

# La libre circulation des fonds et l'obligation de dépôt : un antagonisme non résolu



**Xavier Cabannes**  
Docteur en droit  
ATER à la Faculté Jean Monnet - Paris XI

**S**elon l'article 118 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962, «*les correspondants du Trésor sont les organismes et les particuliers qui, soit en application des lois et règlements, soit en vertu de conventions, déposent à titre obligatoire ou facultatif des fonds au Trésor ou sont autorisés à procéder à des opérations de recettes et de dépenses par l'intermédiaire des comptables du Trésor*». Parmi ces correspondants, nous trouvons donc des organismes déposant obligatoirement leurs fonds au Trésor en application «des lois et règlements». Ces organismes sont prisonniers du Trésor. Ils ne peuvent pas, sauf exceptions, procéder à des placements financiers ou déposer leurs fonds auprès d'un établissement de crédit.

Parmi les organismes obligés de déposer leurs fonds au Trésor, nous trouvons tant des organismes publics que des organismes privés. Ainsi, par exemple, au terme de l'article 12 du décret du 30 octobre 1980, les bénéficiaires de taxes parafiscales doivent déposer leurs fonds au Trésor (1). Aussi, cette obligation s'applique aux associations privées recevant le produit de taxes parafiscales, c'est le cas de l'association pour le soutien du théâtre privé, de l'association pour le soutien de la chanson, des variétés et du jazz... De nombreuses autres personnes morales de droit privé sont dans une situation identique (2).

Toutefois, les effets du dépôt imposé à ces divers organismes privés restent financièrement anecdotiques par rapport à la portée de l'article 15 alinéa 6 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances (3). En effet, cet article dispose que «*sauf dérogation du ministre des Finances, les collectivités territoriales de la République et les établissements publics sont tenus de déposer au Trésor toutes leurs disponibilités*». Sont visés par cet article les communes, départements, régions et tous les établissements publics. A eux seuls les dépôts obligatoires au Trésor des organismes publics locaux (collectivités et établissements publics locaux) représentaient plus de 127 milliards de francs au 31 décembre 1997 (4). Les conséquences de l'article 15 du texte de 1959 sont considérables. Or, manifestement le principe même

d'une obligation de dépôt au Trésor est peu conforme au droit communautaire (I). L'ordonnance organique du 2 janvier 1959 ayant une valeur juridique inférieure au droit communautaire, une éventuelle réforme du système actuel n'est pas à exclure (II).

## I La libre circulation des capitaux, l'accès privilégié aux établissements financiers et l'obligation de dépôt

Initié en 1957, le principe de libre circulation des capitaux n'a cessé de s'affirmer avec de plus en plus de force (1). Or, à notre sens, aucune solution réelle n'a été apportée à l'opposition existant entre le principe communautaire et le principe national (2).

### 1. *L'affirmation de la libre circulation des capitaux*

Dès 1957, le Traité de Rome, dans son article 67, affirmait la nécessité de libéraliser la circulation des capitaux. Aboutissement logique de cette libéralisation financière, la directive n° 88-361 vise à supprimer les ultimes restrictions aux mouvements de capitaux à long terme, mais aussi à étendre la liberté de circulation à toutes les opérations monétaires ou quasi-monétaires (5). Les capitaux ainsi «libérés» sont énumérés dans une nomenclature (annexe I) non limitative. Sont libérées à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1990, «*les opérations portant sur les avoirs et engagements des Etats membres et des autres administrations et organismes publics*» et «*les opérations en compte courant et les dépôts auprès d'établissements financiers*». Cette directive visant les organismes publics concerne au premier chef les collectivités territoriales et les établissements publics. En effet, la circulaire du 24 juin 1988 s'applique à tous les organismes publics «*sous réserves*

des dispositions de l'article 68 § 3 du *Traité*. Or, ce dernier article vise les emprunts destinés à financer les Etats membres et les collectivités territoriales. Dès lors, les dispositions de la directive s'appliquent à toutes les collectivités territoriales. Ce texte a rapidement été interprété comme une remise en cause de l'obligation de dépôt posée par l'ordonnance organique du 2 janvier 1959.

Toutefois, dans une réponse ministérielle, devenue célèbre, le ministre des Finances a souligné que «*la directive du 24 juin 1988 [...] n'a aucune incidence juridique sur l'obligation de dépôt des fonds libres*» (6). Le ministre des Finances défendait le système national au prix d'«*acrobaties juridiques*» (7). En 1992, le ministre des Finances fut relayé par le Conseil d'Etat. La Haute juridiction administrative a estimé que la directive du 24 juin 1988 ne fait nullement obstacle à la fixation de règles relatives au placement des fonds libres (8). Malgré ces différentes solutions, les élus continuaient à souligner la non-conformité du texte national aux dispositions du texte communautaire ; la directive étant, selon ses propres dispositions, applicable aux organismes publics.

Le traité de Maastricht a toutefois semblé apporter une solution définitive. En effet, selon l'article 104 de ce texte, les banques centrales ne peuvent pas «*accorder des découverts ou tout autre type de crédit aux institutions ou organes de la Communauté, aux administrations centrales, aux autorités régionales ou locales, aux autres autorités publiques, aux autres organismes [...] publics des Etats membres*». De plus, l'article 104 A du traité interdit d'établir «*un accès privilégié (de ces mêmes autorités) aux institutions financières*». Le contenu de cet article a été précisé par le règlement du Conseil du 13 décembre 1993 (9).

D'après ce règlement ne sont pas des mesures discriminatoires permettant un accès privilégié aux établissements financiers «*celles qui donnent lieu* :

- à des obligations, à des conditions particulières pouvant inclure notamment une obligation de centralisation de fonds auprès d'institutions financières publiques, de financement de logement social, lorsque les conditions de financement du logement social pratiquées en faveur du secteur public sont identiques à celles des financements de même nature accordées aux mêmes fins à des emprunteurs privés,
- à l'obligation de centralisation de fonds auprès d'un établissement public de crédit, dans la mesure où cette contrainte fait partie intégrante, au 1<sup>er</sup> janvier 1994, de l'organisation d'un réseau particulier d'établissements de crédit ou d'un régime spécifique d'épargne destiné aux ménages et vise à apporter une sécurité financière à l'ensemble du réseau ou au régime spécifique. L'emploi de ces fonds centralisés doit être déterminé par les organes dirigeants de l'établissement public de crédit concerné et s'effectuer d'une manière conforme au principe d'une économie de marché où la concurrence est libre».

## 2. Un problème non résolu

Le règlement du Conseil semble avoir mis un terme au débat politique interne. Toutefois, certaines interrogations juridiques subsistent.

La première proposition du règlement n° 3604-93 concerne les mesures donnant lieu à des obligations de financement du logement social. Dans un tel cas la centralisation des fonds auprès d'un établissement financier est permise. Elle ne constitue pas un accès privilégié aux institutions financières interdit par l'article 104 A du traité. L'obligation

de dépôt des fonds libres des collectivités locales et des établissements publics n'entre pas dans cette catégorie de mesures. En effet, ces dépôts n'ont pas pour objet de favoriser le financement du logement social. Seuls les organismes d'habitations à loyer modéré devaient obligatoirement déposer leur trésorerie à un compte ouvert auprès de la seule Caisse des dépôts et consignations, afin de financer les logements sociaux. Ces dispositions ont été abrogées en décembre 1993 (décret n° 93-1414 du 30 décembre 1993).

Selon la seconde proposition du règlement 3604-93, il n'y a pas de mesure favorisant un accès privilégié aux institutions financières dès lors que l'obligation de centralisation des fonds auprès d'un établissement public de crédit fait partie intégrante de l'organisation d'un réseau particulier d'établissements de crédit.

En France, la centralisation des fonds s'effectue auprès du Trésor. Pour que cette centralisation ne constitue pas un accès privilégié à une institution financière, le Trésor public doit avoir le statut d'un «établissement public de crédit» au sens du texte de 1993.

En droit interne, suivant la célèbre formule du doyen Trotabas, «*le Trésor public présente cette originalité de ne pas exister*» (10). Le Trésor ne possède que la personnalité comptable. Ce n'est pas un établissement public tiers vis-à-vis de l'Etat, c'est un service public de l'Etat, assuré par l'Etat. Le Trésor n'est pas un établissement public de crédit selon le droit public interne.

Le Trésor a pour missions principales d'effectuer les opérations de recettes et de dépenses des organismes publics et d'assurer la trésorerie de l'Etat. Le Trésor public, dans son ensemble, par son statut et ses activités, ne peut être assimilé à un établissement de crédit. En effet, les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent habituellement des opérations de banque. Ainsi, la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, dans son article 8, refuse d'accorder la qualité d'établissement de crédit au Trésor public. En 1994, un arrêt de la cour d'appel de Paris a repris cette disposition. Selon cet arrêt le Trésor public n'est pas assimilable à un établissement de crédit. Il n'effectue pas des opérations de banque (11). Aussi, en droit interne, le Trésor public n'est ni un établissement de crédit, ni un établissement public de crédit. Mais, qu'en est-il en droit communautaire ?

Si le droit communautaire ignore la définition, le concept juridique français d'établissement public, par contre la notion «d'établissement de crédit» ne lui est pas inconnue.

Au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la directive du 12 décembre 1977 (12), un établissement de crédit est «*une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte*». Or, «*une entreprise qui fait profession habituelle de recevoir du public, sous forme de dépôts ou autrement, des fonds qu'elle emploie pour son propre compte en opération de crédit*» (13) est une banque. La logique aristotélicienne nous permet d'en déduire que les établissements de crédit, définis par le droit communautaire, et les banques forment une seule et même catégorie d'entreprise, ayant des activités similaires. Ces établissements se consacrent habituellement au commerce de l'argent. Les définitions communautaires et internes d'«établissement de crédit» sont identiques. Dans toutes ces définitions, qu'elles soient données par le droit communautaire ou par la doctrine, la notion «d'entreprise» est récurrente. Une entreprise, au sens du droit communautaire, n'a pas forcément la personnalité morale. En effet,

l'entreprise, au sens des articles 85 et suivants du traité de Rome, est une entité qui ne se confond pas avec celle de personne juridique. L'entreprise comporte un ou plusieurs établissements qui regroupent des moyens humains et matériels afin de réaliser un objectif économique. Aussi, le Trésor public, sans personnalité morale, peut être considéré comme une entreprise. Le Trésor public est une entreprise mais, ses activités ne permettent pas de le définir comme un établissement public de crédit. Les directives communautaires de 1977 et 1989 (14), concernant la réglementation des activités des «établissements de crédit», ont exclu définitivement de leur application certaines structures dont les activités diffèrent de celles des établissements de crédit (15). Il en va ainsi de la Banque de France, la Caisse des dépôts et consignations, des offices de chèques postaux et des services financiers de l'Etat (Trésor public) (16). Le Trésor public n'est donc pas, au sens communautaire, un établissement de crédit. En effet, assimiler le Trésor public à un établissement de crédit reviendrait, nous le comprenons, à confondre les activités normales du Trésor avec celles d'une banque.

Le Trésor n'étant pas, au sens communautaire, un «établissement de crédit», pourrait-il alors être un «établissement public de crédit»? De plus cette centralisation des fonds fait-elle partie de l'organisation d'un réseau particulier d'établissements de crédit (et non d'un réseau d'établissements de crédit particuliers)? Enfin, le règlement du 13 décembre 1993 impose que l'emploi des fonds centralisés soit effectué d'une «manière conforme au principe d'une économie de marché où la concurrence est libre». L'emploi des dépôts obligatoires au Trésor répond-il à un tel esprit? La réponse à ces trois questions nous paraît être de toute évidence négative. Aussi, le système français mis en place par l'article 15 de l'ordonnance organique n'est nullement validé par le texte communautaire de 1993. L'obligation de dépôt des fonds au Trésor ne fait pas partie des opérations permises par le règlement 3604-93.

L'éventuelle conformité de l'obligation de dépôt au droit communautaire ne repose donc sur aucune base juridique. Pour l'heure, seule l'organisation interne de l'Etat peut justifier ce système. Nous concevons aisément la faiblesse d'un tel argument face à la construction et au droit communautaires.

## II Les ordonnances organiques et le droit international conventionnel

L'ordonnance organique du 2 janvier 1959 pose dans son article 15 une obligation dont la conformité au droit communautaire est à ce jour douteuse. Or, le texte du 2 janvier 1959 a une valeur juridique inférieure aux traités (1) mais aussi au droit communautaire dérivé (2).

### 1. Le texte du 2 janvier 1959 et les traités internationaux

Par leur jurisprudence concordante, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat (17) considèrent que le traité prévaut sur la loi tant antérieure que postérieure. De même, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est juge non pas de la constitutionnalité de la loi mais de son application (contentieux électoral), fait prévaloir la règle supranationale si elle est différente de la loi française (18).

La loi organique possède en droit interne la nature d'une loi et non d'une disposition constitutionnelle, d'un démembrement de la Constitution. Les ordonnances organiques ont été prises en application de l'ancien article 92 de la Constitution. Le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel considèrent que les ordonnances organiques ont «valeur législative», «force de loi» (19). Aussi, l'article 55 de la Constitution doit s'appliquer. «*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*». La loi organique doit donc céder devant le traité contraire. Le constituant a voulu expressément réaliser un tel assujettissement. En effet, le texte initial du futur article 54 de la Constitution prévoyait que si un traité venait à contenir des dispositions contraires à la Constitution ou à une loi organique, sa ratification n'aurait pu intervenir que dans les formes prévues pour la révision de la Constitution ou de la loi organique (20). Cette référence aux lois organiques disparaîtra et réapparaîtra successivement au cours des débats (21). Cette disposition disparaîtra définitivement dans l'avant-projet du 3 septembre 1958 : elle était incompatible avec l'idée même d'une valeur supralégislative des traités. Aussi, l'intention des constituants est clairement exprimée. Les lois organiques sont hiérarchiquement soumises aux traités. L'obligation de dépôt, principe interne, pourrait être supprimée ou restreinte par un traité international.

### 2. Le texte du 2 janvier 1959 et le droit communautaire dérivé

Le droit communautaire dérivé est subordonné aux traités institutifs. Il a pour fonction d'appliquer le droit communautaire originaire, les traités institutifs. Le droit dérivé trouve sa source formelle dans des actes unilatéraux. Ce sont les traités institutifs qui habilitent les institutions de l'Union européenne à édicter ces actes. Il existe en droit communautaire cinq sortes d'actes. Parmi ces actes nous trouvons tout particulièrement les règlements et les directives. Ces deux catégories d'actes peuvent avoir une influence directe et immédiate sur les règles en application dans les Etats membres. Dans le cas d'une opposition entre l'une de ces normes communautaires dérivées et une loi organique, cette dernière devrait-elle s'effacer?

La jurisprudence du Conseil d'Etat relative au droit communautaire depuis 1989 admet que la loi nationale ne peut pas faire obstacle à un règlement ou à une directive (22). En effet, le droit communautaire dérivé est caractérisé par sa primauté sur le droit interne (23). La loi organique étant de même nature qu'une simple loi, elle ne peut faire obstacle à l'application d'une norme communautaire dérivée. Le Conseil constitutionnel dans sa décision «Maastricht II» a pleinement reconnu cette situation juridique (24). Le Conseil a décidé «*que le renvoi, pour la détermination des conditions d'application de l'article 88-3 à une loi organique postule que ce dernier texte soit lui-même conforme aux modalités d'exercice du droit de vote [...] prévues par le traité de l'Union européenne. Ainsi, la loi organique devra respecter les prescriptions édictées à l'échelon de la communauté européenne pour la mise en place du droit reconnu par l'article 8 b §1*» (25). La loi orga-

nique doit donc s'effacer devant les dispositions contraires d'un traité mais aussi devant l'ensemble des prescriptions édictées à l'échelon communautaire dont font partie les normes communautaires dérivées. Le Conseil constitutionnel affirme que la loi organique doit respecter les normes issues ou procédant d'engagements internationaux (26).

\* \*  
\*

- (1) Décret n° 80-854, *JORF* du 1<sup>er</sup> novembre 1980, p. 2556.
- (2) Voir la circulaire 1B n° 142 du 1<sup>er</sup> février 1988 des ministères des Finances et de la réforme administrative sur les associations bénéficiaires de subventions et le 5<sup>e</sup> alinéa de l'annexe IV à cette même circulaire.
- (3) Ordonnance n° 59-2 portant loi organique relative aux lois de finances, *JORF* du 3 janvier 1959, p. 180. Ce texte peut aussi bien être dénommé «loi organique» que «ordonnance organique».
- (4) Situation résumée des opérations du Trésor au 31 décembre 1997, *JORF* du 14 mai 1998, p. 7293.
- (5) Directive n° 88-361 CEE du 24 juin 1988, *JOCE* n° L. 178, 8 juillet 1988.
- (6) *JORF*, Débats Assemblée nationale, 25 septembre 1989, p. 4263.
- (7) J.-P. Fradin : «Libre circulation des capitaux et obligation de dépôt», *Les cahiers du CNFPT* 1996, n° 46, p. 227.
- (8) Conseil d'Etat, 24 avril 1992, Union nationale des fédérations d'organismes HLM et autres, Rec. 191.
- (9) Règlement du Conseil n° 3604-93, *JOCEL* 332 du 31 décembre 1993. Voir J. Molinier : «Les contraintes et potentialités financières au regard de l'Union européenne», *RFFP* 1995, n° 49, p. 181.
- (10) L. Trotabas et J.-M. Cotteret : «Droit budgétaire et comptabilité publique», *Dalloz*, 1991, p. 172.
- (11) CA Paris, 18 mars 1994, *Dalloz* 1994 IR 107.
- (12) Première directive du Conseil n° 77-780 CEE du 12 décembre 1977, *JOCEL* 322 du 17 décembre 1977.
- (13) Vocabulaire juridique sous la direction de G. Cornu, Association H. Capitant, *PUF*, 1987.
- (14) Première directive du Conseil n° 77-780 CEE, précitée ; deuxième directive du Conseil n° 89-646 CEE du 15 décembre 1989, *JOCEL* 386 du 30 décembre 1989.

Les dispositions de l'article 15 alinéa 6 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 étant inférieures et manifestement contraires aux normes communautaires, une réforme du système actuel n'est pas inenvisageable. Si pour certains financiers (27) l'espoir de libéralisation des dépôts de trésorerie des organismes publics s'est totalement évanoui, l'approche de la pleine application de l'article 104 A du traité de Maastricht pourrait rapidement entraîner des modifications. Une telle réforme ne devrait pas se faire sans prendre des dispositions garantissant la sécurité des fonds libérés. ■

- (15) J.-P. Fradin : «Libre circulation des capitaux et obligation de dépôt», précité, p. 234.
- (16) D. Carreau : «Banques», *Juris-Classeur*, Europe, 1994, fasc. 1020, n° 31.
- (17) Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, *Dalloz* 1975. J 497 ; Conseil d'Etat, 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. 190.
- (18) Décisions du Conseil constitutionnel n° 88-1082 et 1117 du 21 octobre 1988, AN Val-d'Oise, 5<sup>e</sup> circ., Rec. 183.
- (19) Conseil d'Etat, 1<sup>er</sup> juillet 1960, FNOSS et Fradin, Rec. 441, 27 janvier 1961, Daunizeau, Rec. 57, 16 janvier 1963, Confédération nationale des syndicats dentaires, Rec. 22 ; décision du Conseil constitutionnel n° 85-197 DC du 23 août 1985, Rec. 72.
- (20) Débat du groupe de travail du 8 juillet 1958 in «Travaux préparatoires des institutions de la V<sup>e</sup> République», *Documentation Française*, 1987, tome 1, p. 381.
- (21) *Ibidem*, tome 1, p. 423 et 445, tome 2, p. 133.
- (22) Conseil d'Etat, 3 février 1989, Compagnie Alitalia, Rec. 44. Voir D. de Bechillon : «L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat», *RDP* 1991, p. 759.
- (23) *CJCE*, 5 février 1963, Van Gend en Loos, Rec. 3 ; 19 janvier 1982, Becker/Finanzamt Münster Innenstadt, Rec. 53.
- (24) Décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Rec. 76.
- (25) *Ibidem*, considérant 28.
- (26) L. Favoreu, comm. sous décision n° 92-312 DC, *RFDC* 1992, p. 739.
- (27) J. Guerber : «Le marché de la dette des collectivités locales», *Banque*, octobre 1997, n° 585, p. 52.

## BANQUEconférence

Commandez le nouveau compte-rendu de la conférence du 17 mars 1999

# Europe : quelles évolutions pour le droit bancaire et financier ?

BULLETIN DE COMMANDE

550 F - 83,85 € (Frais de port à ajouter : 30 F - 4,57 €)

Nom et Prénom .....  
 Fonction/service .....  
 Adresse .....  
 Localité ..... Code postal .....  
 Tél. : ..... Fax .....

Nombre Montant

Europe : quelles évolutions pour le droit bancaire et financier - Conférence du 17.03.1999 ... ..

Règlement par  chèque bancaire  chèque postal à l'ordre de **Revue Banque**.

carte bancaire\* n° \_\_\_\_\_ Date de validité : mois \_\_\_\_ année \_\_\_\_

Joindre le règlement à la commande et retourner à Mauricette Delbos, **BANQUEÉDITEUR** 18 rue la Fayette 75009 Paris  
 Tél. 01 48 00 54 08 - Fax 01 42 47 16 15 Internet : www.revue-banque.fr - e-mail : delbos@revue-banque.fr