

Quel avenir pour les organismes publics et semi-publics de financement des investissements ?

XAVIER DE LIPSKI

Chargé de cours
Université de Paris Nord (Paris 13)
Docteur en Droit



La mutation des organismes publics et semi-publics de financement des investissements s'inscrit dans ce passage d'un univers dirigiste, dans lequel avaient évolué jusqu'alors ces organismes, à un environnement de plus en plus ouvert et caractérisé par l'afflux des capitaux, la libéralisation des marchés et des échanges internationaux.

Cette mutation a concerné des organismes qui assuraient un rôle de relais de l'action financière de l'État dans la distribution des crédits d'investissement dans les différents secteurs de l'économie et qui constituaient la constellation du Trésor sous son contrôle¹. Elle a touché à la fois des établissements publics qui étaient sous le contrôle étroit de l'État comme la Caisse nationale de crédit agricole, la Caisse centrale de coopération économique, la Caisse pour l'équipement des collectivités locales (CAECL)², et un ensemble d'institutions de droit privé dans lesquelles l'État exerçait un contrôle sur leur fonctionnement. Certaines institutions dont la majorité du capital social appartenait à l'État, étaient classées dans la catégorie des entreprises publiques et avaient le statut de société anonyme³. C'était le cas de la Compagnie d'assurance pour le commerce extérieur (Coface), de la Sofaris⁴... D'autres, comme le Crédit foncier de France, le Crédit national⁵, avaient aussi le statut de société anonyme. Enfin quelques-unes bénéficiaient d'un statut particulier comme les Caisses d'épargne, qui étaient des établissements d'utilité publique; les Banques populaires et la Caisse centrale de crédit coopératif avaient le statut de société coopérative de crédit.

¹ Arrêt CE du 06.12.1966, Société Lambda, Revue administrative, mai 1997.

² Les autres établissements publics étaient la Caisse des prêts aux organismes HLM, la Caisse de consolidation et de mobilisation des crédits à moyen terme (Cacom), la Caisse nationale des autoroutes, la Caisse nationale des télécommunications, la Caisse nationale de l'énergie, la Caisse nationale des marchés de l'État.

Ce changement ne s'est pas produit d'un seul coup. Il s'est étalé sur une vingtaine d'années pour provoquer des réactions en chaîne. C'est pourquoi il est nécessaire de faire le bilan de toutes ces transformations subies de 1975 à nos jours, par ce réseau de financement public, d'en expliquer les raisons, les modalités et les conséquences pour se rendre compte qu'on assistait à un bouleversement, à une véritable mutation non seulement des organismes publics et semi-publics de crédit, mais aussi du système de financement public, du rôle de l'État et des activités de service public.

Et il faut bien distinguer ici la mutation de ces conséquences essentielles.

Celle-ci s'est caractérisée par la réduction du rôle des organismes et elle pose en termes clairs la question de la légitimité de leur existence, à savoir si ces organismes sont indispensables ou simplement utiles. En effet, les bouleversements importants de leur statut juridique, de leurs structures, de leurs ressources financières, qui se rapprochent du droit commun commercial, ne font que renforcer leur caractère utile mais pas nécessaire.

Mais au-delà de ce débat sur la nécessité ou l'utilité des organismes, se profilent les conséquences fondamen-

³ Loi n° 83-675 du 26.07.1983 sur la démocratisation du secteur public, JO du 27.07.1983, p. 2326.

⁴ Et aussi la Banque française du commerce extérieur, le Crédit local de France, le Crédit d'équipement aux PME (CEPME).

⁵ Et le Comptoir des entrepreneurs, la Caisse centrale de crédit mutuel, les sociétés concessionnaires d'autoroutes.

tales de cette transformation. Ainsi, ces bouleversements ont eu des effets très contradictoires sur le système public de financement des investissements. Ils ont aussi remis en question le rôle dirigiste de l'État dans ce système et on peut enfin se demander si ces transformations ne remettent pas en question la notion même de service public dans ce domaine, qui se trouve réduit dans ses privilèges de puissance publique et qui s'oriente vers un service public conforme au droit communautaire.

I La mutation des organismes publics et semi-publics de financement des investissements

Cette mutation s'est réalisée en deux étapes.

La première étape concerna la réforme du financement public qui a modifié la mission attribuée aux organismes, qui est devenue simplement utile. En effet, le but de la réforme était d'assurer le désengagement de l'État du financement des investissements et le rétablissement des mécanismes du marché⁶ qui permettaient aux organismes de trouver des ressources financières abondantes et bon marché. C'est tout le sens de la débudgétisation, qui est le transfert d'une charge publique au secteur privé, charge que l'État avait assurée durant toute l'après-guerre⁷.

Pendant longtemps, l'État avait dû remplir cette fonction de financement des investissements, en utilisant les fonds publics pour accorder des crédits d'équipement et de modernisation à tous les secteurs d'activité, qui en raison de la pénurie de capitaux en avaient besoin. Mais, l'État a rencontré des difficultés de plus en plus grandes pour équilibrer le budget et il s'est déchargé progressivement de la plupart des aides qu'il attribuait aux organismes spécialisés. Ainsi de 1950 à 1983, ces derniers ont complété les crédits publics d'investissement en se procurant les ressources nécessaires sur le marché. En contrepartie, l'État leur accordait des bonifications d'intérêt qui couvraient la différence entre le taux découlant de l'offre et de la demande sur le marché et le taux préférentiel de référence, ou bien il apportait sa garantie sur les prêts que ces organismes finançaient.

Mais l'environnement économique devenu plus favorable poussait à libérer les marchés et à aller plus loin dans les réformes. Ainsi, dès 1984, le mouvement de débudgétisation s'est radicalisé. L'État a supprimé, à cette date, la plupart des prêts bonifiés et des garanties, qui représentaient l'élément essentiel de l'existence des organismes publics et semi-publics de crédit ; par voie de conséquence, il a mis fin à leur rôle indispensable de relais de l'action financière de l'État en les mettant en concurrence avec les autres établissements de crédit.

Cette réforme du financement public a atteint son aboutissement ultime avec la loi bancaire du 24 janvier

1984, qui décida la déspecialisation et l'harmonisation des conditions de concurrence de tous les établissements de crédit et qui acheva ainsi ce que la débudgétisation avait commencé⁸. À la fin de cette évolution, c'est le marché qui a pris le relais de l'État dans le financement de la majeure partie des investissements.

Tout d'abord, la déspecialisation, prévue par la loi bancaire du 24 janvier 1984, a supprimé le monopole de distribution des prêts bonifiés ; elle a aussi élargi le champ d'activité de tous les organismes publics et semi-publics de crédit qui, en conservant des activités de service public, peuvent exercer désormais toutes les activités privées à titre accessoire. En effet, cette loi a créé un cadre juridique à vocation universelle, l'établissement de crédit, qui s'applique à la plupart des établissements de crédit existants.

Ensuite, l'harmonisation des conditions de concurrence a accentué le caractère simplement utile de ces organismes en supprimant leurs prérogatives de gestion (par exemple l'exonération de l'impôt sur les sociétés pour le Crédit agricole) et elle les a soumis à des règles de gestion et de contrôle communes à tous les établissements de crédit.

La deuxième étape de cette mutation a concerné les répercussions de cette réforme sur l'existence de ces organismes, qui se trouvèrent dans l'obligation de tendre vers un statut et un fonctionnement de droit privé afin de ne pas être distancés par les établissements de crédit privés devenus leurs concurrents directs. Ces organismes publics et semi-publics de crédit ont subi quatre types de changement très importants ; la plupart d'entre eux sont devenus, aujourd'hui, des partenaires de droit privé extérieurs à l'administration, en raison des relations contractuelles qu'ils ont établies avec l'État.

Le premier changement de ces organismes a concerné leurs activités. Tout d'abord, leur mission de service public a été réduite tandis que leurs activités privées ont été élargies de façon considérable et sont aujourd'hui prépondérantes. Ainsi, les monopoles de distribution de prêts bonifiés du Crédit agricole, des Banques populaires, du Crédit coopératif, du Crédit foncier de France ont été supprimés ; les prêts bonifiés distribués par les autres organismes ont été réduits tandis qu'ont été maintenus les monopoles de collecte des dépôts des livrets détenus par le Crédit mutuel, les Caisses d'épargne et La Poste.

Ensuite leurs activités de service public restantes ont été mieux délimitées grâce à des conventions passées avec l'État. Tel est le cas de la Caisse nationale de crédit agricole.

Enfin, certains organismes ont conservé un rôle intact dans quelques domaines : les prêts accordés par la Caisse des dépôts et consignations, les garanties accordées par la Sofaris et la Coface.

Le deuxième changement concerna la modification de leur organisation, dont le but était de gérer de façon plus efficace leurs activités privées. Il s'agit d'une organisation à deux degrés, qui a amélioré la cohésion de chaque réseau. Chaque organisme a été tenu d'adhérer à un organisme professionnel central, comme le Groupement des

⁶ Euzeby, *L'État en question Les frontières de l'État*, Les Cahiers Français, n° 271, mai-juin 1995, p. 12.

⁷ F. Delafosse, *La débudgétisation* in Institut français des sciences

administratives, Le budget de l'État, Economica, 1988.

⁸ Loi bancaire n° 84.46 du 26.11.1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, JO du 25.01.1984, p. 390

institutions financières spécialisées pour le Crédit foncier de France. Ces organismes centraux se sont affiliés à une instance unique représentant l'ensemble des établissements de crédit, l'Association française des établissements de crédit (AFEC), dont la mission est de favoriser la concertation entre les membres. Parallèlement, les organismes publics de crédit se sont dotés de directions complètement transformées en raison de l'importance croissante de leurs activités privées.

À l'instar des grands établissements de crédit privés, ces organismes disposent aussi de véritables réseaux internationaux avec des agences, des succursales, des bureaux de représentation à travers le monde.

Et le statut juridique de ces organismes a fait l'objet du troisième changement. Le but a été de les orienter vers un statut de droit privé capable de s'aligner sur le droit commun commercial. Ce changement s'est accompagné d'un retrait de l'État du capital social de la plupart de ces établissements. On a assisté de cette façon à la métamorphose d'établissements publics administratifs, comme la Caisse d'aide à l'équipement des collectivités locales (CAECL) devenue une société anonyme Dexia-Crédit local de France. Il en fut de même pour la Caisse nationale de crédit agricole⁹, qui était auparavant un établissement public à caractère industriel et commercial et qui est devenue une société anonyme. Dans le même temps sont apparus de nouveaux organismes privés de financement des investissements, qui ont été, dès leur origine, extérieurs à l'Administration et qui disposent d'un fonctionnement entièrement privé¹⁰. Cette situation a permis de dépasser le cadre des organismes traditionnels publics et semi-publics, trop souvent inadaptés aux grands projets d'intérêt général, et d'utiliser les techniques les plus modernes de financement des investissements¹¹.

Enfin, le quatrième changement des organismes a concerné la modification de leur fonctionnement. L'État dispose encore d'un pouvoir important de contrôle et de nomination des organes dirigeants dans les établissements publics administratifs, comme la Caisse des dépôts et consignations qui n'a pas d'assemblée d'actionnaires. L'État nomme le directeur général et les directeurs pour chaque direction. Mais, dans les organismes de crédit exécutant simplement des activités de service public sous le contrôle de l'État, les assemblées d'actionnaires nomment la totalité des membres du conseil d'administration qui nomment librement les dirigeants. Tel est le cas de la Caisse centrale de crédit mutuel. La modification de leur fonctionnement a aussi concerné le régime du personnel et les ressources financières de ces organismes. Leur personnel est passé d'un statut privilégié à un statut comparable à celui des entreprises privées et à un régime très proche du droit commun du travail: c'est le cas du Crédit foncier de France. De même, on a assisté à la suppression

des ressources d'origine publique de ces organismes afin de les rapprocher du régime de droit privé. Ainsi ont disparu les dotations, les subventions de l'État, les bonifications d'intérêt, les prêts du Fonds de développement économique et social (FDES), qui ont été remplacés par des ressources d'origine privée: les dépôts, les fonds propres, l'émission d'emprunts, les prêts auprès des institutions financières.

II Les conséquences de cette mutation

Les conséquences de cette mutation des organismes publics et semi-publics de financement des investissements sont importantes.

Tout d'abord, le bilan des bouleversements subis par le système est très contrasté. Le système actuel mis en place au cours de ces vingt dernières années présente deux qualités essentielles. Il a permis de sortir d'une situation sclérosée, très coûteuse pour l'État en raison des bonifications d'intérêt accordées sur les prêts. De même, il présente l'avantage de préserver la fonction étatique capitale d'orientation des structures de financement en maintenant une collecte de l'épargne pour les investissements d'intérêt collectif et social.

Mais il faut indiquer les dérives importantes auxquelles ont donné lieu la libération des circuits publics de distribution de crédit et le choix peu rationnel des financements privés pour des investissements d'intérêt collectif de grande ampleur.

La méthode, qui consistait à ouvrir à la concurrence les réseaux de distribution des investissements comportait le risque de conduire à la faillite des organismes les moins dynamiques. Il apparut rapidement que seules les banques disposant d'une clientèle diversifiée sortiraient indemnes de cette épreuve. En effet, les succès provinrent de trois banques à vocation universelle, le Crédit agricole, le Crédit mutuel et les Banques populaires^{12/13}.

Mais, cette méthode, qui avait si bien réussi à ces trois grandes banques se révéla catastrophique pour le Crédit national, le Crédit foncier de France, le Comptoir des entrepreneurs, qui bénéficiaient depuis leur origine de privilèges et qui ne s'adaptèrent pas à un système libéral prônant le rejet de toutes leurs prérogatives contraires à la libre concurrence. Ils subirent de plein fouet de profondes crises financières aggravées par des crises structurelles qui aboutirent à d'interminables conflits sociaux¹⁴.

La solution de recourir au financement privé de certains investissements d'intérêt collectif est aussi critiquable¹⁵. Les solutions prises par les pouvoirs publics

9 Loi n° 88-50 du 18.01.1988 sur la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole au JO du 19.01.1988, p. 879.

10 Les Sociétés financières des télécommunications, l'Institut du développement des industries agroalimentaires IDIA, l'Institut pour le financement du cinéma et des industries culturelles (IFCIC), les Instituts régionaux de participation.

11 G. Jestin, *Le financement des grands équipements collectifs*, Paris, Revue française de finances publiques, 1988, p. 141.

12 *Rapports de la Caisse nationale de crédit agricole*, 1998, 1999, 2000, 2001.

13 *Rapports du Crédit mutuel de France*, 1998, 1999, 2000, 2001. *Rapports d'activité* du groupe des Banques Populaires, 1998, 1999, 2000, 2002.

14 B. Stern, *Sous les rives du Crédit foncier*, Le Monde du 30.05.1995.

15 R. de La Genière, *Rapport sur l'état des finances publiques*, Notes bleues 1986.

pour le financement de la construction d'autoroutes par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, pour l'utilisation du crédit-bail dans le financement des télécommunications sont autant d'exemples de dépenses excessives pour la collectivité nationale que l'on aurait pu remplacer par des solutions beaucoup plus économiques¹⁶. La crise du financement de l'investissement autoroutier résulte du recours systématique à l'endettement par ces sociétés, du lancement de programmes sans tenir compte du taux de rentabilité des investissements. De même, le financement des investissements des télécommunications se révéla contestable en raison du coût du financement des capitaux beaucoup plus élevé que d'autres sources de financement avec des charges d'intérêt trois fois supérieures à celles provenant des emprunts obligataires placés dans le public¹⁷.

En outre, cette mutation eut pour effet de remettre en question le rôle de l'État qui s'est retiré du financement des investissements mais non de leur orientation. En effet, celui-ci a renoncé à son rôle de banquier du financement des investissements en se déchargeant des aides accordées aux organismes spécialisés et en transmettant le relais au marché. Cependant, il conserve le contrôle sur les établissements chargés de la collecte de l'épargne destinée à alimenter des financements prioritaires et indispensables pour amener des investissements d'intérêt général. Et il a également conservé les moyens de se procurer les ressources financières pour les redistribuer et ces pouvoirs d'intervention de l'État sont nombreux. Il y a le monopole traditionnel des Caisses d'épargne sur le livret A, le livret bleu du Crédit mutuel et le rôle vital de la Caisse des dépôts et consignations qui dispose de la totalité des ressources de la Caisse nationale d'épargne, des ressources du livret A des Caisses d'épargne, des fonds collectés par le livret épargne logement, du monopole des fonds des déposants extérieurs¹⁸. L'État dispose aussi de multiples incitations fiscales, qui ont pour but de réduire le coût des investissements, et de pouvoirs considérables pour orienter les capitaux en accordant sa garantie à différents emprunts.

Enfin, il apparaît indispensable de mesurer les conséquences de cette mutation sur la nature juridique des organismes et la nature de leurs activités. Les transformations qu'ils ont subies depuis vingt ans ont fait perdre à certains d'entre eux le caractère de service public et quant aux autres organismes, il faudrait s'inquiéter de la situation de leurs activités de service public qui risquent de se diluer dans leurs activités en grande partie privées. Un

arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1995 « Union des syndicats de la Caisse des dépôts et consignations » et les conclusions du Commissaire du gouvernement Bonichot nous confirment dans cette position¹⁹. Dans le cas concerné, le Conseil d'État se trouva obligé de se prononcer sur la nature juridique du Crédit local de France pour trancher la question de la légalité de l'opération de sa privatisation par un simple décret. Le Conseil d'État répondit clairement que le Crédit local de France n'était plus, à la date du décret attaqué, une entreprise dont l'exploitation présente le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait. En effet, l'activité du Crédit local de France s'exerce dans des conditions de droit commun en concurrence avec l'ensemble du système bancaire et la plupart des avantages dont il bénéficiait (bonifications d'intérêt, exclusivité du dépôt des fonds libres des collectivités locales) ont disparu. Et le Commissaire du gouvernement, M. Bonichot, a étendu cet argument à toutes les institutions financières spécialisées qui ont perdu, au cours de ces vingt dernières années, le caractère de service public²⁰. Cependant on peut distinguer trois catégories, parmi tous ces organismes.

Ainsi, il y a dans une première catégorie, toutes les institutions qui ont perdu l'exclusivité de la distribution de prêts bonifiés ou privilégiés et qui ne sont plus des services publics²¹: le Crédit local de France, le Crédit foncier de France, le Crédit national, le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises, le Comptoir des entrepreneurs, les sociétés de développement régional, la Banque française du commerce extérieur, l'IDIA, l'IPBM, IDIANOVA, IDES, IDICA, le Crédit agricole.

Une deuxième catégorie regroupe des entreprises mixtes: elles assurent une mission de service public et ont des activités privées. C'est le cas des Banques populaires qui distribuent encore quelques prêts spéciaux bonifiés aux artisans; c'est aussi le cas de la Caisse centrale de crédit coopératif, du Crédit mutuel. D'autres entreprises comme la Coface²² et les Caisses d'épargne ont vu leur mission de service public confirmée²³.

Enfin, quelques rares organismes demeurent des organismes publics à part entière. Ils se consacrent pleinement à des activités considérées par les pouvoirs publics comme essentielles à la collectivité et ils ont été dotés de prérogatives appropriées pour accomplir leur mission. Tel est le cas de la Caisse des dépôts et consignations, des sociétés de concession d'autoroutes, des sociétés de financement des télécommunications, de la Caisse française de développement, de la Sofaris, de l'IFCIC²⁴.

¹⁶ La politique autoroutière française, Rapport de la Cour des comptes, Éditions des JO, juin 1999.

¹⁷ P. Lalumière, *Note sur une expérience de financement privé des investissements publics: les sociétés agréées pour le financement des télécommunications*, Revue de science financière 1975, p. 624.

¹⁸ *Rapports* de la Caisse des dépôts et consignations, 1998, 1999, 2000, 2001, Éléments financiers, Paris.

¹⁹ *Conclusions* M. Bonichot, Commissaire du gouvernement à propos de l'arrêt CE du 30.06.1995, Union des syndicats CGT de la Caisse des dépôts et consignations, Les Petites Affiches du 14.02.1996 n° 20.

²⁰ E. Leser, *L'avenir incertain des institutions financières spécialisées*, Le Monde du 26.05.1994.

²¹ J.-L. de Corail, *La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique*, Mélanges Pequignot, Paris, 1984.

²² P. Guiffre, *Coface Privatisation*, Le MOCI 06.06.1994.

²³ Loi n° 99.532 du 25.06.1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière. JO du 29.06.1999 p. 9487.

²⁴ *Rapport d'activité* de la Sofaris, 1996; *Rapport d'activité* de l'IFCIC du 21.11.1996.

III Les évolutions futures possibles

Au terme de cette analyse, nous pouvons maintenant présenter les évolutions futures envisageables.

La mutation du système de financement public des investissements a entraîné une réduction importante du rôle de l'État banquier. Le nouveau rôle de l'État ne devrait être, dans l'avenir, ni celui d'un État providence, ni celui d'un État gendarme chargé simplement de la sécurité et de la défense des citoyens. En effet, l'État dispose, comme nous l'avons vu, de nombreux atouts pour réorienter une partie de l'épargne vers les investissements les plus productifs ou socialement nécessaires. Le dirigisme n'a pas disparu mais il a pris une forme plus incitative et plus sélective. Le rôle de l'État n'est pas celui d'un gestionnaire, d'un banquier, d'un régulateur, mais d'un orientateur qui s'immisce dans les flux financiers, tels qu'ils résultent du marché, pour les influencer. Il devient la condition fondamentale du bon fonctionnement du marché et on peut parler d'un « État libéral interventionniste »²⁵.

En effet, les politiques publiques permettent d'établir, dans certains domaines, des règles du jeu efficaces ; elles favorisent l'instauration d'un système de surveillance, d'un ensemble de normes de qualité et de sanctions, qui pallie la défaillance des agents économiques. Ainsi, ces politiques publiques font l'économie de négociations beaucoup trop longues entre les agents économiques (entreprises, syndicats...) et elles réduisent non seulement le temps mais aussi le coût de ces transactions pour la collectivité nationale (théorie du *public choice*).

Dans ce contexte, on peut se demander si le monopole de collecte de l'épargne réalisée par l'intermédiaire du Crédit mutuel, des Caisses d'épargne, et de la Caisse des dépôts et consignations est encore justifié. Tout d'abord, l'ensemble des ressources remises à la Caisse des dépôts et consignations n'est pas employé dans sa totalité à des fins d'intérêt général ; il y a de nombreuses fuites dans ce système de distribution des ressources financières car une partie de ces ressources est affectée à d'autres emplois (placements financiers...). Et puis, dans le cadre actuel du libre fonctionnement du marché, toutes ces ressources financières devraient être affectées à des emplois où leur utilisation serait optimale en termes de satisfaction et de rentabilité. Ce qui n'est pas actuellement le cas.

À la suite de ce nouveau rôle de l'État, une nouvelle organisation des services publics est mise en place. Deux hypothèses étaient possibles dans cette recherche de l'efficacité des services publics.

Selon la première hypothèse, les services publics pourraient perfectionner leur organisation en s'adaptant aux règles de gestion privée. Selon la deuxième hypothèse, l'État transférerait la gestion d'un certain nombre de services publics aux entreprises privées. Aujourd'hui, il est évident qu'on s'oriente vers la deuxième hypothèse

puisque la première a clairement montré ses limites au cours des vingt dernières années. Mais cette évolution entraîne de graves difficultés pour les organismes publics et semi-publics de crédit.

En effet, ces organismes qui faisaient auparavant partie intégrante de « la constellation du Trésor », ont quitté cet ensemble et ils ont acquis une indépendance toute théorique. Afin de sauvegarder leur existence, ils ont établi des relations nombreuses avec des groupes financiers puissants ; mais ils risquent de tomber sous la dépendance de ceux-ci, qui finiraient par les contrôler en grande partie.

Enfin, on peut se demander si cette nouvelle organisation de financement des investissements français est compatible avec la conception que se font du service économique d'intérêt général les autorités communautaires et si cette évolution ne nécessite pas une adaptation de la définition française du service public.

Jusqu'à présent, le système de financement français des investissements n'a pas conduit à un contentieux avec les instances européennes qui aurait condamné les droits exclusifs subsistants attribués aux organismes publics et semi-publics de financement des investissements, mais cela est tout à fait possible dans le futur. En effet, l'article 3 du Traité de Rome affirme que les activités de service public ne peuvent déroger entièrement aux principes de libre concurrence et que cette dérogation aux règles de concurrence n'est admise qu'à deux conditions. Celle-ci est autorisée si l'activité de l'entreprise est reconnue comme un service d'intérêt économique général et si cette entreprise s'est vue confier pour accomplir cette mission des droits exclusifs ou spéciaux par les pouvoirs publics (art. 90, al. 2). Ainsi « *les entreprises peuvent déroger aux articles 85, 86, 92, 59 et 30 du Traité de Rome dans la mesure où les règles de concurrence rendent impossibles l'accomplissement de leur mission et/ou l'affectation des échanges qui en résulte n'est pas contraire à l'intérêt général de la Communauté* ». Les directives de coordination bancaire, intervenues dans ce domaine, n'ont pas apporté de réponse à la question des droits exclusifs accordés à ces établissements de crédit privilégiés²⁶. Elles se sont uniquement préoccupées de supprimer les dispositions discriminatoires en ce qui concerne l'établissement d'un organisme de crédit dans un pays et elles ont établi la libre prestation des services financiers entre les établissements de crédit.

À la suite de ces directives, les autorités nationales ont été conduites à supprimer le monopole de distribution des prêts bonifiés qui constituait une grave entorse au principe de libre prestation des services financiers. Mais elles ne se sont jamais intéressées aux autres droits exclusifs des établissements de crédit : monopole de collecte des dépôts, garanties accordées par l'État... En réalité, cette différence de traitement résulte de la distinction entre deux catégories d'activités financières des organismes publics et semi-publics de crédit. D'une part, il y a les acti-

²⁵ A. Fontaine, *Le Monde* du 27.01.1987.

²⁶ Première directive Conseil n° 77-780-CEE de coordination bancaire du 12.12.1998, JO, CEL 322 du 17.12.1977, p. 30 à p. 37. Directive Conseil n° 894-299 CEE du 17.04.1989 concernant les fonds propres des établissements de crédit, JO, L 124 du 05.05.1989, p. 16 à 20. Directive Conseil n° 89647 CEE du 18.12.1989 relative à un ratio

de solvabilité des établissements de crédit, JO, CEL 386 du 30.12.1989, p. 14 à 22. Directive Conseil n° 92-30 CEE du 06.04.1992 sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée, JO, CE 28.04.1992, p. 52 à 58. Directive Conseil européen n° 94-19 CEE de mai 1994 concernant les systèmes de garantie des dépôts, JO, CEL 135 du 31.05.1994, p. 5 à 14.

vités vitales pour l'État et nécessaires à la cohésion sociale qu'on ne peut abandonner aux seuls caprices du marché. Ce sont des activités qui assurent le fonctionnement du système de financement (collecte des dépôts) ou qui assurent le fonctionnement de catégories d'entreprises (entreprises exportatrices, petites et moyennes entreprises). Les organismes de crédit, qui disposent du monopole de collecte des dépôts ou bénéficient de la garantie de l'État, assurent une fonction régaliennne de l'État : ainsi ils contribuent à un véritable service économique d'intérêt général. En revanche, les activités financières qui concernent la distribution des prêts à taux privilégié, sont soumises à la concurrence parce qu'elles ont pour but de satisfaire les besoins du consommateur au meilleur coût, comme les autres activités financières privées.

Mais, la Commission européenne pourrait s'attaquer un jour aux monopoles de collecte des dépôts. Les médias se sont déjà fait l'écho d'une plainte déposée par l'Association française contre le privilège du Crédit mutuel de distribution exclusive du crédit bleu, qui est dénoncé comme une aide abusive de l'État contraire à la libre concurrence²⁷. Et, on peut se demander si la Commission ne pourrait pas juger certains monopoles de la Caisse des dépôts et consignations comme incompatibles avec le droit de la concurrence. Les moyens de défense sont nombreux, mais il faudra bien les choisir.

Le meilleur argument serait d'affirmer que la Caisse des dépôts et consignations assure un service économique d'intérêt général en raison de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, cette jurisprudence est plus souple depuis quelques années et elle est devenue favorable à certains droits exclusifs des États nationaux concernant un service économique d'intérêt général. Selon la définition de la Commission, les services d'intérêt économique général sont des activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises de ce fait par les États membres à des obligations spécifiques de service public. Depuis l'arrêt Corbeau²⁸, les restrictions à la concurrence sont fondées dans la mesure où elles permettent à l'entreprise de remplir sa mission dans des conditions économiquement acceptables. L'arrêt Commune d'Almelo du 27 avril 1994 a amené la Cour de justice des Communautés européennes à mettre en pratique cette jurisprudence au monopole d'importation d'électricité et l'arrêt Commission c/France du 23 octobre 1997 a confirmé cette jurisprudence²⁹. La dérogation au principe de libre concurrence est possible dès lors que l'entreprise risquerait de ne plus fonctionner dans des conditions économiquement acceptables et que cette situation pourrait menacer l'accomplissement des obligations de fourniture et d'égalité de traitement entre les clients et les abonnés. Mais, cette dérogation ne doit pas conduire à des discriminations ; elle doit être obligatoirement nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi. De même, la Commission est aujourd'hui plus préoccupée de ne pas porter atteinte

aux finalités d'intérêt général poursuivies par les services publics. Les directives communautaires, qui ont été prises dans certains secteurs de l'économie, dans le domaine de l'électricité, dans le domaine du transport ferroviaire, dans le domaine postal visent les mêmes objectifs. Ces directives font une distinction entre les infrastructures et les services fournis. Ainsi, les infrastructures peuvent être gérées comme des monopoles car elles sont un élément essentiel de cohésion sociale de l'État et parce qu'elles satisfont aux besoins collectifs de la population (les infrastructures ferroviaires, le service postal). En revanche, les services distribués bénéficient d'une ouverture variable selon les secteurs ouverts à la concurrence. Ainsi, le transport aérien, les télécommunications, la téléphonie vocale se sont de plus en plus ouverts à la concurrence depuis quelques années.

En conclusion, les dispositions communautaires des traités européens poussent le service public français à trouver une voie originale dans laquelle celui-ci n'est plus considéré comme en dehors du marché mais est reconnu comme capable de s'adapter aux lois de la concurrence. Il apparaît tout à fait naturel d'accorder la gestion d'activités de service public à plusieurs établissements concurrents dans le cadre de contrats, plutôt que de confier le monopole d'un service public à un seul établissement. Cette évolution devrait permettre d'arriver à un équilibre entre le jeu du marché et la régulation étatique française de façon à réduire l'antagonisme entre le marché et le service public. Plusieurs solutions sont possibles :

- la première solution est d'établir un cahier des charges qui impose à tous les opérateurs des obligations équivalentes ;
- la deuxième solution vise à imposer à un opérateur des obligations particulières de service public. Cette solution a été appliquée en France pour la Coface et pour la Sofaris ;
- la troisième solution permet d'identifier les obligations de service public, d'évaluer les charges correspondantes et d'établir un mécanisme de compensation entre les entreprises libres de ces obligations et celles qui y sont astreintes.

Ainsi, le service public doit présenter, aujourd'hui, deux caractères s'il veut avoir un avenir dans les Communautés européennes³⁰. D'une part, il doit présenter un caractère essentiel, indispensable pour pallier l'insuffisance de l'initiative privée. Le service public ne doit intervenir que dans le cas d'un mauvais fonctionnement du marché. D'autre part, il doit respecter autant que cela est possible les lois du marché. Le service public doit contribuer à l'intérêt général c'est-à-dire aux besoins des citoyens, mais il ne peut pas empêcher le fonctionnement du marché. Les deux autres caractéristiques de la définition traditionnelle du service public, les prérogatives de puissance publique et le lien avec l'État doivent être rejetés au second plan, car elles empêchent l'adaptation du service public au marché par leur omniprésence. Le lien

²⁷ Le Monde du 28.09.1999.

²⁸ Arrêt CJCE C. 320/91, 19.05.1993, Procédure pénale c/Paul Corbeau, Rec. de jurisprudence I- 2533.

²⁹ Arrêt CJCE C. 393/92, 27.04.1996, Commune d'Almelo Rec. de jurisprudence I- 1508. Arrêt CJCE Commission c/France C. 159/94,

Actualité juridique, DA — 20.12.1997.

³⁰ X. de Lipski, *La mutation des organismes publics et semi-publics de financement des investissements*. Thèse, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2002.

avec l'État doit devenir beaucoup plus ténue et les prérogatives de puissance publique sont considérées comme des outils de régulation qui doivent s'intégrer dans le cadre général du marché.

Mais cette théorie selon laquelle le service public serait compatible avec la concurrence présente un certain nombre de faiblesses. Tout d'abord, la notion de service universel développée par la jurisprudence communautaire se prêterait beaucoup moins à une transposition dans ce domaine. Dans le cadre du service universel, la collecte des dépôts, c'est-à-dire l'épargne administrée, ne serait guère compatible avec la concurrence. Ensuite, si l'on voulait réduire les activités de service public à leur minimum dans le but de respecter la libre concurrence, on risquerait d'aboutir à des situations absurdes. Si le livret A était banalisé, les Caisse d'épargne n'attireraient plus que les dépôts des petits épargnants, qui représentent les livrets les plus coûteux. Par conséquent, la distribution du livret A par les Caisses d'épargne cesserait d'être rentable. De même, on

ne peut laisser uniquement à la Coface que la garantie des risques inassurables par le secteur privé au risque de perturber gravement son fonctionnement. C'est là que résident les limites de la théorie selon laquelle le service public serait compatible avec la concurrence. Il y a des cas où il n'y a pas de troisième voie possible. La collecte des dépôts destinés à être redistribués au profit d'investissements productifs et sociaux en constitue le meilleur exemple. Il s'agit d'une fonction régaliennne de l'État.

Les mutations du réseau de financement des investissements intervenues en France depuis trente ans peuvent être jugées comme positives, même si elles ont conduit à la faillite de quelques institutions financières qui ont coûté cher à la collectivité nationale. Elles ont rendu possible en France un dirigisme d'incitation et elles ont permis le retour à une conception plus raisonnable du service public. Celui-ci s'est recentré, à l'heure actuelle, sur des activités qui relèvent essentiellement de la puissance publique. ■

Droit des financements structurés

Zine Sekfali

Conçu comme un outil au service d'entreprises et d'opérations aux enjeux économiques importants et dont la sophistication est croissante, l'ouvrage est résolument tourné vers la pratique, tant française qu'internationale, de ces financements réalisés pour les besoins d'opérations comme des acquisitions d'entreprises, de projets industriels, aéronautiques, maritimes, de satellites ou encore de titrisation. Il vise à permettre aux juristes d'entreprises, avocats, conseils, financiers et étudiants, d'acquérir une vue d'ensemble du régime juridique et de la pratique de ces financements.

L'AUTEUR

Zine Sekfali est responsable des financements structurés au sein de la direction des affaires juridiques du Groupe BNP Paribas, pôle Banque de financements et d'investissements, dont il est membre du Comité de direction. Avocat de formation il est chargé de cours à l'École supérieure de sciences économiques et commerciales (ESSEC).



694 pages • Prix : 75 euros
N° ISBN : 2.86325.331.0

BON DE COMMANDE

Société
Nom Prénom
Fonction Service
Adresse
Code postal Ville
Pays
Code TVA (pour les pays de la CEE)
Téléphone Télécopie
E-mail

Signature

JE COMMANDE

..... exemplaire(s) de : **Droit des financements structurés**
au tarif unitaire de 75 euros (+ frais de port : 5 euros)

JE JOINS À MA COMMANDE MON RÉGLEMENT

pour un total de euros

Règlement à l'ordre de la Revue Banque

18, rue La Fayette 75009 Paris

par chèque
 par carte bancaire n°.....

(sauf American express et Diners Club)

Date limite de validité :/...../.....

Le règlement sur l'étranger est à joindre impérativement à la commande et doit être effectué en euros, par chèque payable en France, net de frais. Pour les virements bancaires et CCP, nous consulter.