

Hubert de Vauplane
Direction des affaires juridiques
Paribas



Jurisprudence et décisions administratives

Privatisation d'une banque AFB. Choix d'un repreneur mutualiste. Contestation. Statut du repreneur et non-respect de l'égalité dans la procédure de transfert au secteur privé (non)

CE, 18 décembre 1998 : Société générale, BNP, CCF.

Lorsque l'Etat transfère au secteur privé par voie d'appel d'offres une participation qu'il détient dans une entreprise publique, le choix entre les candidats, dès lors qu'ils remplissent les conditions exigées pour participer à la procédure, ne peut légalement être fondé, au regard du principe d'égalité, que sur le contenu de leurs offres. La circonstance que le repreneur soit affilié à un réseau mutualiste différent de l'Association française des banques est sans incidence sur la régularité de la procédure d'appel d'offres et le respect par celle-ci de l'égalité entre les candidats, dans la mesure où le repreneur est lui-même membre de l'AFB.

On se souvient qu'avant les «grandes manœuvres» bancaires nées des offres publiques de la Société générale sur Paribas et de celles de la BNP sur cette dernière et la Société générale, les établissements bancaires recherchaient à diversifier leurs réseaux d'agences soit en procédant à des acquisitions de petits réseaux, soit au contraire en postulant aux rares procédures de privatisations. Tel était le cas de la privatisation du réseau du CIC, ensemble de banques régionales affiliées au groupe AFB. On se souvient encore que le Gouvernement a finalement choisi comme repreneur du CIC, la Banque fédérative du Crédit mutuel, une filiale «AFB» d'un réseau mutualiste. Ce choix a été contesté par certains impétrants non retenus. Le recours effectué devant la Haute juridiction administrative par les établissements évincés a été l'occasion, pour la jurisprudence, de préciser certains points de la procédure de transfert au secteur public de participations détenues par l'Etat lorsque celle-ci prend la forme d'une cession hors marché.

Rappelons tout d'abord les faits. Par un décret du 30

juillet 1996, le Premier ministre a décidé le transfert du secteur public au secteur privé de la participation majoritaire détenue par l'Etat, par l'intermédiaire de la Société centrale du GAN, dans la compagnie financière de CIC et de l'Union européenne ; le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a alors choisi d'opérer ce transfert par une procédure d'appel d'offres, régie par un cahier des charges, qui a fait l'objet d'un avis publié le 2 décembre 1997 au *JO* ; sept candidats ont été déclarés recevables par le ministre à déposer une offre ; cinq de ces candidats ont effectivement déposé une offre d'achat ; par une décision rendue publique le 23 mars 1998 le ministre a, sur avis conforme de la Commission de la privatisation, autorisé la Société générale, ABN-Amro et la Banque fédérative du Crédit mutuel, à l'exclusion de la BNP et du CCF, à poursuivre la procédure de sélection ; par une décision, rendue publique le 14 avril 1998, le ministre a, là encore sur avis conforme de la Commission de la privatisation, désigné comme acquéreur la Banque fédérative du Crédit mutuel et a, par un arrêté du 24 avril 1998, fixé les modalités du transfert du secteur public au secteur privé. Ce sont les modalités de ce transfert qui ont fait l'objet d'un recours.

La Société générale, la BNP et le CCF ont demandé conjointement l'annulation pour excès de pouvoir de différentes décisions administratives : la décision du ministre déclarant recevable l'offre de la Banque fédérative du Crédit mutuel, celle du 12 mars 1998 du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement autorisant une éventuelle prise de contrôle de la Compagnie financière du CIC et de l'Union européenne par la Banque fédérative du Crédit mutuel, les décisions du ministre des 23 mars et 14 avril 1998, l'arrêté du 24 avril 1998 et les avis rendus par la Commission de la privatisation au cours de la procédure de privatisation. En résumé, ces contestations portaient principalement sur le fait que le repreneur étant une banque mutualiste, son statut lui interdisait de reprendre une banque AFB ; sur la procédure de transfert au secteur privé qui doit être fondé, au regard du principe d'égalité, sur le seul contenu des offres ; et sur la légalité de la procédure retenue.

Concernant la légalité de la procédure, on rappellera qu'aux termes de l'article 4 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986,

dans sa rédaction issue de la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993, «les cessions ou échanges de titres, les ventes de droits préférentiels ou les renonciations à de tels droits sont réalisés suivant les procédures de marché financier. Toutefois, le ministre chargé de l'Économie peut décider de faire appel à des acquéreurs hors marché. Le choix du ou des acquéreurs et les conditions de cession sont arrêtés par le ministre chargé de l'Économie, sur avis conforme de la commission de la privatisation. Un décret en Conseil d'Etat fixe notamment les règles de publicité auxquelles sont subordonnées ces décisions et les cas dans lesquels il est recouru à un appel d'offres» ; par ailleurs, l'article 1^{er} du décret n° 93-1041 du 3 septembre 1993, modifié par le décret n° 95-947 du 25 août 1995 précise que «pour l'application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 6 août 1986 susvisée, les prises de participation du secteur privé dans le capital des entreprises publiques sont soumises aux dispositions suivantes : 1° Lorsque l'opération est prévue par un accord de coopération industrielle, commerciale ou financière et qu'il n'y a pas transfert au secteur privé de la majorité du capital de l'entreprise, la commission de la privatisation est consultée par le ministre de l'Économie sur le choix du ou des acquéreurs et sur les conditions de la cession afin de recueillir son avis conforme ; 2° Dans les autres cas, la décision de vente ou d'échange de gré à gré des titres ou droits des entreprises publiques fait l'objet d'une publicité assurée par une publication au JO. Lorsqu'il est établi un cahier des charges régissant l'opération, cette insertion fait connaître aux acquéreurs éventuels qu'ils disposent d'un délai minimal de quinze jours pour faire parvenir leur offre accompagnée de leurs références financières. Lorsqu'il n'est pas prévu de cahier des charges, le ministre chargé de l'Économie désigne une personnalité indépendante dont le nom est rendu public et qui établit un rapport portant sur les conditions et le déroulement de l'opération. Ce rapport est remis au ministre et à la Commission de la privatisation La Commission de la privatisation est saisie dans les deux cas par le ministre chargé de l'Économie des offres reçues». Les requérantes estimaient que les dispositions permettant une cession selon la procédure hors marché ne sont pas entrées en vigueur dans la mesure où le décret d'application concernant les cas de mise en œuvre d'un appel d'offres n'a pas été publié. Cependant, les dispositions du 2° de l'article premier du décret prévoient, pour les opérations de cession hors marché, de recueillir, dans tous les cas autres que celui visé au 1°, les offres des acquéreurs éventuels avertis par voie de publicité ; ces dispositions imposent ainsi de recourir à une procédure d'appel d'offres dans tous les cas autres que celui de l'ouverture minoritaire du capital d'une entreprise publique dans le cadre d'un accord de coopération. Compte tenu de ces éléments, le Conseil d'Etat a estimé que «les banques requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les dispositions précitées du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 6 août 1986 ne sont pas entrées en vigueur en l'absence de décret d'application prévoyant les cas dans lesquels il doit être recouru à un appel d'offres».

Les requérants reprochaient aussi la prise de contrôle, par un établissement mutualiste, d'une banque dite «AFB». Pour contester ce choix, ils estimaient d'une part, que les dispositions de la loi bancaire se seraient opposées à la prise de contrôle d'une banque affiliée à l'Association française des banques par une banque mutualiste et, d'autre part, que les dispositions régissant le fonctionnement du Crédit mutuel, et plus particulièrement celles de l'article 2 de l'ordonnance n° 58-966 du 16 octobre 1958 aux termes des-

quelles «les caisses de Crédit mutuel ont exclusivement pour objet le crédit mutuel», auraient fait obstacle à la prise de contrôle, par ces caisses, d'un établissement de crédit non affilié au réseau du Crédit mutuel. Le Conseil d'Etat réfute l'argument en constatant qu'il «ressort des pièces du dossier que la BFCM, candidat retenu par le ministre pour acquérir la participation de l'Etat dans la Compagnie financière du CIC et de l'Union européenne, est elle-même affiliée à l'AFB et non au réseau du Crédit mutuel».

Enfin, concernant les modalités de transfert au secteur privé par voie d'appel d'offres pour une participation de l'Etat dans une entreprise publique, les requérants soutenaient que le choix entre les candidats, dès lors qu'ils remplissent les conditions exigées pour participer à la procédure, ne peut légalement être fondé, au regard du principe d'égalité, que sur le seul contenu de leurs offres. Les banques requérantes soutenaient que le cahier des charges ne respectait pas le principe d'égalité entre les candidats en ce que, d'une part, il ne définissait avec une précision suffisante ni les notions «d'offre ferme» et «d'offre définitive», ni les conditions et limites selon lesquelles les candidats pourraient modifier, lors de la formulation de leur «offre définitive», le contenu de leur «offre ferme» et en ce que, d'autre part, il réservait l'accès de certaines informations aux seuls candidats admis à formuler une «offre définitive». La clé de lecture de ces expressions se trouve dans le cahier des charges. Ainsi, aux termes de l'article 5-3 de ce cahier des charges «l'offre ferme vaudra engagement irrévocable d'acquérir la participation cédée pour une période de six mois sous réserve, le cas échéant, des amendements que contiendrait l'offre définitive» ; de même, aux termes de l'article 7-3 du même cahier des charges «l'offre définitive devra reprendre les éléments de l'offre ferme, ainsi que le projet de contrat de vente. Dans le cas ou des amendements seraient proposés à l'offre ferme ou au projet de contrat de vente, toutes les justifications nécessaires devront être jointes à l'offre définitive». Le Conseil d'Etat observe qu'il résulte des dispositions qui précèdent, et notamment de la nécessité de justifier tout amendement apporté à l'offre ferme, que chaque candidat doit, dès la formulation de son offre ferme, exposer les conditions auxquelles il s'engage de manière irrévocable à acquérir, s'il est retenu, la participation cédée ; il apporte ainsi des précisions sur le sens à donner aux expressions «offre ferme» et «offre définitive» : selon la Haute juridiction, l'impétrant n'est autorisé à ajuster son offre définitive par rapport à son offre ferme, dont le contenu peut être précisé le cas échéant à la demande du ministre, qu'à raison et dans la stricte mesure des éléments nouveaux portés à sa connaissance après le dépôt de l'offre ferme dans le cadre de la procédure organisée par le cahier des charges ; en conséquence, «les dispositions du cahier des charges, qui conduisaient à faire bénéficier l'ensemble des candidats participant à chacune des opérations de sélection des mêmes informations tout en limitant aux informations données après le dépôt des offres fermes la faculté d'ajuster les offres définitives, respectaient la règle de l'égalité entre les candidats».

D'autres moyens, comme par exemple ceux liés au Livret bleu, étaient encore invoqués tels que l'exclusivité de distribution de ce Livret bleu ou l'existence d'une procédure ouverte par la Commission européenne sur le fondement de l'article 93-2 du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne qui n'aurait pas été portée à la connais-

sance de la Commission de la privatisation ; l'un comme l'autre ont été écartés au motif qu'ils étaient sans influence sur la régularité de la procédure de privatisation.