

N° 447625

FGDR

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies
Séance du 17 septembre 2021
Lecture du 28 septembre 2021

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , rapporteur public

L'article 58 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne habilite le Gouvernement à prendre dans un délai de six mois à compter de sa publication « *les mesures relevant du domaine de la loi destinées, afin d'améliorer la gestion de la trésorerie de l'Etat, à prescrire, ..., le dépôt sur le compte du Trésor des disponibilités des personnes morales soumises aux règles de la comptabilité publique et d'organismes publics ou privés, établis par la loi, chargés d'une mission de service public et dont les disponibilités sont majoritairement issues de ressources prévues par la loi* ». La loi exclut en outre plusieurs catégories d'organismes de ce mécanisme de centralisation des trésoreries, notamment les caisses de retraite et les CARPA des avocats.

L'ordonnance attaquée prise sur son habilitation prévoit une obligation de dépôt des disponibilités de plusieurs organismes comme le Commissariat de l'énergie atomique, l'agence nationale pour la rénovation urbaine, l'Institut de France ou Pôle Emploi, ainsi que les disponibilités du requérant, le Fonds de garantie des dépôts et résolutions (FGDR). Elle prévoit son entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2021.

Eu égard aux moyens qu'elle développe, vous pourrez requalifier les conclusions de la requête comme tendant uniquement à l'annulation de l'article 1^{er} de l'ordonnance. Cet article concernant le fonds requérant, qui a la personnalité morale, il ne fait pas de doute qu'il a intérêt à l'attaquer contrairement à ce qui est avancé en défense.

La requête présente plusieurs moyens d'inégale difficulté, le 1^{er} soutenant que les règles qui gouvernent l'examen des projets d'ordonnance par le Conseil d'Etat ont été méconnues s'écartant sans hésitation au vu des éléments produits par le ministre.

1.1 Le 1^{er} moyen délicat tient à la difficulté de classer le Fonds de garantie de dépôt et résolution selon la taxonomie qui découle de votre jurisprudence de section APREI (Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, n° 264541). La loi d'habilitation autorise le gouvernement à prendre une ordonnance prescrivant le dépôt sur le compte du Trésor des disponibilités d'organismes, répondant à différentes conditions que nous avons mentionné en introduction.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le FGDR n'est susceptible d'entrer dans le champ d'habilitation que si on le considère comme un organisme privé, établi par la loi, chargé d'une mission de service public. Il n'est pas véritablement contesté que le FGDR est établi par la loi, c'est l'article L312-9 du code monétaire et financier (CMF), même si son origine préexiste à la loi, puisqu'il s'agissait avant 1999 d'une initiative des établissements bancaires de la place de Paris. En revanche le Fonds conteste pouvoir être qualifié d'organisme chargé d'une mission de service public, en s'appuyant notamment sur une consultation du professeur G....

Nous y reviendrons dans le détail par la suite, mais, pour résumer, la mission essentielle du Fonds est de gérer et de mettre en œuvre (art L312-4 CMF) trois mécanismes de garantie dont le principal est le mécanisme de garantie des dépôts, autrement dit une couverture de la plupart des titulaires de comptes, dans la limite d'un plafond, des fonds qu'ils laissent en compte auprès d'établissements de crédit. Les établissements de crédit agréés en France sont tenus d'adhérer au Fonds de garantie et lui procurent les ressources financières nécessaires à l'accomplissement de ses missions sous forme de contributions annuelles (article L321-7).

Le Fonds de garantie peut intervenir sur demande de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) lorsque celle-ci constate qu'un établissement de crédit n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds déposés, mais il peut aussi intervenir à titre préventif, sur proposition de l'ACPR, auprès d'un établissement de crédit dont la situation laisse craindre à terme une indisponibilité des fonds (article L 312-5). Pour une telle intervention préventive, la loi permet au Fonds de souscrire à une augmentation de capital, ou d'acquérir tout ou partie des titres de propriété de la personne concernée, de garantir l'actif ou le passif de la personne concernée ou de consentir des financements.

L'essentiel de l'argumentation du Fonds de garantie est de convenir qu'il exerce bien une mission d'intérêt général, mais que cela ne constitue pas pour autant une mission de service public, particulièrement parce qu'il ne fournirait pas des prestations aux usagers.

Il s'agit pour le Fonds de distinguer dans l'organisation de l'Etat plusieurs modes d'intervention, le service public en étant une modalité, à côté « *des procédés de police et de réglementation unilatérale* ». Et parce que le Fonds n'aurait pas d'activité **prestataire** à des usagers, mais une mission de régulation du système bancaire, celle-ci ne devrait pas être considérée comme une mission de service public.

Il est certain que dans l'étude du droit des services publics, et pour le distinguer des activités de police administrative ou de régulation, le critère de la fourniture de prestations apparaît pertinent. La consultation du professeur G... reconnaît toutefois l'existence d'une thèse plus englobante, défendue par le professeur C..., pour qui « *l'activité de service public se traduit aussi bien par l'édition de réglementations juridiques que par la distribution de prestations* », en mentionnant l'arrêt M... du 31 juillet 1942. Mais le professeur G... estime que cette thèse ne tient pas compte du développement ces dernières décennies de la régulation, qui devrait selon lui ne pas être intégré à la notion de service public.

L'utilité de la notion de service public ici est d'établir le franchissement de la limite qui distingue la simple mission d'intérêt général de celle de service public. Lorsqu'il s'agit par

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

exemple de déterminer si un document détenu par une personne privée doit être considéré comme un document administratif au sens de la loi CADA, le juge ne considérerait pas qu'un organisme privé chargé d'une pure mission de régulation échapperait à la notion de mission de service public, de même qu'on peinerait à considérer, parce qu'un tel organisme de régulation n'exerce pas de prestations, que les fautes commises dans ses missions de régulation puissent échapper au régime de responsabilité administrative.

Mais au delà des questions de principe qui stimulent la doctrine, il nous semble que le postulat de base selon lequel le FGDR ne fournirait pas de prestations mais aurait seulement une activité de régulation pour la prévention et la résolution des défaillances bancaires est très discutable. Le FGDR, lorsqu'il est conduit à indemniser des clients d'une banque, fournit de façon évidente une prestation à ceux-ci. Et de façon plus systémique, le rôle du Fonds est de contribuer à la confiance des utilisateurs des banques dans sa stabilité. Que les actions qu'il mène ne se traduisent pas toujours par une prestation matérielle à un usager déterminé ne nous paraît pas être un critère déterminant pour estimer qu'il n'y a là qu'une mission d'intérêt général.

En réalité, et faute d'indice contraire, le législateur, en renvoyant dans la loi de 2020 à la notion d'organisme privé chargé d'une mission de service public, a voulu lui donner le sens qui est communément donné à cette notion, qui se trouve cristallisé par votre décision de section APREI, qui avait été rendu dans un contentieux où l'enjeu d'espèce était de déterminer si les documents détenus par un organisme étaient des documents administratif communicables, mais la méthode d'identification des critères pour déterminer si une personne privée est chargée d'une mission de service public a une portée plus générale, indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public.

Votre jurisprudence pose un **critère principal**, en principe simple à mettre en œuvre : une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public.

Et elle pose un **critère subsidiaire**, pour intégrer d'autres organismes chargé d'une mission de service public, plus difficile à mettre en œuvre car fondé sur un faisceau d'indices de la volonté implicite de l'administration : une personne privée doit également être regardée comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission.

Ici personne ne conteste que la mission du FGDR est d'intérêt général. C'est la loi qui lui a confié la mission de gérer et de mettre en œuvre le mécanisme de garantie des dépôts et le dispositif de financement de la résolution. S'agissant d'un contrôle de l'administration, celui-ci est également prévu par les textes sous des formes variées. Dans une large mesure, on pourrait dire que le FGDR est un prolongement de l'autorité de contrôle prudentiel et des

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

résolutions, l'ACPR. Toute une série de décisions d'intervention du Fonds ne peuvent être prises que sur demande ou sur avis de l'ACPR comme on l'a déjà dit, et les délibérations par lesquelles son conseil de surveillance arrête le taux ou le montant des contributions appelées auprès de ses adhérents ainsi que la répartition des contributions selon leur nature sont prises sur avis conforme de l'ACPR.

Le règlement intérieur du Fonds et les règles d'emploi de ses fonds sont homologués par le ministre chargé de l'économie. Le contrôle de l'inspection générale des finances est prévu, et un censeur d'Etat désigné par le ministre participe aux travaux de son conseil de surveillance. L'article L312-16 donne au ministre de l'économie la compétence pour préciser par arrêté de nombreuses règles de gouvernance du Fonds mais aussi les modalités de désignation des membres de son conseil de gouvernance.

Tous ces éléments caractérisent le contrôle de l'administration.

Le demandeur cherche encore à démontrer qu'il n'est pas en revanche doté de prérogatives de puissance publique. Un élément au moins nous paraît démontrer le contraire : L'article L. 312-15 prévoit que, pour l'exercice de sa mission d'indemnisation, il a accès aux informations nécessaires détenues par ses adhérents, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et son collègue de supervision ou son collègue de résolution, sans qu'on puisse lui opposer le secret professionnel. Pour le reste, il serait assez paradoxal de considérer que les pouvoirs d'intervention du Fonds ne constitueraient pas des prérogatives de puissance publique, au motif que ces pouvoirs nécessitent soient l'initiative soit l'avis de l'ACPR.

Ces différents éléments nous convainquent donc que le FGDR est bien chargé d'une mission de service public au sens habituel du terme qui est aussi celui de la loi d'habilitation du 17 juin 2020. On peut, en passant et pour finir sur ce point, relever le V de l'article L. 312-6 donne compétence à la juridiction administrative pour connaître des recours de pleine juridiction contre les décisions du Fonds. Cette compétence du juge administratif n'est pas en tant que tel un critère de **l'existence** d'une mission de service public, mais plutôt une **conséquence** habituelle de cette qualification. Même si le raisonnement n'est pas nécessairement bijectif, il vient malgré tout conforté l'appréciation à fournir ici.

1.2 Le même moyen se décline dans une deuxième branche : la loi pose le critère que les organismes concernés aient des disponibilités majoritairement issues de ressources prévues par la loi. Le FGDR n'entrerait pas dans le champ de l'habilitation faute de répondre à ce critère.

L'argument du Fonds nous paraît sur ce point assez vétilleux : certes les ressources du Fonds proviennent des établissements de crédit, entreprises d'investissement et sociétés de financement mentionnées au II de l'article L. 511- 1 du code (et autres). Mais ces entreprises sont tenues par la loi d'adhérer au Fonds et de le financer selon des modalités de calcul déterminées par l'ACPR, toujours selon les dispositions législatives applicables. Il est difficile de considérer qu'il ne s'agit pas donc de ressources majoritairement prévues par la loi.

Vous pourrez donc écarter le moyen de méconnaissance du champ d'habilitation législative dans ses deux branches.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

2. Le Fonds considère que la notion de « disponibilités », qui figure dans la loi d'habilitation et dans l'ordonnance attaquée, serait trop vague, en ne permettant pas de savoir avec suffisamment de précision ce sur quoi porte l'obligation de dépôt sur le compte unique du Trésor.

Nous ne pensons pas que l'ordonnance attaquée serait restée en deçà de sa compétence. La notion de disponibilité peut sans doute en pratique poser des questions de périmètre, pour certains fonds dans des situations limites, mais cela ne suffit pas à imposer au niveau de l'ordonnance une définition plus précise. Cette notion de disponibilités est en réalité très classique : elle figure notamment à l'article 26 de la LOLF de 2001, qui est en partie d'une reprise sur ce point de l'article 15 de l'ordonnance organique n°59-2 du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances, et qui trouve son origine au moins dans un décret impérial en date du 27 février 1811.

L'article 26 de la LOLF pose en particulier que « *Sauf disposition expresse d'une loi de finances, les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont tenus de déposer toutes leurs disponibilités auprès de l'État* ».

Parallèlement aux textes organiques de droit budgétaire, on trouve dans les textes réglementaires de comptabilité publique (RGCP de 1962 et aujourd'hui décret GBCP de 2012) la notion de « fonds libres » qui renvoie à la même chose.

S'agissant de ces collectivités, l'administration retient une conception extensive de l'obligation de dépôt, dont on trouve trace par exemple dès une circulaire du 5 mars 1926. Une jurisprudence assez abondante s'est développée du côté des chambres régionales des comptes sur le respect par les collectivités de leur obligation de dépôt.

Vous avez également eu à connaître de cette question, dans votre décision CE Préfet de la région Rhone-Alpes n°109889 du 9 janvier 1995 au rec, qui ne s'est pas essayée à une définition complète de la notion de disponibilités. Votre décision semble toutefois valider une conception extensive de cette notion en indiquant pour trancher le cas d'espèce qui vous était soumis que ces disponibilités « *comprennent les fonds qui excèdent les besoins immédiats de la collectivité ou de l'établissement et, notamment, ceux qui correspondent à des dépenses, prévues dans son budget mais dont l'engagement effectif est subordonné à la réalisation d'un événement futur et incertain, tel que la défaillance du débiteur vis-à-vis duquel la collectivité ou l'établissement s'est porté caution* ».

Il nous semble que la réponse au moyen d'incompétence positive qui est soulevée n'implique pas que vous vous essayez aujourd'hui à une définition positive de la notion de disponibilités, qui viserait à énumérer les fonds qui doivent obligatoirement et ceux qui ne doivent pas être inclus dans cette notion de disponibilités. Celle-ci doit avoir pensons-nous la même portée générale que celle qui figure à l'article 26 de la LOLF, même si à l'évidence les finances locales ont de nombreuses spécificités. Nous retenons que le législateur organique n'a pas jugé nécessaire d'être plus précis, sans que son application ne pose de difficulté particulière, et en tout cas sans que cela conduise le pouvoir réglementaire à intervenir illégalement dans le domaine de la loi.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

3. Le dernier moyen soutient que l'obligation de dépôt porterait une atteinte disproportionnée au droit de propriété ainsi qu'au droit à la libre disposition des biens garantis par l'article premier du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

On peut un instant s'interroger sur la question de savoir si les dispositions de l'ordonnance, imposant un dépôt sur le compte du trésor non rémunéré, constituent une privation de propriété, ou en tous cas d'un des attributs de la propriété, le fructus, concerné par le 1^{er} alinéa de l'article premier du 1^{er} protocole ou seulement une réglementation de l'usage des biens, concernée par son second alinéa de cet article. Il nous semble que l'on doit retenir ici la première hypothèse puisque le Fonds perd la possibilité de placer ses liquidités à sa guise, et la liberté de le faire le cas échéant contre rémunération.

Plusieurs éléments nous convainquent de la conventionalité du dispositif. Celui-ci est d'abord prévu par la loi. S'agissant du motif d'intérêt général, le gouvernement avance le but de permettre à l'Etat, dans un contexte exceptionnel de forte hausse de l'engagement financier de la puissance publique du fait de la crise sanitaire, de réduire son endettement en substituant des ressources de trésorerie à des émissions de dette. Une discussion entre les parties s'est également engagée sur ce point, le Fonds faisant valoir que les émissions de dette pourraient à l'heure actuelle se réaliser à des taux d'intérêts très avantageux pour l'Etat, mais cette discussion ne nous paraît pas pertinente, dès lors qu'on estime que la réduction du besoin de trésorerie pour l'Etat est un motif d'intérêt général suffisant.

Par analogie, la Cour européenne a dans une affaire du 21 juillet 2016 *Matamas c Grèce* eu à connaître d'une mesure nationale imposant à des épargnants des échanges de titre dont l'utilité au regard du 1^{er} protocole était critiqué, au motif que l'allègement qui en est résulté pour la dette publique, de l'ordre de 0,7 à 0,8 % de la dette globale du pays, serait minime au regard des problèmes sociaux qui auraient frappé les petits épargnants comme eux. Mais la cour reconnaît sur ces questions une large marge d'appréciation des Etats, et s'attache surtout à vérifier que les mesures ne sont pas disproportionnées au but. Dans cette affaire notamment elle avait écarté la méconnaissance de ces stipulations.

S'agissant du critère de proportionnalité de l'atteinte aux biens dans notre affaire, s'il ne fait pas de doute qu'en tant que personne morale le FGDR est bien propriétaire de ses fonds, il faut garder à l'esprit que l'usage qu'il peut en faire est déjà strictement encadré par la loi, en lien avec les missions qui sont les siennes. La situation n'est pas celle d'une entreprise disposant de la façon la plus complète de ses fonds en règle générale. La centralisation des liquidités n'entrave nullement la possibilité pour le Fonds de les utiliser lorsqu'elle en a le besoin, sans que le Trésor ait son mot à dire. Une possibilité d'intervention du Trésor sur ce point, outre qu'elle chargerait différemment la balance de la proportionnalité, pourrait également potentiellement poser des difficultés au regard des règles d'intervention des organes chargés de la régulation bancaire *lato sensu* telle qu'elles sont organisées par les textes communautaires (notamment directive 2014/49/UE du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts). Ce n'est pas ce qui est prévu. Dans ces conditions nous considérons que les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole n'ont pas été méconnues par l'ordonnance ou par la loi d'habilitation, et

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

PCMNC au rejet de la requête.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.