'expression de J. BARTHÉLÉMY, « Le droit public en temps de guerre », *RDP* 1915, p. 144.

destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ». Les situations calamiteuses ont en commun avec les crises le désarroi qu'elles suscitent autant que le caractère exceptionnel des dommages qui en sont la conséquence<sup>25</sup>. Néanmoins, il est difficile d'assimiler entièrement les deux notions, bien que les calamités ne résultent pas toujours de causes naturelles. C'est le cas des guerres, des disettes ou des épidémies, fléaux en effet calamiteux mais qui ne manifestent pas la puissance de la nature. Les autres « événements extraordinaires » également prévus à l'article 87, § 2, *b* appartiennent, semble-t-il, au même genre. Cette qualification a par exemple été avancée dans le contexte des attentats commis le 11 septembre 2001 aux États-Unis en raison des dommages entraînés par la désorganisation du secteur des transports aériens<sup>26</sup>. Il ne s'agit pas non plus d'une situation qui relève *sub specie* de la crise en raison de l'agissement qui en est la cause, bien que le dérèglement ou la panique qui s'ensuivent ne soient pas sans rappeler, par exemple, les crises boursières.

En tout état de cause, l'article 87, § 2, *b* fait l'objet d'une interprétation stricte par les autorités communautaires<sup>27</sup>, à tel titre que « seuls peuvent être compensés, au sens de cette disposition, les désavantages économiques causés directement par des calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires »<sup>28</sup>. Ce fait justificatif n'intervient donc que pour autoriser la réparation de préjudices ponctuels dus à de tels phénomènes calamiteux, non pour endiguer un risque global pesant sur l'économie d'un pays. Les États membres doivent quantifier et particulariser les dommages subis ; en aucun cas, un trouble à l'ordre public économique, telle une rupture d'approvisionnement énergétique provoquée par un choc exogène (la hausse brutale du prix des carburants par exemple), ni les conséquences sociales d'un tel trouble, ne sauraient être constitutifs d'un « événement extraordinaire » au sens de cette disposition<sup>29</sup>.

Une seconde disposition du traité intéresse également les situations de nécessité. L'article 88, § 2 énonce que « Sur demande d'un État membre, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide, instituée ou à instituer par cet État, doit être considérée comme compatible avec le marché commun, en dérogation des dispositions de l'article 87 ou des règlements prévus à l'article 89, si des circonstances exceptionnelles justifient une telle décision ». À l'instar du pouvoir de décision

---

<sup>25</sup> V. J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, Berger-Levrault, 1980.

<sup>26</sup> Cité in L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P. JAN SLOT, *e.a.*, *EC State Aids, op. cit.*, § 4-024.

<sup>27</sup> CJCE, 19 sept. 2000, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-156/98, *Rec.* p. I-6857, pt. 49 ; 30 sept. 2003, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-301/96, *Rec.* p. I-9919, pt. 66.

<sup>28</sup> CJCE 29 avr. 2004, *Grèce c/ Commission*, aff. C-278/00, *Rec.* p. I-3997, pt. 82.

<sup>29</sup> V. CJCE, 11 nov. 2004, *Espagne c/ Commission*, aff. C-73/03 (non publié), pts 31 et s.

individuelle que possède la Commission<sup>30</sup>, le Conseil bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité d'une dérogation et pour décider de l'existence de circonstances exceptionnelles. Cette cause justificative a notamment conduit ce dernier à procéder à « l'évaluation d'une situation économique complexe » résultant par exemple d'un déséquilibre du marché viti-vinicole risquant d'entraîner des « répercussions graves d'ordre économique et social » ou une « situation critique »<sup>31</sup>. Du point de vue matériel, rien ne distingue donc cette disposition de l'article 87, § 3, *b* sinon que ce dernier précise l'hypothèse justificative en cause, à savoir « une perturbation grave de l'économie d'un État membre ». L'identité est d'autant plus marquée que la Commission n'admet le jeu de cette dernière dérogation qu'en présence de « circonstances exceptionnelles »<sup>32</sup>.

Reste que la portée pratique de l'article 88, § 2 est limitée. M. Blumann souligne que la condition d'unanimité rend « assez théorique la condition des circonstances exceptionnelles », ce qui explique la mise en œuvre peu fréquente de cette disposition<sup>33</sup>, en dépit d'une augmentation récente du nombre des saisines du Conseil par les États<sup>34</sup>. Les pouvoirs du Conseil demeurent donc, eux aussi, exceptionnels, et celui-ci semble n'avoir vocation à intervenir que pour « arbitrer » un éventuel contentieux entre la Commission et un État membre lors de la phase administrative d'examen d'une aide nouvelle. Ce rôle (politique) « d'instance de recours suprême en matière d'aide »<sup>35</sup> ne se conçoit dès lors qu'en période « normale », *i.e.* dans des hypothèses où le « sentiment de nécessité » n'entrave pas la collaboration régulière des États membres avec la Commission<sup>36</sup>.

Le recours à l'article 87, § 3, *b* du traité s'insère dans un contexte différent. De toute évidence, la définition du péril qui y figure inclut l'hypothèse d'une crise financière, sans néanmoins s'y limiter. Toutefois, au-delà de son application au cas

---

<sup>30</sup> Sur le pouvoir discrétionnaire de la Commission, v. L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P. JAN SLOT, *e.a.*, *EC State Aids*, *op. cit.*, § 4-013.

<sup>31</sup> CJCE, 29 févr. 1996, *Commission c/ Conseil*, aff. C-122/94, *Rec. p.* I-881, pts 18 et s.

<sup>32</sup> Comm. CE, 2<sup>ème</sup> *Rapport sur la politique de concurrence*, 1972, pt. 120.

<sup>33</sup> C. BLUMANN, « Y a-t-il substitution de “ régulations ” communautaires... », *op. cit.*, p. 78.

<sup>34</sup> L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 915.

<sup>35</sup> C. BLUMANN, « Y a-t-il substitution de “ régulations ” communautaires... », *op. cit.*, p. 78.

<sup>36</sup> Dans ce sens, v. CJCE, 29 juin 2004, *Commission c/ Conseil*, aff. C-110/02, *Rec. p.* I-6333, pt. 33 : « [...] la circonstance que la Commission conserve, seule, au terme du délai de trois mois visé au quatrième alinéa de cette disposition, la compétence de statuer sur l'aide concernée, indique également que, si aucune demande n'a été adressée au Conseil par l'État membre concerné, sur le fondement de l'article 88, paragraphe 2, troisième alinéa, CE, avant que la Commission déclare l'aide en cause incompatible avec le marché commun et clôture de la sorte la procédure visée au premier alinéa de la même disposition, le Conseil n'est plus autorisé à exercer le pouvoir exceptionnel que lui confère ledit troisième alinéa aux fins de déclarer une telle aide compatible avec le marché commun ».

d'espèce, l'intérêt de ce texte réside dans la conception juridique de l'état de nécessité qu'il cristallise. Or, le constituant communautaire semble avoir été soucieux de prévenir le laxisme des États en la matière. Cette disposition s'insère en effet dans l'ensemble « peu harmonieux »<sup>37</sup> des dérogations facultatives et ponctuelles au principe d'incompatibilité. À l'inverse des situations calamiteuses, le fait générateur de la dérogation prévue à cet article n'emporte aucune approbation de plein-droit des aides octroyées. La « perturbation grave » dont il s'agit ne constitue pas un « véritable » état de nécessité au regard du droit des aides, puisque son caractère impérieux tout comme la radicalité des conséquences qui devraient s'y attacher sont niés. En réaffirmant le large pouvoir discrétionnaire dont jouit la Commission, le traité oppose un rempart solide contre les implications du fait de nécessité lorsque de telles circonstances sont invoquées.

Cette digue juridique est d'autant plus efficace que la perturbation exigée répond à des caractéristiques rigoureuses quant à son intensité et son échelle. Il résulte des termes mêmes de l'article 87, § 3, *b* qu'elle doit « affecter l'ensemble de l'économie de l'État membre concerné, [...] pas seulement celle d'une de ses régions ou parties de territoire »<sup>38</sup>. Le constat d'une « situation économique critique » localisée ne suffit donc pas à déclencher la dérogation<sup>39</sup>, ce qui permet d'éviter l'allégation par trop commode d'une nécessité dont l'évidence demeure *in fine* sujette à débat. Plus encore, l'article 87, § 3, *b* réserve une marge d'appréciation considérable à la Commission en ce qui concerne la qualification d'un tel événement, ce que confirme sa (rare) pratique antérieure<sup>40</sup>. Elle considère dans sa décision du 26 juillet 1995 concernant les aides au Crédit Lyonnais<sup>41</sup> que cette dérogation ne pourrait s'appliquer que dans le cas d'une « véritable crise systémique », sans indiquer plus avant les caractéristiques que celle-ci devrait revêtir.

Néanmoins, si l'appréciation *in concreto* des faits domine, elle est indissociable de leur qualification juridique. Ainsi, dans sa décision *GAN* du 30 juillet 1997, la Commission en précise les contours : elle exclut le recours à cette disposition dans la mesure où l'aide en cause visait à « remédier aux difficultés d'un seul bénéficiaire, le GAN, et non pas à des difficultés aiguës de tous les acteurs du secteur ». En dépit de

<sup>37</sup> L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel...*, *op. cit.*, n° 894.

<sup>38</sup> TPICE, 15 déc. 1999, *Freistaat Sachsen c/ Commission*, aff. jtes T-132/96 et T-143/96, *Rec.* p. II-3663, pt. 167 ; *conf.* par CJCE, 30 sept. 2003, *Allemagne c/ Commission*, C-301/96, *op. cit.*, pt. 106.

<sup>39</sup> Dans ce sens, CJCE, 30 sept. 2003, *Allemagne c/ Commission*, C-301/96, *op. cit.*

<sup>40</sup> Ainsi, les aides octroyées par la France pour faire face à la détérioration de sa balance des paiements en 1968 ont été autorisées sur le fondement de l'art. 109 du traité et non sur la base de l'art. 87, § 3, *b*. V. L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P. JAN SLOT, *e.a.*, *EC State Aids*, *op. cit.*, § 4-024.

<sup>41</sup> Comm. CE, déc. 95/547/CE portant approbation conditionnée de l'aide accordée par la France à la banque Crédit Lyonnais, *JOCE* n° L 308 du 21 déc. 1995, p. 92, pt. 3.2.

cette mise en forme progressive, l'intensité des répercussions économiques de la perturbation demeure sujette à appréciation et est susceptible de varier suivant les espèces. C'est dire que la nécessité ne se constate pas, quand bien même l'article 87, § 3, *b* identifie l'existence d'une « perturbation grave » à un trouble aigu se manifestant à l'échelle nationale. Les avantages d'une telle maîtrise de la qualification ne sont d'ailleurs pas uniquement juridiques. Celle-ci est également opportune du point de vue économique, dans la mesure où « une trop grande prévisibilité des procédures de sauvetage aurait l'effet pervers (« *aléa moral* ») d'encourager les comportements irresponsables et de créer les conditions favorables aux crises qu'il convient au contraire d'éviter »<sup>42</sup>.

Dès lors, le droit neutralise le fait de nécessité et ses implications. Loin de traduire un déplacement du pouvoir de décision au profit des États membres, l'article 87, § 3, *b* réaffirme le pouvoir discrétionnaire de la Commission *jusque* pour dire la nécessité ou en nier l'évidence. Interprète authentique du traité, l'autorité communautaire dispose d'une ressource stratégique pour maintenir la configuration normative ordinaire en dépit de la situation de crise. L'auto-habilitation qui en procède lui confère également le moyen de définir un corpus juridique applicable en de telles circonstances.

## 2) *La nécessité du droit*

Conçues pour *parer* la nécessité, les dispositions de l'article 87, § 3, *b* ont aussi pour fonction de donner aux États membres la possibilité d'y faire face par des aides compatibles avec le bon fonctionnement du marché intérieur. Dans cette hypothèse, la mise en œuvre de cette ressource a pour vocation initiale de « faire partager le constat du péril ». Sa portée n'est donc que déclarative, sans être suffisante pour « imposer le sentiment d'évidente nécessité »<sup>43</sup>. Tel semble avoir été le cas en l'espèce : l'intervention de la Commission sur la base de l'article 87, § 3, *b* a davantage suivi une prise de conscience partagée par les États sur l'ampleur du risque systémique qu'elle n'a servi à les en avertir<sup>44</sup>. Elle n'en a pas moins marqué un changement radical de position de sa part, puisqu'elle considérait quelques mois plus tôt encore,

---

<sup>42</sup> P.-B. BARETS, « Le droit des aides d'État appliqué aux secteurs de la banque et de l'assurance : Articulation avec les règles prudentielles et reconnaissance de l'intérêt public en droit communautaire », *Concurrences*, n° 1-2007, pp. 40-46, n° 13.

<sup>43</sup> F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 371.

<sup>44</sup> La Communication de la Commission du 13 oct. 2008 préc. a en effet été précédée d'une déclaration de l'Eurogroupe adoptée le 12 oct. 2008 et concernant « un plan d'action concertée des pays de la zone euro » (v. Rapp. Sénat n° 23 sur le projet de loi de finances rectificative pour le financement de l'économie, p. 24).

qu'une crise bancaire globale était « purement hypothétique »<sup>45</sup>. La mise en œuvre de cette disposition traduit également un changement de doctrine par rapport à sa pratique antérieure. Dans ses décisions relatives au Crédit Lyonnais, la Commission avait en effet entendu exclure l'application éventuelle de cette disposition au secteur bancaire. Elle admettait certes que l'hypothèse de risque systémique devait être « prise en compte dans l'application des règles en matière d'aides d'État », sans pour autant justifier l'élaboration d'un droit spécial<sup>46</sup>.

Mais cette déclaration de péril est aussi un appel à la défense d'un certain ordre, qu'il soit politique, économique ou social<sup>47</sup>. Le sentiment de nécessité, on l'a dit, témoigne d'un hiatus entre le droit positif et un « état des choses » qu'il faut sauvegarder à la mesure de sa remise en cause. Or, en faisant jouer l'article 87, § 3, *b* du traité, la Commission semble être parvenue à surmonter les termes d'un tel antagonisme. Usant de son « pouvoir normatif de substitution »<sup>48</sup>, l'autorité communautaire est en effet à l'origine d'une production juridique à finalité normative qui fait apparaître le droit des aides comme un élément de solution à la crise.

La communication en date du 13 octobre 2008 réaffirme les orientations fondamentales de sa politique en la matière tout en tenant compte de la situation particulière née des circonstances. Si celles-ci « doivent être dûment prises en compte lors de l'application des règles en matière d'aides d'État aux mesures proposées pour lutter contre la crise sur les marchés financiers », la Commission rappelle qu'il lui appartient de « veiller à ce que ces mesures n'entraînent pas de distorsions de concurrence inutiles entre les institutions financières opérant sur le marché et n'aient pas de retombées négatives pour les autres États membres »<sup>49</sup>. Le texte débute par l'énoncé de principes généraux dont la formulation découle de l'interprétation stricte que requiert la dérogation prévue à l'article 87, § 3, *b* du traité. Aussi, les mesures exceptionnelles qu'implique la crise financière doivent être

---

<sup>45</sup> Comm. CE, déc. C 10/2008 du 11 mars 2008, IKB, pt. 40, disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/register/ii/doc/C-10-2008-WLWL-en-27.02.2008.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/C-10-2008-WLWL-en-27.02.2008.pdf).

<sup>46</sup> Comm. CE, déc. 95/547/CE du 26 juill. 1995, préc., pt. 3.1.

<sup>47</sup> F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 373.

<sup>48</sup> Aux termes de l'art. 89 du traité, seul le Conseil dispose d'un tel pouvoir sur proposition de la Commission et après avis du Parlement européen pour prendre des mesures d'application des art. 87 et 88. La Commission a néanmoins réagi à la passivité du Conseil en s'attribuant l'exercice d'un pouvoir normatif de substitution dont la validité a été admise par la Cour de justice. Sur cette question, v. les développements de C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », in C. BLUMANN (dir.), *Les aides nationales dans la Communauté européenne*, Publ. de l'Université de Tours, 1987, pp. 85-124 ; M. CINI, « The soft law approach : Commission rule-making in the EU's state aid regime », *Journ. Eur. Publ. Pol.*, n° 8, 2001, pp. 192-207.

<sup>49</sup> Communication du 13 oct. 2008, préc., cons. 5.

limitées dans le temps (« uniquement tant que la situation de crise le justifie »)<sup>50</sup> et ne sauraient excéder « ce qui est strictement nécessaire pour atteindre leur objectif légitime »<sup>51</sup>. De même, les distorsions de concurrence doivent être « évitées ou aussi limitées que possible »<sup>52</sup>. La Commission considère en effet que « Dans tous les cas [...], les distorsions de concurrence pourraient, en l'absence de garde-fous appropriés, s'avérer considérables » et qu'elles seraient de nature à « aggraver les problèmes de liquidités des institutions financières établies dans d'autres États membres »<sup>53</sup>. On peut lire enfin que « Le respect de ces critères conformément aux règles applicables aux aides d'État et aux libertés fondamentales consacrées par le traité [...] est *nécessaire* si l'on veut garantir le bon fonctionnement du marché intérieur »<sup>54</sup>.

Ce faisant, la Commission se fonde sur la norme d'habilitation de l'article 87, § 3, *b* pour légitimer une production normative dont le bien-fondé pourrait être contesté en raison des circonstances. L'affirmation de la nécessité d'un encadrement des aides nationales en situation de crise procède d'une justification tirée de l'état d'exception lui-même. Cet « argument de l'habilitation »<sup>55</sup> s'avère une ressource importante pour l'autorité communautaire dans ce contexte particulier, puisqu'il lui suffit « d'invoquer une norme d'habilitation pour justifier, de la manière la plus péremptoire et la plus définitive, toute production normative imaginable »<sup>56</sup>. Justification d'autant plus aisée en l'occurrence que l'article 87, § 3, *b* ne précise pas les mesures qui doivent être prises pour remédier à la situation de trouble, en sorte que cette disposition attribue une compétence générale à la Commission à cette fin. Cette logique argumentative souligne à son tour la part décisionnelle inhérente à l'exercice de son quasi-pouvoir réglementaire, dans la mesure où « la norme d'habilitation est [...] conçue comme une condition suffisante de la production de normes juridiques »<sup>57</sup>.

Pourtant, la Commission présente ces normes de telle façon qu'il paraît impossible de s'y soustraire, sauf à mettre en péril le marché intérieur. La nature de norme d'habilitation de l'article 87, § 3, *b* du traité est masquée par la mise en avant de la fonction technique du droit des aides. Cette nécessité de l'encadrement juridique des mesures nationales se nourrit ainsi d'une interprétation de la crise

---

<sup>50</sup> Communication préc., pt. 12.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pt. 15.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*, pt. 14.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pt. 16 (souligné par nous).

<sup>55</sup> Sur cette notion, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, n° 943 et s.

<sup>56</sup> *Ibid.*, n° 953.

<sup>57</sup> *Ibid.*, n° 954.

financière *en effet* comprise comme une simple perturbation à laquelle il faut remédier. Le marché joue ici le rôle d'un référentiel commun aux États et à la Commission. Les premiers comme la seconde interviennent au nom de son bon fonctionnement, qui est une préoccupation partagée ou encore un « intérêt européen commun », expression qui figure au même article 87, § 3, *b* du traité<sup>58</sup>. Ce sont en fin de compte des exigences d'efficacité qui guident l'interprétation de cet article. La Commission doit veiller, « en coopération avec les États membres », à ce que les mesures nationales « atteignent leur objectif », et que les distorsions de concurrence soient « limitées au maximum »<sup>59</sup>. En indiquant aux États le comportement à suivre pour restaurer la confiance des marchés, les orientations normatives de la Commission suffisent à tenir en échec le conflit de la nécessité et du droit au profit d'une convergence de l'intérêt communautaire et des intérêts nationaux. L'adaptation du cadre juridique est ainsi sans préjudice des principes qui guident en temps normal la politique de l'Union dans ce domaine.

Le mode prescriptif employé par la Commission n'en demeure pas moins problématique. Certes, le langage du droit apparaît un médiateur entre des intérêts *a priori* opposés mais rendus compatibles en dépit des circonstances. Pour autant, la déclaration de péril que représente la mise en œuvre de l'article 87, § 3, *b* est la conséquence d'un choix politique de la Commission. La « nécessité du droit » est davantage l'instrument d'un réajustement des positions institutionnelles entre celle-ci et les États membres qu'une évidence : « la norme d'habilitation ne s'impose pas d'elle-même [...]. Elle est justifiée parce que des acteurs visent un but, et parce qu'elle constitue le moyen de l'atteindre »<sup>60</sup>. Le recours au droit est donc à visée pratique. Or, s'il constitue une solution, même temporaire, au conflit suscité par la situation d'espèce, reste que l'obligation juridique peut n'être pas le motif véritable de l'action des États lorsqu'ils projettent d'octroyer une mesure d'aide. À l'instar de la Commission, ils sont contraints à l'action pour surmonter la situation de péril. Leur opinion publique attend d'eux des résultats probants et rapides, l'urgence les pousse à intervenir. Dès lors, le fait n'emporte-t-il pas la décision, non le respect de la légalité ? Si tel était le cas, le dépassement du conflit ne serait qu'apparent et le droit, réduit à figurer un encadrement fictif des interventions nationales.

---

<sup>58</sup> Cf. à ce sujet la déc. 98/490/CE du 20 mai 1998 concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, *JOCE* n° L 221 du 8 août 1998, p. 28, pt. 10.1 : « [...] Il ne s'agit pas non plus d'une aide destinée à remédier à une grave perturbation économique, puisque l'aide vise à remédier aux difficultés d'un seul bénéficiaire, le CL, et non pas à des difficultés aiguës de tous les opérateurs du secteur. Par conséquent, l'aide octroyée ne peut pas non plus être qualifiée comme étant d'intérêt européen commun ».

<sup>59</sup> Communication du 13 oct. 2008, préc., pt. 53.

<sup>60</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, n° 1083.

## II – LE DÉPLACEMENT DU CONFLIT

De prime abord, la règle de droit s'impose comme un élément indispensable au bon fonctionnement du marché intérieur troublé par la crise financière. Par l'exercice de son pouvoir normatif, la Commission manifeste avec force que les États membres appartiennent à une « Communauté de droit »<sup>61</sup> et que leurs interventions doivent se conformer aux normes juridiques de l'ordre concurrentiel. Sa Communication du 13 octobre 2008 concilie deux préoccupations contraires : faciliter l'action correctrice des États afin de prévenir le risque systémique sans renoncer aux principes de la régulation marchande. Le cadre ainsi élaboré est porteur de prévisibilité dans un contexte de trouble économique ; il est source de sécurité juridique en garantissant la coordination des initiatives nationales. Pour autant, cette nouvelle légalité emporte-t-elle la soumission effective des États à la règle de droit ? Les orientations communautaires ont en effet pour objet de faciliter l'octroi des aides dans des circonstances exceptionnelles, en sorte que les interventions publiques semblent être devenues « les seuls outils appropriés aux temps de crise »<sup>62</sup>. Loin de traduire une réaction transnationale aux difficultés financières du moment, la crise aurait réactivé les égoïsmes nationaux et favorisé la « fragmentation et [...] la renationalisation des systèmes financiers »<sup>63</sup>. La réaffirmation de la norme ne serait dès lors qu'une légalité de façade, un reflet trompeur *occultant* le conflit de la nécessité et du droit. La crise marquerait un affaiblissement réel de la soumission à la règle et non sa permanence.

De fait, « les circonstances exceptionnelles, tout en justifiant des violations de la loi, n'excluent pas l'application d'un statut juridique »<sup>64</sup>. Or, celui-ci ne se donne pas seulement à voir à travers l'exercice du pouvoir normatif de la Commission. L'examen au cas par cas des différents projets d'aides devrait aussi permettre de mesurer, le cas échéant, l'existence d'un écart entre la pratique normale de l'autorité communautaire et la réalité du droit des aides en temps de crise afin de faire apparaître le caractère exceptionnel de cette légalité de circonstances (1). Le recours à l'habilitation de l'article 87, § 3, *b* du traité conduit ainsi à douter de la résolution du conflit né de la situation de péril. Cette dernière ne consacrerait-elle pas davantage une exception à la légalité que le maintien de ce dernier principe (2) ?

---

<sup>61</sup> Sur cette notion, v. J. RIDEAU, « L'incertaine montée vers l'Union de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, pp. 1-10.

<sup>62</sup> Selon l'expression de E. COHEN, « Risque systémique et droit de la concurrence », Éditorial, *Concurrences*, n° 1-2009, pp. 1-2.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> L. NIZARD, *Les circonstances exceptionnelles...*, *op. cit.*, p. 257.

### 1) Une légalité d'exception

Le constat de péril partagé par les États et la Commission laisse entrevoir une solution négociée à la crise dont les orientations communautaires précitées du 13 octobre 2008 seraient la première expression. Elle n'en est pas la seule : ces dispositions se trouvent aujourd'hui complétées par d'autres communications qui en précisent les termes<sup>65</sup>. Cette activité continue témoigne également d'une codification progressive de la pratique de la Commission envers les secteurs bancaire et financier en période de crise. L'urgence apparaît de la sorte compatible avec l'élaboration d'un corpus juridique adéquat pour rétablir la confiance des marchés. Néanmoins, la portée effective des principes qui structurent la politique communautaire des aides peut être nuancée dans un tel contexte. En effet, lorsque la nécessité est ressentie, « les autorités agissent en obéissant à la nécessité et non aux prescriptions de la loi »<sup>66</sup>. Dès lors, comment s'assurer que les mesures étatiques nationales respectent bien la discipline des aides dans une situation caractérisée par l'urgence d'agir ? Cette question ne peut être résolue sans s'interroger d'abord sur la capacité de la Commission à contrôler les projets d'aides en cause.

De ce point de vue, la communication du 13 octobre 2008 ne rompt pas avec les règles applicables en période normale. En particulier, la légalité de l'aide continue d'être subordonnée à sa notification préalable<sup>67</sup>. L'article 88, § 3 oblige les États à informer en temps utile la Commission des projets qu'ils entendent mettre en œuvre. L'État membre concerné doit en outre fournir « tous les renseignements nécessaires » pour lui permettre de prendre une décision<sup>68</sup>. Tel est aussi le cas des projets d'aides visés par ces nouvelles orientations. La communication indique qu'il est « essentiel que les États membres informent la Commission de leurs intentions et notifient leurs projets d'aide en fournissant un *maximum d'informations* et le *plus vite possible*, en tout état de cause avant la mise en œuvre de la mesure »<sup>69</sup>. Dès lors, même si les mesures envisagées sont conformes aux dispositions prévues par le texte,

---

<sup>65</sup> Communication 2009/C 10/03 du 5 déc. 2008 relative à la recapitalisation des établissements financiers dans le contexte de la crise financière actuelle : limitation de l'aide au minimum nécessaire et garde-fous contre les distorsions indues de concurrence, *JOUE* n° C 10 du 15 janv. 2009, p. 2 ; Communication 2009/C 16/01 du 17 déc. 2008 portant sur un cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, *JOUE* n° C 16 du 22 janv. 2009, p. 1 ; obs. J. DERENNE et C. GIOLITO, *Concurrences*, n° 1-2009, chron., pp. 141-143.

<sup>66</sup> F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 371.

<sup>67</sup> Sur la légalité des aides nouvelles, cf. par ex. L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P. JAN SLOT, *e.a.*, *EC State Aids*, *op. cit.*, par. 25-020 et s.

<sup>68</sup> Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *JOCE* n° L 83 du 27 mars 1999, p. 1, art. 2.2.

<sup>69</sup> Communication du 13 oct. 2008, préc., pt. 53 (souligné par nous).

elles ne pourront être approuvées qu'après que l'autorité communautaire en aura eu connaissance. Néanmoins, la situation de nécessité menace d'exacerber une tentation des États déjà forte en période normale, et de soustraire une partie des aides au sauvetage à cette obligation. L'intérêt de la procédure est également limité en pratique. Dans l'urgence, la notification devient informelle et risque de n'être pas aussi complète qu'à l'habitude, bien que la Commission ait à plusieurs reprises adressé aux États des demandes de renseignements complémentaires, ainsi que l'y autorise l'article 5 du règlement n° 659/1999<sup>70</sup>. Le traitement rapide des projets d'aides auquel s'est engagé la Commission aggrave cet allègement des procédures. Le texte de la communication garantit en effet « l'adoption rapide des décisions dès réception d'une notification complète, si nécessaire dans les 24 heures et au cours d'un weekend »<sup>71</sup>. Anecdotique en apparence, cette dernière disposition masque surtout l'absence d'une procédure spécifique et adaptée aux circonstances. Force est d'admettre que l'état d'exception constitué par la crise emporte un amoindrissement des garanties de forme et de procédure qui entourent en temps normal la prise de décision. Ainsi, le délai de deux mois prévu pour l'examen préliminaire des aides notifiées<sup>72</sup> n'est pas applicable compte tenu de l'urgence. Cette réduction des délais ne saurait surprendre : conséquence naturelle de l'état d'exception<sup>73</sup>, elle n'en est pas moins difficilement acceptable au regard de la complexité technique des dossiers<sup>74</sup>.

Qu'en est-il des décisions prises par la Commission sur le fondement de l'article 87, § 3, *b* du traité ? Les principes généraux énoncés dans sa communication sont-ils le gage d'une protection adéquate de l'ordre concurrentiel ? Sans doute faut-il se résoudre à le croire sans qu'il soit possible de le démontrer<sup>75</sup>. Quand bien même les aides nationales seraient octroyées selon les principes qui figurent dans les textes, cette conformité au cadre légal ne permet pas d'établir de façon irréfragable qu'elles sont nécessaires et efficaces<sup>76</sup>. Deux raisons au moins expliquent qu'un tel écart puisse survenir. La première, de nature théorique, est liée au problème de l'aide

---

<sup>70</sup> V. par ex. Comm. CE, déc. du 3 déc. 2008, *Fortis*, n° NN 42/2008.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Art. 4.5 du règlement n° 659/1999 *op. cit.*

<sup>73</sup> P.-L. FRIER, *L'urgence*, LGDJ, 1987, Bibliothèque de droit public, n° 232.

<sup>74</sup> Il faut néanmoins tenir compte des négociations qui peuvent précéder la prise de décision elle-même, comme par ex. dans le cas du sauvetage de Bradford & Bingley au Royaume-Uni à la fin du mois de septembre 2008.

<sup>75</sup> Pour un panorama, v. D. GÉRARD, « EC competition law enforcement at grips with the financial crisis : Flexibility on the means, consistency in the principles », *Conurrences*, n° 1-2009, pp. 46-62.

<sup>76</sup> Dans ce sens, L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P. JAN SLOT, *e.a.*, *EC State Aids, op. cit.*, § 2-021 ; Adde P. NICOLAIDES & S. BILAL, « An Appraisal of the State Aid Rules of the European Community : Do they Promote Efficiency ? », *Journ. World Trade*, 1999, Vol. 33 (2), pp. 97-124.

optimale<sup>77</sup>. Certes, l'octroi d'une aide suppose une défaillance du marché. Mais l'inverse n'est pas vrai : le constat d'une rupture de la régulation marchande ne suffit pas à justifier l'aide, laquelle ne constitue d'ailleurs « en général qu'un pis-aller pour parvenir à une affectation optimale des ressources »<sup>78</sup>. Si l'aide doit être réduite à son montant minimum, il est très difficile de calculer son plafond, de sorte que l'autorité de concurrence déterminera « si une défaillance de marché existe et est significative ou pas », sans être en mesure de réaliser une évaluation quantitative de celle-ci<sup>79</sup>. Ce problème est accentué lorsque la défaillance des marchés est globale. D'une part, toutes les entreprises ne sont pas affectées de manière identique<sup>80</sup> ; d'autre part, la définition des critères d'éligibilité se révèle d'autant plus délicate que les opérateurs potentiellement concernés se trouvent dans des situations différentes<sup>81</sup>. De ce fait, le cadre juridique élaboré par la Commission pose moins des limites intangibles aux interventions des États membres qu'il ne donne une échelle de ce qui est licite.

En second lieu, il est d'autant plus difficile de définir la proportionnalité de l'aide que le contenu de l'objectif poursuivi – le retour à la stabilité financière – n'est pas déterminé avec précision. Lorsque la Commission énonce que « toutes les mesures d'aide générales doivent [...] être proportionnées au défi à relever et ne pas excéder ce qui est nécessaire à cet effet »<sup>82</sup>, elle n'oppose aucune barrière solide à l'appréciation subjective des États. La nécessité peut en effet se concevoir de deux manières : selon un rapport de convenance, à savoir que l'acte doit être approprié pour atteindre le résultat recherché ; ou bien de réelle nécessité, c'est-à-dire que l'acte doit être « le moyen nécessaire pour atteindre la fin en question »<sup>83</sup>. Cette distinction est cependant très relative en pratique, et elle l'est encore plus en période

---

<sup>77</sup> Outre L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P. JAN SLOT, *e.a.*, *ibid.*, V. RABASSA, « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? », *Concurrences*, n° 1-2006, pp. 65-68.

<sup>78</sup> La Commission en convient dans son *Plan d'action dans le domaine des aides d'État*, COM (2005) 107 final, pt. 23, disponible sur son site Internet.

<sup>79</sup> V. RABASSA, « Quelle place pour l'analyse économique... », *op. cit.*, p. 67.

<sup>80</sup> D'où l'importance pour la Commission de distinguer « entre, d'une part, les banques fondamentalement saines et performantes et, d'autre part, les banques en difficulté présentant une moindre efficacité » afin d'assurer l'équilibre entre « la stabilité financière et les objectifs en matière de concurrence » (Communication 2009/C 10/03 du 5 déc. 2008 relative à la recapitalisation des établissements financiers, préc., pt. 12).

<sup>81</sup> Par ex., si l'injonction de capital au profit des institutions financières doit se réaliser en contrepartie d'un prix raisonnable, celui-ci ne peut être déterminé qu'au cas par cas pour les « banques fondamentalement saines ». Cette rémunération « variera pour chacune des banques en fonction de différents paramètres : a) le type de capital choisi [...] ; b) le taux d'intérêt de référence, qui doit être adéquat et sans risque ; c) le profil de risque spécifique [...] » (*ibid.*, pt. 28).

<sup>82</sup> Communication du 13 oct. 2008, préc., pt. 15.

<sup>83</sup> Sur cette distinction, que l'on doit à C. EISENMANN, se reporter à L. NIZARD, *Les circonstances exceptionnelles...*, *op. cit.*, pp. 123 et s.

de crise. Dire si une mesure d'aide est strictement nécessaire au rétablissement de la stabilité financière en raison de la perturbation grave qui affecte l'économie européenne implique « en fait [...] un choix arbitraire entre de multiples rapports de convenance »<sup>84</sup>. La nécessité des aides étatiques ne peut donc se concevoir sans une part d'artifice. Les mesures de recapitalisation sont particulièrement sensibles à ce point de vue. La Commission souligne certes que ce type d'aide doit revêtir un caractère approprié, puisqu'en « tout état de cause, les États membres devraient veiller à ce que toute recapitalisation bancaire réponde à un véritable besoin »<sup>85</sup>. Mais la communication est peu précise lorsqu'il s'agit de définir leurs modalités concrètes. Le texte se contente d'indiquer qu'elles devraient être conçues de façon à ne pas offrir « de subvention trop importante par rapport aux autres options actuellement disponibles sur le marché »<sup>86</sup>, ce qui reste bien flou.

Force est donc d'admettre un déséquilibre au détriment de la légalité. Celui-ci interroge à son tour la portée réelle des principes réaffirmés par l'autorité de contrôle : ils risquent d'être inopérants si la compatibilité des mesures nationales est en définitive admise parce qu'elles « tirent directement leur force juridique de leur nécessité propre »<sup>87</sup>. Une telle conclusion ne saurait surprendre : l'état d'exception rend inutile « la médiation du droit »<sup>88</sup> dans la mesure où la défense de l'ordre menacé par la crise constitue un motif suffisant d'action des États. Sans rendre impossible l'observation de la légalité, celle-ci n'en est pas moins heurtée dans son principe. L'état de nécessité tend à restaurer le fait politique contre le respect de la règle, tout en tolérant cette dernière. Le conflit de la nécessité et du droit s'en trouve par conséquent déplacé, à défaut d'avoir disparu. La nécessité se fait droit, elle emprunte les traits, utilise son langage. La règle devient essentiellement directive, elle perd son caractère impératif, se vide de sa substance.

## 2) Une exception à la légalité ?

Dès lors, la nécessité postule-t-elle la disparition du droit ? Le déséquilibre en faveur de l'opportunité est-il total ? Comment concevoir un retour à la légalité ? L'actualité de ces questions dépend du rythme de la perturbation elle-même. On sait que la dérogation de l'article 87, § 3, *b* du traité ne peut être invoquée que « tant que la situation de crise le justifie »<sup>89</sup>. À cette fin, la Commission soumet les régimes

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>85</sup> Communication 2009/C 10/03 du 5 déc. 2008, préc., pt. 11.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pt. 19.

<sup>87</sup> Selon la formule de L. NIZARD, *Les circonstances exceptionnelles...*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>88</sup> F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, *op. cit.*, p. 374.

<sup>89</sup> Communication du 13 oct. 2008, préc., pt. 12.

d'aides de portée générale à un examen périodique, les États devant lui présenter « tous les six mois au moins » un rapport sur leurs résultats<sup>90</sup>. L'utilité d'un tel suivi n'est pas à démontrer. Mais le dispositif ressort davantage d'un mécanisme de gestion de crise, de la surveillance administrative que de la règle de droit. La Commission dispose d'un instrument de pilotage efficace dont la mise en œuvre est néanmoins tributaire d'appréciations malaisées, ne serait-ce que pour déterminer à quelle date la crise prend fin. La crise coïncide donc pour le moins avec une approximation de la légalité qui résulte de l'incertitude des moyens à employer pour rétablir la stabilité financière. On a également vu ce que cette « légalité élargie » pouvait avoir de factice. Pour autant, la Commission n'est pas le seul interprète authentique du traité. Si l'Union européenne constitue une « Communauté de droit », c'est en effet parce que « [...] ni les États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité » et que celui-ci a « établi un système complet de voies de droit et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions »<sup>91</sup>. Le rôle du juge peut dès lors s'avérer essentiel pour établir une véritable légalité de crise et déterminer de manière plus exacte les conditions comme les effets du recours à l'article 87, § 3, b du traité<sup>92</sup>.

Certes, le juge n'intervient qu'*a posteriori*. Néanmoins, son action ne doit pas être négligée, dans la mesure où elle est susceptible de « défaire demain ce que l'on a autorisé aujourd'hui »<sup>93</sup>. Il reste que l'attitude exacte du juge est difficile à anticiper. Si d'aucuns en appellent d'ores et déjà à sa « compréhension » et souhaitent qu'il ne s'enferme pas dans une « orthodoxie juridique excessive »<sup>94</sup>, l'appréciation qu'il pourrait être amené à porter en cas de litige dépendra *in fine* de sa conception de « l'intérêt commun » des États membres pendant la période de crise. Or, cette dernière appelle des appréciations d'ordre qualitatif qui relèvent d'un choix souverain. Il est toutefois possible d'indiquer certains points sur lesquels le juge sera susceptible d'exercer son contrôle.

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, pt. 13.

<sup>91</sup> CJCE, 23 avr. 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt. 23.

<sup>92</sup> La juridiction communautaire peut notamment être saisie d'un recours en annulation sur le fondement de l'art. 230 du traité CE. S'il s'agit d'un concurrent de l'entreprise bénéficiaire de l'aide, il doit démontrer un intérêt direct et individuel (art. 230 § 4). Nous n'abordons pas la question du rôle éventuel des juridictions nationales. Pour un ex. récent, v. les obs. de J. DERENNE & C. KACZMAREK sur un arrêt de la CA Bruxelles du 12 déc. 2008 relatif aux aides octroyées à Fortis, in *e-Competitions*, Feb. 2009-I, n° 23834.

<sup>93</sup> La formule est de E. COHEN, « Risque systémique... », *op. cit.*, p. 2.

<sup>94</sup> D. de BÉCHILLON, *Les Échos*, 20 nov. 2008, p. 12.

Sans contester l'appréciation de l'autorité de concurrence selon laquelle la crise financière est constitutive d'une « perturbation grave de l'économie d'un État membre », le juge pourrait tout d'abord vérifier les éléments de fait constitutifs de cette perturbation. La Cour s'est par exemple livrée à un tel examen dans une décision C-301/96 où elle a rejeté l'application de l'article 87, § 3, *b* du traité CE, motif pris que l'État membre n'avait pas démontré que la situation en cause « aurait eu pour conséquence une perturbation grave de l'économie de la République fédérale d'Allemagne »<sup>95</sup>. De même, dans une décision plus ancienne, la Cour de justice s'est référée à « des difficultés exceptionnelles et temporaires, dues à des circonstances imprévisibles », avant de poser que « le caractère imprévisible des circonstances justifiant l'octroi de tarifs spéciaux doit être apprécié au vu des éléments de fait qui caractérisent chaque cas d'espèce et suivant une estimation raisonnable »<sup>96</sup>. Sous couvert d'apprécier si ces éléments caractérisent une situation de nécessité, la Cour porte en fait un jugement sur l'existence d'un tel état. Ce faisant, elle se trouve au seuil d'un contrôle de la qualification juridique de la nécessité. Le constat de péril est donc susceptible d'un contrôle juridictionnel qui devrait permettre d'en circonscrire l'étendue temporelle et d'en étalonner l'intensité. « Le juge apprécie [...] lui-même s'il y a des circonstances exceptionnelles ou urgence dans un cas particulier »<sup>97</sup> : il lui est ainsi loisible d'en tirer les conséquences au regard des intérêts en présence, d'intégrer cette appréciation à son raisonnement juridique et donc de pondérer le respect des règles de concurrence avec l'importance qu'il attache, à un instant donné, à ce constat de nécessité. Il pourra dès lors être conduit à confirmer l'évidence de ce dernier, ou au contraire à la relativiser. Ce pouvoir de modulation n'est pas sans inconvénient, puisqu'il inclut une part de subjectivité du juge. Il n'en demeure pas moins utile pour déterminer, par exemple, si l'aide litigieuse n'a pas excédé ce qui était nécessaire compte tenu des circonstances qui prévalaient au moment de son octroi.

Si tel est le cas, le juge sera sans doute moins sensible à l'argument tiré d'une période exceptionnelle qu'aux circonstances particulières qui rendaient l'aide litigieuse nécessaire à un instant précis. L'existence d'une « perturbation grave de l'économie d'un État membre » ne saurait en effet suffire à démontrer que la défaillance du marché appelait inéluctablement l'octroi d'une aide étatique. En d'autres termes, seule la preuve d'une difficulté sérieuse ou d'une impossibilité pour rétablir la stabilité financière est de nature à justifier la mesure nationale compte tenu de la perturbation grave de l'économie de cet État. C'est au demeurant le sens de l'article 87, § 3, *b* aux termes duquel le constat d'une telle perturbation n'entraîne

<sup>95</sup> CJCE, 30 sept. 2003, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-301/96, préc., pt. 108.

<sup>96</sup> CJCE, 8 févr. 1968, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. 28-66, *Rec.* p. 1, p. 18.

<sup>97</sup> L. NIZARD, *Les circonstances exceptionnelles...*, *op. cit.*, p. 32.

pas la compatibilité de plein droit de l'aide. La distinction de la période anormale et des difficultés exceptionnelles qui en résultent prémunit contre une invocation trop commode des circonstances exceptionnelles. Il est d'ailleurs heureux que le constituant communautaire n'ait pas mentionné la notion de « crise » mais celle, plus neutre<sup>98</sup>, de perturbation dans le corps du traité CE. À ce titre, les requérants pourront légitimement attendre du juge qu'il définisse avec précision les exigences inhérentes à la stabilité financière. Le recul autorisé par le temps du procès devrait permettre de mieux évaluer l'atteinte au fonctionnement du marché causée par l'octroi de l'aide.

Reste que le prix de la stabilité financière n'est pas qu'un problème technique. Déterminer les effets précis du régime dérogatoire de l'article 87, § 3, *b* postule un jugement de valeur qui appelle en creux une conception du marché intérieur en période de crise. Le juge réduira-t-il la libre concurrence à la portion congrue ? Une conciliation équitable avec les libertés économiques est-elle concevable ? Compte tenu de la plasticité de ce régime juridique d'exception, la légalité des mesures nationales pourrait être admise d'autant plus facilement qu'elles auront entraîné un retour de la confiance sur les marchés. La juridiction communautaire n'hésite d'ailleurs pas à mettre en balance la nécessité de dispositions de circonstances avec le respect des libertés fondamentales garanties par le traité, au détriment de ces dernières. Dans un arrêt *Rewe Zentral* du 24 octobre 1973, la Cour de justice a ainsi confirmé la légalité de montants compensatoires qui, bien que constitutifs d'un cloisonnement du marché, tendaient à « assurer le maintien de courants d'échange normaux dans les circonstances exceptionnelles et provisoires provenant de la situation monétaire »<sup>99</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a estimé que « des distorsions de trafic dues uniquement à des causes monétaires pouvaient être considérées comme plus contraires à l'intérêt commun, compte tenu des objectifs de la politique agricole commune, que les inconvénients des mesures litigieuses ». Ces montants avaient « en outre, pour objet d'éviter la désorganisation, dans l'État membre en cause, du système d'intervention prévu par la réglementation communautaire ». La Cour prend toutefois la précaution d'ajouter que ces mesures n'avaient pas été prises unilatéralement par les États membres mais par le Conseil.

Dans ces conditions, le débat reste ouvert. Le contrôle juridictionnel est porteur d'une juridicisation de ce droit de nécessité, mais il peut aussi se révéler insuffisant pour rétablir le déséquilibre entre la légalité et l'opportunité des mesures de crise. Dès lors que le conflit ne peut être solutionné que par l'échec d'un des termes du problème, il faut admettre que son issue dépend de la conception extensive ou bien

---

<sup>98</sup> « [...] la notion de crise n'est pas neutre et [...], par suite, les réactions de l'État ne le seront pas non plus », avertissait déjà G. BRAIBANT, « L'État face aux crises », *op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>99</sup> CJCE, 24 oct. 1973, *Rewe Zentral AG c/ Hauptzollamt Kehl*, aff. 10-73, *Rec.* p. 1175, pt. 20.

rigoureuse du retour à la stabilité financière adoptée par le juge communautaire. Ce dernier ne parviendra donc pas à se soustraire à l'antagonisme du droit et de la nécessité. Sans être lui-même contraint par l'urgence, les conséquences de la nécessité menacent de s'imposer à lui et de perdurer malgré le dénouement de la crise.

\*

En définitive, le droit du marché n'échappe pas à la problématique de l'état de nécessité. La crise financière actuelle constitue à cet égard un excellent poste d'observation : elle met au jour le conflit des intérêts nationaux et de la normativité communautaire, souligne la dimension politique et les logiques institutionnelles qui sous-tendent l'application de ce corpus de règles. Elle montre que la « gravitation universelle » des intérêts ne se conçoit pas sans l'intervention parfois extraordinaire des États, garants en dernier ressort de la continuité de la vie économique.

Au terme de cette étude, est-il possible de retenir une définition de l'état de nécessité dans un tel contexte ? Celle-ci ne saurait être que provisoire et limitée par le champ de l'étude. On peut néanmoins entendre par cette formule « toute perturbation anormalement grave de l'économie d'un État membre qui rend indispensable, pour rétablir la stabilité financière et remédier au risque systémique, une dérogation à la discipline communautaire des aides d'État ». Encore convient-il de préciser la nature et les effets de cette dérogation. Celle-ci résulte d'une clause expresse du traité CE qui habilite la Commission à établir un cadre normatif spécifique, approprié à la situation. Les États membres ne sont pas soustraits aux principes qui structurent la politique communautaire en ce domaine. Du point de vue formel, la nécessité n'implique donc pas la disparition de la légalité. Elle ne la rend pas moins relative, sinon fictive, dès lors qu'elle devient le motif réel de l'intervention des États auprès des opérateurs économiques. Source d'une légalité élargie, la nécessité est aussi le facteur d'un affaiblissement durable de celle-ci. Enfin, l'état de nécessité interroge le rôle du juge même après la disparition de l'urgence, signe d'un hiatus durable entre la règle de droit et les exigences rémanentes de l'ordre public.

**RÉSUMÉ :**

*L'état de nécessité met en conflit deux intérêts : le respect du droit et sa violation qu'impose la sauvegarde d'un intérêt supérieur. La crise financière actuelle montre que l'intervention des États au soutien des institutions financières est de nature à amoindrir la discipline communautaire des aides d'État. Il semble pourtant que la Commission soit parvenue à dépasser ce conflit en s'appuyant sur l'article 87, § 3, b du traité, qui intègre l'état de nécessité dans un cadre légal et permet ainsi de désamorcer l'éventualité d'une violation de la règle. Pour autant, les principes réaffirmés par l'autorité de contrôle risquent d'être inopérants si la compatibilité des mesures nationales est en définitive admise parce qu'elles tirent leur force juridique de leur nécessité propre. L'état d'exception rendrait inutile la médiation du droit, dès lors que la défense de l'ordre menacé par la crise constitue un motif suffisant d'action des États. L'état de nécessité tend à restaurer le fait politique contre le respect de la règle, tout en tolérant cette dernière. Le conflit de la nécessité et du droit s'en trouverait par conséquent déplacé, à défaut d'avoir disparu.*

**SUMMARY:**

*The state of necessity creates a conflict between the respect of legality and its violation justified by the protection of the economic public order. Thus, the actual financial crisis tends to show that the national measures in favor of financial institutions undermine the principles of EC state aids policy. It seems however that the European Commission succeeded in going beyond this conflict by using article 87, § 3 littera b) EC which allows the Commission to authorize state aids to remedy serious disturbance in the economy of a Member State. But the principles structuring this policy may have no effect if the compatibility of these aids is based on the fact that they are themselves necessarily needed by the crisis. Article 87, § 3 littera b) would be of no utility if the defense of the economic order threatened by the events constitutes a sufficient basis for the granting of the aids. In this case, the state of necessity would deprive the rule of law of its force. The conflict between the necessity and the respect of legality would therefore only have been displaced.*

**BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

- BARETS P.-B., « Le droit des aides d'État appliqué aux secteurs de la banque et de l'assurance : Articulation avec les règles prudentielles et reconnaissance de l'intérêt public en droit communautaire », *Concurrences*, n° 1, 2007, pp. 40-46
- BLUMANN C. (dir.), *Les aides nationales dans la Communauté européenne*, Publ. de l'Université de Tours, 1987, 133 p.
- « Y a-t-il substitution de “ régulations ” communautaires aux “ régulations ” nationales en matière d'aides ? », in CEDECE, *L'entreprise dans le marché unique européen*, Paris, La Documentation française, 1995, pp. 63-87
- BRAIBANT G., « L'État face aux crises », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, pp. 5-9
- CAMUS G., *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, LGDJ, 1965, 428 p.
- CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, 1032 p.
- CINI M., « The soft law approach : Commission rule-making in the EU's state aid regime », *Journal of European Public Policy*, n° 8, 2001, pp. 192-207
- COHEN E., « Risque systémique et droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 1, 2009, pp. 1-2
- DRUESNE G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, Paris, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2006, 629 p.
- DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2006, 672 p.
- FRIER P.-L., *L'urgence*, Paris, LGDJ, 1987, Bibliothèque de droit public, 599 p.
- FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po & Dalloz, 2005, 334 p.
- GAGNAIRE F., *L'incompatibilité des aides d'État dans le contentieux communautaire*, thèse Amiens, 2001, 388 p.
- GAVALDA C. (dir.), *Les défaillances bancaires*, Paris, Cahiers Finance, Éthique, Confiance, 1995, 243 p.
- GÉRARD D., « EC competition law enforcement at grips with the financial crisis : Flexibility on the means, consistency in the principles », *Concurrences*, n° 1, 2009, pp. 46-62
- HANCHER L., OTTERVANGER T., JAN SLOT P., *EC State Aids*, London, Sweet & Maxwell, 2006, 3<sup>rd</sup> ed., 909 p.

- JOUANDET J., *Les régimes de crise*, thèse Paris, 1969, 387 p.
- KLEINER T., ALEXIS A., « Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun », *Concurrences*, n° 4, 2005, pp. 45-52
- LUCAS DE LEYSSAC C. & PARLEANI G., *Droit du marché*, Paris, PUF, Thémis, 2002, 1033 p.
- MARTIN S., STRASSE C., « La politique communautaire des aides d'État est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, n° 3, 2005, pp. 52-59
- NICOLAIDES P., BILAL S., « An Appraisal of the State Aid Rules of the European Community : Do they Promote Efficiency ? », *Journal of World Trade* 1999, Vol. 33 (2), pp. 97-124
- NIZARD L., *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1962, 293 p.
- PONTIER J.-M., *Les calamités publiques*, Paris, Berger-Levrault, 1980, 204 p.
- RABASSA V., « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? », *Concurrences*, n° 1, 2006, pp. 65-68
- *Revue d'économie financière*, « Crise financière : analyses et propositions », Hors série, 2008
- SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, Paris, PUF Léviathan, 2001, 392 p.
- SAPIR J., « Une décade prodigieuse. La crise financière entre temps court et temps long », *Revue de la régulation*, n° 3, 2008, en ligne : <http://regulation.revues.org>
- SAVY R., « Les pouvoirs économiques exceptionnels », *Pouvoirs*, n° 10, 1979, pp. 79-86
- SPECTOR D., « L'économie politique des aides d'État et le choix du critère d'appréciation », *Concurrences*, n° 2-2006, pp. 34-43
- TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Vol. 60, 813 p.
- ZACHMANN J., « Principes économiques de base et leur application aux marchés bancaires », in AEDBF-BELGIUM, *Le secteur bancaire et la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 31-62