

N° 417165 – Me P...

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 13 novembre 2020

Lecture du 27 novembre 2020

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, rapporteur public

Bien qu'elle concerne la faillite d'une compagnie aérienne intervenue il y a près de 18 ans, l'affaire qui vient d'être appelée, qui vous amènera à définir les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'Etat peut être engagée à raison des aides consenties à des entreprises en difficulté, entre singulièrement en résonnance avec l'actualité. Pour faire face au choc économique lié à la crise du coronavirus, l'Etat a en effet multiplié les dispositifs de soutien aux entreprises. Outre un système de garantie des prêts consentis par le secteur bancaire privé¹, l'octroi de prêts publics aux entreprises en difficulté a été facilité par l'intermédiaire notamment du Fonds de développement économique et social (FDES), dont le budget s'est envolé de 75 millions à un milliard d'euros au titre de l'année 2020². Dans le secteur aérien, l'Etat a été autorisé par la Commission européenne à venir en aide à Air France à hauteur de 7 milliards d'euros, sous forme de garantie et de prêt d'actionnaire, alors que la compagnie faisait face à l'effondrement de son activité.

C'est aussi pour éviter la disparition d'un important acteur de ce secteur stratégique que l'Etat a volé au secours d'Air Lib en 2002. Les sociétés de ce groupe, appartenant au Groupe Swissair, ont été placées en redressement judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Créteil du 19 juin 2001. Un plan de cession a été arrêté en juillet au profit de la société Holco, dans le cadre duquel le groupe Swissair s'est, notamment, engagé à verser une contribution financière³.

La société d'exploitation AOM Air Liberté (Air Lib) a été créée par la société Holco pour reprendre l'activité de transport aérien de personnes. Mais les difficultés financières,

¹ Article 6 de la loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020, modifié par l'article 16 de la loi n° 2020-394 du 25 avril 2020-394 de finances rectificative pour 2020.

² Jusqu'au 31 décembre 2020, les entreprises de plus de 250 salariés peuvent bénéficier de prêts du FDES, y compris à taux bonifiés, les PME étant éligibles à des dispositifs de prêts bonifiés et d'avances remboursables (art. 23 de la loi n° 2020-473) et les TPE de moins de 50 salariés à des prêts participatifs, assimilables à des quasi fonds propres, via le Fonds de solidarité des très petites entreprises.

³ En échange, le repreneur s'engageait à renoncer à toute action en responsabilité contre les anciens actionnaires.

aggravées par les détournements de fonds opérés à son profit par le repreneur⁴, ont rapidement conduit à l'échec le projet de reprise. Dès le mois de septembre 2001, le groupe Swissair, également en difficulté, a cessé de régler les échéances de sa contribution. Air Lib a alors sollicité l'aide de l'Etat.

Par une convention conclue le 9 janvier 2002, l'Etat a accordé à Air Lib un prêt du FDES d'un montant de 16,5 millions euros pour une durée de six mois, en lui imposant de mettre en œuvre un plan de restructuration permettant un retour à l'équilibre en 2003 et l'arrivée de nouveaux investisseurs. Air Lib apportait son fonds de commerce en nantissement et les sommes récupérées auprès du groupe Swissair devaient être prioritairement affectées au remboursement du prêt. Ce prêt a par la suite été abondé, à hauteur d'une somme totale de 30,5 millions euros, et prorogé jusqu'au 9 janvier 2003.

Par ailleurs, alors qu'Air Lib avait cessé en novembre 2001 de s'acquitter des cotisations à l'URSSAF, l'Etat lui a accordé un moratoire pour les créances antérieures au 31 juillet 2002, à condition qu'elle reprenne le paiement des échéances courantes. Air Lib ayant de nouveau suspendu ses paiements en septembre 2002, un nouveau moratoire lui a été accordé le 13 novembre 2002, prévoyant un report du remboursement de sa dette jusqu'au 9 janvier 2003, laquelle n'a, *in fine*, jamais été honorée. Au total, les subsides versés par les pouvoirs publics atteignent 130 millions d'euros⁵.

Le 5 juin 2003, le ministre des transports a retiré la licence d'exploitation d'Air Lib, faute d'engagement des investisseurs potentiels. A la veille de sa disparition, Air Lib constituait le 2^e groupe aérien français, assurant 6,5% du trafic annuel, dont le tiers des liaisons aériennes vers les DOM et la Polynésie française. Elle employait 3200 salariés. Et elle laissait impayé un passif de plus de 200 millions d'euros.

Le tribunal de commerce de Créteil a ouvert une procédure de liquidation judiciaire le 17 février 2003 et désigné Me P... et Me S... en qualité de mandataires liquidateurs. Un expert a été désigné aux fins de déterminer la date réelle de la cessation de paiements d'Air Lib, lequel a estimé, dans un rapport du 30 juillet 2004, que la société ne pouvait plus faire face à son passif social dès le mois de novembre 2001.

En décembre 2007, les mandataires liquidateurs ont demandé à l'Etat le versement d'une indemnité de 200 millions d'euros au motif que les aides accordées à Air Lib lui avaient permis de poursuivre artificiellement son activité, ce qui avait eu pour conséquence d'aggraver son passif au détriment des créanciers de la société. L'Etat ayant implicitement rejeté cette demande, les mandataires ont saisi le tribunal administratif de Melun d'une requête aux mêmes fins. Le juge des référés de ce tribunal a désigné un expert aux fins de

⁴ Jean-Charles Corbet, à la tête de la holding Holco, a été condamné pour avoir détourné à son profit une partie des sommes versées par Swissair, à hauteur de 15 millions d'euros, par un jugement du tribunal correctionnel de Paris du 25 septembre 2007, confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 février 2009.

⁵ Rapport n° 906 du 11 juin 2003 fait par MM. Patrick Ollier et Charles de Courson au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les causes économiques et financières de la disparition d'Air Lib.

déterminer, d'une part, si les concours de l'Etat avaient retardé l'ouverture de la procédure collective et, d'autre part, d'évaluer la part du passif résultant de la poursuite de l'activité. L'expert a conclu que la situation d'Air Lib pouvait être regardée comme irrémédiablement compromise dès janvier 2002, l'insuffisance d'actif s'étant aggravée de plus de 160 millions d'euros entre cette date et l'ouverture de la liquidation. Les mandataires liquidateurs ont, en conséquence, chiffré le montant de l'indemnité réclamée à l'Etat à hauteur de 163.701.802 euros.

Par un jugement du 25 juin 2014, le tribunal administratif de Melun a rejeté la demande des mandataires. La cour administrative d'appel de Paris a confirmé cette solution par un arrêt du 9 novembre 2017⁶, dont Me P... vous demande l'annulation.

1. Un mot tout d'abord quant à la compétence de la juridiction administrative pour connaître d'une telle action.

Il ne s'agit pas ici d'une action en comblement d'insuffisance d'actif, laquelle doit être exercée devant le juge de la procédure collective, à savoir le juge judiciaire. Prévue par l'article L. 651-2 du code de commerce, celle-ci permet, lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, de faire supporter celle-ci, en tout ou en partie, par les dirigeants de droit ou de fait en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance. Si le Tribunal des conflits juge que la responsabilité des personnes de droit public agissant dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public administratif ne peut être recherchée sur le fondement de ces dispositions, une telle action est en revanche ouverte lorsque la structure privée en cours de liquidation exerçait une activité à caractère industriel ou commercial comme en l'espèce (TC, 15 novembre 1999, Comité d'expansion de la Dordogne, n° 03153, au recueil⁷, complétée par TC, 20 novembre 2006, Société d'économie mixte « Olympique d'Alès en Cévennes », n° 3570, au recueil, concl. D. Chauvaux⁸).

Toutefois, il n'est pas soutenu que l'Etat aurait agi en dirigeant de fait de la société Air Lib. Sa responsabilité est uniquement recherchée en sa qualité d'auteur de concours financiers. Il vous faut donc déterminer si ces concours relèvent d'une mission de service public administratif, en examinant les critères traditionnels de l'objet du service, de l'origine de ses ressources et de ses modalités de fonctionnement. Lorsqu'il accorde un prêt à une entreprise en restructuration via le FDES, l'Etat poursuit un objectif d'intérêt général spécifique, qui est de permettre le maintien du tissu industriel et de l'emploi. Si les prêts accordés sont remboursables et rémunérés⁹ et que les opérations sont inscrites sur un compte de concours

⁶ Voir la note publiée sur cet arrêt par le rapporteur public Julien Sorin à l'AJDA 2018, p. 44.

⁷ AJDA 1999, p. 1042, chron. P. Fombeur et M. Guyomar.

⁸ Cette décision retient, comme critère exclusif de la répartition des compétences, la nature du service confié à la structure privée en cours de liquidation et abandonne le critère relatif à la qualité de dirigeant de droit ou de fait de la personne publique, précédemment retenu par la jurisprudence *Préfet de la Loire c/ tribunal de commerce de Saint-Etienne* du TC, 23 janvier 1989, n° 02561, au rec.

⁹ La doctrine d'emploi des prêts du FDES, publiée postérieurement aux faits en litige, prévoit que le taux de prêt est délibérément fixé à un taux supérieur à celui du marché (circulaire du 26 novembre 2004 relative à l'action

financiers dédié¹⁰, les modalités du soutien de l'Etat ne nous semblent pas assimilables à celles du secteur privé dans la mesure où il vient remédier à une défaillance du marché. Cette intervention nous paraît correspondre à l'exercice d'une mission de service public administratif, et relever, à ce titre, de la compétence des juridictions administratives. La compétence administrative ne fait par ailleurs, pas de doute, s'agissant de l'engagement de la responsabilité de l'Etat à raison des moratoires consentis à Air Lib pour le paiement de ses charges sociales.

2. Un mot ensuite quant à la qualité pour agir de Me P..., mandataire liquidateur de la société Air Lib.

Le mandataire d'une société placée en liquidation, qui a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers en vertu des articles L. 622-20 et L. 641-4 du code de commerce, est recevable à demander la réparation des préjudices subis par les créanciers à raison d'une aide consentie par l'Etat. Ceci peut avoir pour effet paradoxal que les sommes versées au titre d'une éventuelle condamnation reviendront en partie à l'Etat au moment de l'apurement du passif, dans la mesure où il est lui-même créancier de la société¹¹ – et, le plus souvent, un créancier privilégié¹². Le ministre de l'économie indique d'ailleurs en défense qu'au cas d'espèce, le passif de plus de 200 millions d'euros de la société Air Lib est, en majeure partie, composé de créances publiques ou envers les organismes sociaux.

3. Venons-en maintenant au cœur du litige, concernant les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour faute.

3.1. Si vous vous êtes prononcés à plusieurs reprises sur les conditions dans lesquelles une personne publique accordant une aide financière engage sa responsabilité vis-à-vis de l'entreprise soutenue ou de ses concurrents, notamment dans le cas où le concours est accordé en méconnaissance des règles applicables en matière d'aides d'Etat¹³, votre jurisprudence est vierge s'agissant de l'engagement de la responsabilité des personnes publiques à l'égard des créanciers de l'entreprise aidée, hors le cas très particulier de la gestion de fait¹⁴.

de l'Etat dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises ; circulaire du 9 janvier 2015 relative aux modalités d'accueil et de traitement des entreprises confrontées à des problèmes de financement).

¹⁰ Compte de concours financier du programme 862 « Prêts pour le développement économique et social ».

¹¹ De la même manière que la condamnation d'un créancier de droit privé à réparation pour octroi d'un crédit ruineux ou soutien abusif ne le prive pas du bénéfice de la répartition en fonction de son rang (Cass. Com., 22 janvier 2020, 18-20.362, inédit).

¹² Un tel privilège résulte en l'espèce, du privilège reconnu par la loi au Trésor, s'agissant des dettes fiscales et du nantissement du fonds de commerce d'Air Lib, s'agissant du prêt du FDES.

¹³ Notamment, CE, 7 juin 2017, Société Le Muselet Valentin, n° 386627, aux tables ; CE, 25 octobre 2018, Société Ryanair, n° 408789, aux tables.

¹⁴ Dans l'affaire CE, 5 décembre 2005, n° 259748, Département de la Dordogne, p. 552, la responsabilité du département a été reconnue à raison de fautes commises par le département dans la gestion du comité d'expansion de la Dordogne, lequel ne disposait d'aucune autonomie à l'égard de la collectivité.

Me P... plaideait devant les juges du fond pour l'importation en droit public du régime de responsabilité des créanciers privés à raison de l'octroi abusif de crédit, tel qu'il était mis en œuvre par le juge judiciaire jusqu'en 2005¹⁵.

La Cour de cassation a reconnu aux créanciers d'une entreprise placée en liquidation judiciaire la faculté de rechercher la responsabilité d'un établissement de crédit, sur le fondement de l'article 1382 du code civil¹⁶, lorsque ce dernier a apporté un soutien artificiel à l'entreprise dont il connaissait, ou aurait dû connaître s'il s'était informé, la situation irrémédiablement compromise¹⁷. La faute consiste à avoir conféré à l'entreprise une apparence trompeuse de solvabilité alors qu'elle ne disposait d'aucune possibilité de redressement¹⁸ : en l'absence du concours fautif, les tiers ne se seraient pas engagés et une partie de l'endettement aurait été évitée. La banque est alors tenue de réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'elle a contribué à créer.

Estimant que les banques s'abritaient derrière ce risque contentieux pour adopter une politique de crédit trop frileuse – même si les condamnations étaient extrêmement rares en pratique - le législateur a aménagé ce régime jurisprudentiel pour retenir un principe d'immunité assorti d'exceptions strictes. L'article L. 650-1 du code de commerce, issu de la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises¹⁹ prévoit désormais que les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées. La Cour de cassation a précisé que la responsabilité du créancier ne peut être retenue, dans le cadre de ce nouveau régime, que si les concours consentis sont eux-mêmes fautifs, au sens de sa jurisprudence traditionnelle²⁰. Il semble que la réforme ait eu un effet radical : un observateur a recensé en 2020 une seule condamnation intervenue depuis son entrée en vigueur²¹.

¹⁵ Dans un arrêt revêtant un parfum de soutien abusif, la cour administrative d'appel de Paris avait retenu l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour faute simple à raison de concours financiers accordés à une société coopérative. Estimant que ces aides avaient induit en erreur les créanciers, pour lesquels l'engagement de l'Etat constituait un élément déterminant dans leurs décisions économiques, elle l'avait condamné à combler une partie du passif de la société (9 août 2000, Me Charrière, syndic de la SCOPD Manufrance, n° 96PA01232).

¹⁶ L'article 1382 du code civil fonde la responsabilité des établissements de crédit vis-à-vis des tiers, tels que les créanciers du débiteur. L'article 1147 du code civil peut être invoqué par les clients recherchant la responsabilité contractuelle de leur banque notamment en cas de crédit ruineux ou de prise de garanties disproportionnées.

¹⁷ Cass. Com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, publiée au Bulletin.

¹⁸ La situation irrémédiablement compromise se distingue de la cessation de paiements (Cass. com., 23 oct. 2001, n° 97-14432). Il doit être démontré que la situation condamnait irrémédiablement la société à la liquidation ou à la ruine de l'entreprise, sans possibilité de redressement (Cass. com., 11 mai 2010, n° 09-12.906 et 09-13.347, F-D, SA BNP-Paribas c/ Arbos ; Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-21.414).

¹⁹ Ces nouvelles dispositions s'appliquent aux procédures collectives ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2006 (Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-17.936).

²⁰ Cass. com., 27 mars 2012, n° 20-0077.

²¹ T. Favard, « La responsabilité des créanciers pour les concours consentis », Revue des procédures collectives n° 1, janvier 2020, dossier 6.

3.2. Pour rejeter la demande de Me P..., le tribunal administratif de Melun s'en est tenu à un raisonnement classique en matière de responsabilité de la puissance publique, en retenant, eu égard aux objectifs poursuivis par l'Etat et aux difficultés d'appréciation du contexte dans lequel sont accordées les aides financières, un régime de faute lourde.

La cour administrative d'appel de Paris a, quant à elle, adopté une solution originale en s'inspirant des règles énoncées par l'article L. 650-1 du code de commerce pour bâtir un régime de responsabilité *sui generis*. Elle a jugé que les aides apportées à une entreprise privée par une personne publique ne sont susceptibles d'engager sa responsabilité pour faute, du fait que qu'elles ont, en permettant à l'entreprise de poursuivre son activité, alors même que sa situation était irrémédiablement compromise au moment où elles ont été accordées, contribué à creuser le passif, uniquement dans l'hypothèse où l'entreprise n'était pas à même de refuser ces aides, en raison notamment d'une contrainte exercée à son encontre, d'un dol ou d'une immixtion caractérisée dans sa gestion, ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours étaient disproportionnées à ceux-ci.

3.3. Me P... soutient, d'une part, que la cour a commis une erreur de droit en ne faisant pas application des règles traditionnelles de la responsabilité administrative et, d'autre part, que celles-ci devraient conduire à transposer le régime de droit privé de l'octroi abusif de crédit antérieur à 2005. Nous nous accordons sur le premier point et nous en séparons sur le second.

3.3.1. Comme nous l'avons dit, l'immunité de principe instituée au profit des établissements de crédit privés avait pour but de lever le frein psychologique à l'octroi de crédit que représentait la menace d'une mise en cause de leur responsabilité pour soutien abusif. C'est d'ailleurs au regard de la poursuite de cet objectif d'intérêt général que le Conseil constitutionnel a jugé cette disposition conforme au principe de responsabilité découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (CC, 22 juillet 2005, déc. n° 2005-522 DC). Mais l'intervention des personnes publiques au soutien des entreprises en difficulté ne s'inscrit pas dans la même logique que celle des opérateurs privés. Et les freins à l'octroi d'aides publiques tiennent davantage aux propres contraintes budgétaires des personnes publiques et à l'interdiction des aides d'Etat incompatibles avec le marché intérieur de l'Union européenne qu'aux incertitudes liées à une mise en cause de leur responsabilité.

Par ailleurs, les deux causes de déchéance du principe d'irresponsabilité dégagées par la cour de Paris en s'inspirant de l'article L. 650-1 du code de commerce nous paraissent, dans une large mesure, inadaptées aux conditions d'intervention des acteurs publics. S'agissant, d'une part, de l'hypothèse d'une contrainte, il nous semble peu probable qu'une aide puisse être octroyée sans sollicitation préalable de l'entreprise. Et l'immixtion caractérisée dans la gestion d'une entreprise privée exerçant une activité industrielle ou commerciale entraîne, comme nous l'avons dit, la compétence de la juridiction judiciaire en vertu de la jurisprudence *SEM « Olympique d'Alès en Cévennes »* du Tribunal des conflits. D'autre part, l'hypothèse d'une prise de garanties excessive nous paraît peu réaliste et, en tout état de cause, susceptible de faire l'objet au contentieux d'une analyse distincte de celle de l'octroi du concours lui-même. Enfin, la solution de la cour laisse de côté des configurations de nature à engager la

responsabilité de la personne publique, telles que le versement d'aides dans un contexte de conflit d'intérêts entre l'auteur du concours et les dirigeants de l'entreprise aidée.

3.3.2. Plus fondamentalement, avant comme après la réforme de 2005, la logique du régime de droit privé, bâti sur la prémisse selon laquelle un concours financier est fautif lorsque le créancier sait, ou aurait dû savoir, que la situation du débiteur était irrémédiablement compromise, s'accommode mal à l'objet et aux conditions de l'intervention des personnes publiques au soutien d'entreprises en difficulté.

Certes l'objectif de l'intervention de la personne publique est, avant tout, le maintien de l'activité économique et de l'emploi, ce qui doit normalement conduire à exclure d'octroyer des aides artificielles à des entreprises non viables à long terme. S'agissant des aides relevant d'une notification à la Commission européenne, cette dernière exige d'ailleurs la présentation d'un plan de restructuration réaliste destiné à rétablir la viabilité à long terme du bénéficiaire²². Toutefois, le soutien public est susceptible, en lui-même, de créer les conditions d'un redressement durable de l'entreprise, en suscitant notamment l'engagement de partenaires privés²³. Dans la plupart des cas, il ne sera donc pas possible de constater le caractère inéluctable, à la date de l'octroi de l'aide, de la déconfiture de l'entreprise.

Par ailleurs, nous n'excluons pas que le concours puisse être justifié par d'autres motifs d'intérêt général que celui d'assurer la pérennité de l'entreprise. L'Etat peut par exemple chercher à assurer la survie temporaire d'un opérateur économique lorsqu'il existe un risque d'interruption de services essentiels, en attendant l'arrivée d'un nouvel acteur sur le marché. Une telle préoccupation n'est pas étrangère à la situation d'espèce puisqu'Air Lib assurait, à la date à laquelle l'Etat a accordé son concours, la majorité des dessertes aériennes vers certains territoires d'outre-mer. Il nous semble également que l'aide peut être justifiée à titre transitoire, en présence d'un risque de difficultés sociales graves et brutales liées aux pertes d'emploi. Nous relevons que les lignes directrices de la Commission européenne en matière d'aides d'Etat aux entreprises en difficulté admettent les aides au sauvetage accordées en urgence pour soutenir une entreprise confrontée à une grave crise de liquidités, le temps nécessaire pour analyser les circonstances ayant donné lieu aux difficultés et pour élaborer un plan approprié permettant d'y remédier se traduisant soit par une restructuration, soit par une liquidation²⁴.

Il en résulte selon nous que l'examen de la situation financière de l'entreprise à la date de l'octroi de l'aide ne permet pas, à lui seul, de caractériser l'existence d'une faute de l'autorité

²² Lignes directrices communautaires pour les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (JO C 288 du 9.10.1999, p. 2), pt 31 (version applicable à l'espèce). Pour la version actuelle, v. les lignes directrices concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (2014/C 249/01).

²³ La doctrine d'emploi des prêts du FDES, résultant des circulaires précitées du 26 novembre 2004 et du 9 janvier 2015, précise aujourd'hui que les entreprises soutenues doivent disposer de perspectives de redressement claires et que le prêt, qui doit permettre de compléter un tour de table auprès des partenaires privés de l'entreprise, revêt un caractère subsidiaire.

²⁴ V. lignes directrices du 9 octobre 1999, point 66.

administrative, ce qui justifie que ne soit pas transposé le régime de droit privé du soutien abusif.

3.3.3. Dans ce contexte, si nous sommes sensible à la préoccupation de la cour, mise en lumière par les conclusions de son rapporteur public, d'éviter que la responsabilité des personnes publiques ne puisse être engagée trop aisément, il ne nous paraît pas nécessaire à cette fin de retenir une immunité de principe. Le choix de la cour va à rebours de l'élimination progressive des pans d'irresponsabilité de la puissance publique opérée par votre jurisprudence, hors les actes échappant par leur nature à la compétence juridictionnelle du juge administratif. Nous pensons en outre que si le soutien public à des entreprises en difficulté présente, dans certains cas, une utilité certaine, l'hypothèse de l'octroi d'une aide publique manifestement inadaptée ne saurait être exclu, étant précisé que celles-ci sont accordées à divers échelons territoriaux de l'administration de l'Etat et des collectivités.

Les règles traditionnelles de la responsabilité administrative, qui imposent au juge de tenir compte tant de l'objet de l'aide consentie à une entreprise en difficulté que des conditions dans lesquelles cette aide est accordée, permettent selon nous de prévenir efficacement tout risque de mise en cause excessive dans l'hypothèse d'une liquidation ultérieure. En effet, dans la mesure où elle ne pourra être déduite de la seule compromission de la situation financière de l'entreprise à la date du concours, l'existence d'une faute ne sera pas aisément caractérisée. Elle ne pourra selon nous être démontrée, hors le cas de la méconnaissance d'une règle de droit positif, que si la personne publique n'a pas poursuivi un objectif d'intérêt général légitime en octroyant son concours, si le concours consenti était manifestement insusceptible de permettre la réalisation d'un tel objectif – le juge devant naturellement se déterminer au regard des circonstances de fait existant à la date de l'octroi de l'aide.

3.3.4. Nous ne vous proposons par ailleurs pas de retenir un régime de faute lourde, qui nous apparaît, à la réflexion, comme une version édulcorée du principe d'irresponsabilité retenu par la cour de Paris.

Nous ne reviendrons pas ici sur le déclin de la faute lourde dans votre jurisprudence. Sauf lorsqu'elle vient atténuer un principe d'irresponsabilité prévu par la loi ou par un contrat, celle-ci n'est plus guère reconnue, aujourd'hui, que pour les activités de surveillance et de renseignement, par exception par rapport aux autres activités de police administrative²⁵, pour une partie du contentieux du service public de la justice, dès lors qu'est en cause le contenu de l'activité juridictionnelle²⁶ ainsi que, en général²⁷, pour les activités de tutelle et de contrôle²⁸.

²⁵ CE, Mme Monnet et autres, 18 juillet 2017, n° 411156, aux tables.

²⁶ CE, Ass., 9 décembre 1978, D..., n° 96004, au rec. Sauf en cas de délai excessif de jugement : M..., n° 39575, au rec. ; ou de violation manifeste du droit de l'UE : G..., n° 295831, au rec. ; CE, 9 octobre 2020, Société Lactalis Ingrédients, n° 414423, à publier au rec.

²⁷ Ainsi que l'exposent M. Guyomar et P. Collin dans la chronique à l'AJDA 2002, p. 133, la présomption de faute lourde pour les activités de tutelle et de contrôle peut être renversée dans trois cas : lorsque l'activité comporte un caractère purement mécanique, lorsque les intérêts en jeu font l'objet d'une protection particulière ou lorsque les pouvoirs de tutelle traduisent une réelle emprise sur le contrôlé. Le régime de la faute simple a notamment été retenu pour des activités de contrôle dans le domaine de la santé publique : contrôle des centres

C'est la comparaison avec le régime applicable à ces dernières activités qui est la plus intéressante pour éclairer le choix que vous devez effectuer aujourd'hui. Dans l'affaire d'Assemblée *Kechichian* du 30 novembre 2001 (n° 219562, au rec., concl. A. Seban), les déposants d'une banque tombée en déconfiture et qui avaient perdu leurs dépôts avaient recherché la responsabilité de l'Etat à raison de fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle, celle-ci ayant tardé à retirer l'agrément de la banque malgré ses graves difficultés financières. Vous avez opté pour un régime de faute lourde, en justifiant votre solution par le fait que la responsabilité de l'Etat à raison des fautes commises par l'autorité de régulation ne doit pas être substituée pas à celle des établissements bancaires vis-à-vis de leurs déposants. Les chroniqueurs de votre décision n'ont pas manqué de relever l'importance de cette configuration d'un « jeu à trois personnages » pour justifier le maintien d'un régime de faute lourde²⁹.

La même configuration triangulaire était présente dans l'affaire *Norbert Dentressangle* (18 février 2002, n° 214179, aux tables, concl. G. Goulard), où les assurés d'une compagnie d'assurance placée en liquidation et n'ayant pu faire face aux demandes d'indemnisation présentées par ses clients réclamaient réparation à l'Etat à raison du caractère tardif du retrait d'agrément prononcé par la Commission du contrôle des assurances. Là encore, le choix de la faute lourde a été dicté par le fait que c'est l'entreprise qui fait l'objet de la procédure collective qui porte la responsabilité de son défaut de paiement, et non la puissance publique.

Vous êtes également ici en présence d'un jeu à trois personnages : l'auteur du concours, l'entreprise aidée et le tiers victime. Cependant, la relation entre la personne publique et le bénéficiaire d'un concours financier n'est à notre sens pas comparable à celle qui existe entre le contrôleur et le contrôlé. Il n'est pas ici reproché à la personne publique de ne pas avoir, par sa carence, empêché la réalisation d'un dommage trouvant sa cause principale dans l'agissement de l'entreprise régulée, mais au contraire de l'avoir directement causé du fait d'une intervention intempestive retardant la faillite « naturelle » de l'entreprise aidée. Relevons par ailleurs – mais cela nous semble indifférent au choix du régime de faute simple ou de faute lourde – que si une faute en lien avec le préjudice des créanciers devait être reconnue, ceci ne ferait bien sûr nullement obstacle à un éventuel partage de responsabilité entre l'auteur du concours et l'entreprise aidée, voire d'un tiers lorsque des détournements de fonds sont observés, comme en l'espèce.

Une autre considération nous pousse à ne pas vous proposer de transposer la solution retenue dans les affaires *Kechichian* et *Norbert Dentressangle*. Il n'est pas question ici de veiller à

de transfusion sanguine (Ass. 9 avril 1993, M. D, n° 138653, au rec.) ; ou récemment, dans l'affaire du Mediator, s'agissant de l'octroi et du renouvellement d'AMM.

²⁸ CE, 25 juillet 2007, ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Cne de Roquebrune-Cap-Martin, n° 293882, aux tables s'agissant du défaut de mise en œuvre du pouvoir de substitution du préfet ; 6 octobre 2000, Cne de St Florent, n° 205959, au rec. pour l'exercice du contrôle de légalité ; Ass. 30 novembre 2001, *Kechichian*, n° 219562, au rec., concl. Seban et 18 février 2002, Groupe *Norbert Dentressangle*, n° 214179, aux tables, pour les missions de contrôle assurées par des autorités de régulation.

²⁹ Précité, AJDA 2002, p. 133.

préserver l'autonomie des acteurs économiques en les préservant d'un contrôle trop tatillon de leur autorité de régulation sectorielle visant à prévenir tout risque contentieux lié à l'engagement de sa responsabilité. D'une part, ce sont précisément les entreprises qui sollicitent l'aide de la puissance publique. Et, d'autre part, selon nous, les personnes publiques doivent au contraire être incitées à n'accorder une aide qu'après un examen approfondi de sa nécessité et de son caractère proportionné, en s'assurant notamment, quelle que soit la difficulté de l'appréciation de la situation, que leur intervention a une chance réelle d'atteindre son but.

Les autres justifications traditionnelles de l'application d'un régime de faute lourde ne nous paraissent pas déterminantes. La nature purement pécuniaire des intérêts en cause ne joue plus de rôle décisif comme le montre l'abandon du régime de faute lourde en matière fiscale³⁰. Le choix d'un régime de faute simple n'empêche pas, comme le soulignait le président Stahl devant votre Section dans l'affaire *T...*³¹, de prendre en considération les difficultés de l'action administrative, dont nous ne nions pas ici l'importance, ni son contexte, notamment dans le cas d'une crise systémique ou d'une situation d'urgence particulière. Et la crainte d'un effet dissuasif pour les personnes publiques liée à une mise en jeu trop aisée de leur responsabilité n'est pas justifiée dès lors qu'est expressément écartée la transposition de la théorie du soutien abusif.

Nous vous proposons donc de juger que la responsabilité d'une personne publique qui accorde une aide à une entreprise en difficulté est susceptible d'être engagée vis-à-vis de ses créanciers à raison d'une faute simple et que la seule situation irrémédiablement compromise de l'entreprise ne permet pas de caractériser l'existence d'une faute lorsque l'octroi de l'aide répond à un motif d'intérêt général suffisant. Vous accueillerez donc le moyen d'erreur de droit soulevé et annulerez l'arrêt de la cour.

4. Même si la solution que nous vous proposons ne vous impose pas de trancher cette question, nous aimerions vous dire quelques mots concernant l'engagement éventuel de la responsabilité sans faute de l'Etat, qui a été écartée par la cour faute, selon elle, de lien de causalité entre l'aide octroyée et le préjudice des créanciers, motifs qui sont également critiqués par le pourvoi.

Sur ce terrain également, votre jurisprudence est vierge³². Si la responsabilité sans faute devait être reconnue, elle ne pourrait l'être que sur le terrain de la rupture de l'égalité entre les charges publiques. Le professeur Ph. Terneyre a pu estimer qu'*« en matière d'aides publiques économiques, il semble que la responsabilité quasi délictuelle sans faute n'ait pas sa place »*³³,

³⁰ Section, 21 mars 2011, K..., n° 306225, au rec.

³¹ Section, 20 juin 1997, T..., n° 139495, au rec.

³² L'affaire *B...* (Ass., 21 novembre 1947, rec. p. 436) ne concerne pas l'octroi d'une aide : elle concerne l'engagement de la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des actionnaires d'une société incités par l'Etat, pour mettre fin à un conflit social, à donner à bail leur entreprise à une société coopérative, cette dernière ayant fait faillite avant de s'acquitter des charges financières qu'elle s'était engagée à reprendre et dont la société est demeurée débitrice.

³³ Ph. Terneyre, Rép. resp. puiss. Publ. Dalloz, Interventions économiques, point 198.

analyse fondée sur l'objet même des aides, par nature discriminatoires. Entièrement justifiée lorsque la responsabilité de l'Etat est recherchée par les demandeurs potentiels d'une aide ou leurs concurrents, cette lecture est moins adaptée lorsque la victime est un créancier du bénéficiaire de l'aide.

Comme nous l'avons dit plus tôt, le lien de causalité entre l'aide et le préjudice subi par les créanciers fera défaut s'il est établi que l'intervention publique était susceptible, au moment où elle a été décidée, de contribuer à assurer la viabilité à long terme de l'entreprise. Dans cette hypothèse, l'aggravation du passif constatée entre l'octroi de l'aide et la liquidation de l'entreprise résulte exclusivement de l'intervention d'autres aléas, tels que la perte d'un marché ou le retrait des investisseurs potentiels.

En revanche, le lien de causalité ne peut être écarté lorsque l'aide est versée dans un autre but d'intérêt général que celui d'assurer la pérennité de l'entreprise ou lorsque l'aide est accordée en urgence, par exemple dans le contexte de la crise pandémique actuelle. Il y aurait alors lieu d'examiner les conditions classiques permettant d'engager la responsabilité sans faute de la personne publique, à savoir les conditions de gravité et de spécialité du préjudice (par ex. Ass, 29 juin 1962, Société Manufacture des machines du Haut-Rhin, n° 53929, au rec.).

La question nous semble pouvoir être envisagée de deux manières, qui dépendent essentiellement du regard que l'on peut porter sur ce type d'intervention.

La première consisterait à considérer que l'intervention publique au soutien d'une entreprise non viable à long terme présente, en elle-même, un caractère « hors normes » par rapport à la marche normale des affaires – sous réserve peut-être des situations de crise économique systémique - et que la personne publique doit envisager, au moment même de sa décision d'octroyer l'aide, l'indemnisation des éventuels préjudices financiers subis par les tiers.

La seconde, est au contraire d'estimer que le préjudice subi correspond à un aléa normal de la vie des affaires. Tout créancier d'une personne privée prend le risque que sa créance ne soit pas remboursée. Et l'intervention publique dans la vie économique, par le biais notamment de subventions, de prêts, de cautionnements, de remises gracieuses de charges ou d'impositions, est suffisamment fréquente, ne fût-ce qu'à raison de la régularité de crises affectant des pans majeurs de notre économie, pour considérer qu'elle est prévisible pour les opérateurs privés. Ceci nous semble être tout particulièrement le cas lorsqu'ils sont créanciers d'une entreprise essentielle à la vie économique de la nation, telle qu'une compagnie aérienne majeure. Relevons que les créanciers bien particuliers que constituent les salariés de l'entreprise sont couverts, dans cette hypothèse, par le régime assurantiel obligatoire de Garantie des créances des salariés (AGS), qui se trouve d'ailleurs être, dans le présent dossier, l'un des principaux créanciers, aux côtés du Trésor public, des URSSAF et des gestionnaires publics des aéroports anciennement desservis par la compagnie.

C'est pourquoi nous pensons, à titre personnel, que le préjudice subi par les créanciers d'une entreprise placée en liquidation, à raison de l'octroi d'une aide ayant contribué à aggraver le passif de cette entreprise, ne constitue pas une charge anormale susceptible d'engager la

responsabilité sans faute d'une personne publique sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Paris et à ce que l'Etat verse à Me P..., en sa qualité de mandataire de la société Air Lib, une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.