

# Financial Law Institute

Working Paper Series

**WP 2004-12**



**Michel TISON**

**Chronique de jurisprudence et législation  
communautaire - Intermédiaires et marchés  
financiers**

**December 2004**

**WP 2004-12**

**Michel TISON**

**Chronique de jurisprudence et législation communautaire  
Intermédiaires et marchés financiers (1<sup>er</sup> octobre 2003 – 1<sup>er</sup>  
novembre 2004)**

**Abstract**

*This paper outlines the main developments in regulation and case-law on European banking and financial law for the period fall 2003-fall 2004. With regard to case-law, specific attention is devoted to the landmark CaixaBank and Peter Paul cases.*

**To be published in**

*Journal des Tribunaux – Droit européen, 2005*



© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2004





## Chronique de jurisprudence et législation communautaire Intermédiaires et marchés financiers (1<sup>er</sup> octobre 2003 – 1<sup>er</sup> novembre 2004)<sup>(\*)</sup>

Michel Tison  
Financial Law Institute, Université de Gand

### **Introduction**

1 La présente chronique évolue, tout comme le secteur financier, dont cette chronique a tenté, d'année en année, de décrire les principales évolutions au niveau européen, tant sur le plan jurisprudentiel que législatif. Plusieurs facteurs nous conduisent à élargir quelque peu le champ de la présente chronique, afin d'y inclure dorénavant les activités et intermédiaires liés aux marchés des instruments financiers : la "dé-spécialisation" entre les segments autrefois très isolés du secteur financier (banques, assurances et services d'investissements) ; la "dés-intermédiation" croissante du financement des entreprises, ainsi que la forte pénétration des banques commerciales dans les activités autour des marchés des capitaux qui en est la conséquence, et enfin, plus récemment ; les mutations profondes des marchés eux-mêmes. La première partie de la présente chronique sera consacrée à une description succincte des principales évolutions législatives durant la période recensée. La deuxième partie abordera les principales décisions de justice en matière de droit financier européen, tant au niveau communautaire que national.

### **1<sup>ère</sup> partie. La réglementation financière**

2 *Généralités.* Les objectifs formulés dans le *Plan d'Action pour les Services Financiers* de la Commission européenne<sup>1</sup> ont été largement réalisés, par l'adoption d'un nombre considérable de directives européennes, principalement dans le secteur des marchés de capitaux. Outre les nouvelles directives en matière de prospectus et sur les marchés d'instruments financiers (*infra*, n<sup>os</sup> 5-6), le processus "Lamfalussy" a donné lieu à l'adoption, par la Commission européenne, de règles d'exécution des directives-cadre selon le principe de la "comitologie".<sup>2</sup>

---

(\*) L'auteur tient à remercier vivement M. Sebastien Van Drooghenbroeck pour la relecture du manuscrit.

<sup>1</sup> Document COM(1999)232 du 11 mai 1999.

<sup>2</sup> Voy. p.ex. les règles d'exécution de la directive-cadre en matière d'abus de marché :

- Directive 2003/124/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché ;
- Directive 2003/125/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts ;
- Règlement (CE)2273/2003 de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations prévues pour les programmes de rachat et la stabilisation d'instruments financiers ;
- Directive 2004/72/CE de la Commission du 29 avril 2004 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les pratiques de marché admises, la définition de l'information privilégiée pour les instruments dérivés sur produits de base, l'établissement



Ainsi se dessine un corps de règles très détaillées et techniques, qui laisseront peu de marge de manœuvre à des applications divergentes des règles communes dans les Etats-Membres.

3 La Commission européenne a par ailleurs proposé d'étendre le processus "Lamfalussy" — qui s'applique à l'heure actuelle uniquement dans le secteur des marchés de capitaux et services d'investissement — à tout le secteur financier (établissements de crédit, assurances et OPCVM). La proposition de directive<sup>3</sup> permettrait alors à la Commission européenne, assistée de comités sectoriels, d'adopter des mesures d'exécution, sur la base de mandats qui lui seraient conférés dans les directives de base. La proposition a été légèrement amendée en première lecture au Parlement européen. Les amendements visent à souligner la nécessité d'établir un équilibre interinstitutionnel approprié au travers du processus, et à éviter que les mesures d'exécution puissent modifier les dispositions essentielles d'une directive-cadre.<sup>4</sup> La mise en oeuvre de l'extension du processus devrait se réaliser à très brève échéance après l'adoption de la directive: l'entrée en vigueur est prévue le vingtième jour suivant la publication au *Journal Officiel*, et le délai de transposition est de 1 mois seulement après l'entrée en vigueur.

Les différents comités qui devront assister la Commission dans l'élaboration des règles d'exécution ("niveau 2") ont par ailleurs déjà été institués par différentes décisions de la Commission. S'inspirant du processus Lamfalussy, deux comités spécialisés ont à chaque fois été créés, l'un regroupant les autorités de contrôle, et l'autre des hauts représentants des Etats-Membres. La dernière catégorie de comités prendra ses fonctions concomitamment à l'abolition des comités consultatifs constitués sous les directives sectorielles.

Les comités ainsi créés sont, en matière bancaire, le Comité européen de contrôleurs bancaires (CECB; acronyme anglais: CEBS - Committee of European Banking Supervisors)<sup>5</sup> et le Comité bancaire européen<sup>6</sup> (CBE; acronyme anglais: EBC - European Banking Committee).

Dans le secteur des assurances ont été créés le Comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAPP; acronyme anglais: CEIOPS - Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors)<sup>7</sup> et le Comité européen des assurances et des pensions professionnelles (CEAPP; acronyme anglais: EIOPC - European Insurance and Occupational Pensions Committee)<sup>8</sup>. Enfin, les missions des comités existant en matière de valeurs mobilières (CERVM<sup>9</sup> et CEVM<sup>10</sup>) ont été étendues

---

de listes d'initiés, la déclaration des opérations effectuées par les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et la notification des opérations suspectes ;

<sup>3</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 73/239/CEE, 85/611/CEE, 91/675/CEE, 93/6/CEE et 94/19/CE du Conseil ainsi que les directives 2000/12/CE, 2002/83/CE et 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil, afin d'organiser selon une nouvelle structure les comités compétents en matière de services financiers, document COM(2003) 659 final.

<sup>4</sup> Voy. PE, Doc. A5/0162/2004 du 16 mars 2004.

<sup>5</sup> Décision 2004/5/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs bancaires, *JO L 3*, 7 janvier 2004, p. 28. Le Comité a pris ses fonctions le 1er janvier 2004.

<sup>6</sup> 2004/10/CE: Décision 2004/10/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité bancaire européen, *JO L 3*, 7 janvier 2004, p. 36.

<sup>7</sup> Décision 2004/6/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles, *JO L 3*, 7 janvier 2004, p. 30. Le Comité a pris ses fonctions le 23 novembre 2003.

<sup>8</sup> Décision 2004/9/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des assurances et des pensions professionnelles, *JO L 3*, 7 janvier 2004, p. 34.

<sup>9</sup> Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (acronyme anglais: CESR – Committee of European Securities Regulators).

<sup>10</sup> Comité européen des valeurs mobilières (acronyme anglais: ESC – European Securities Committee).



afin d'y inclure la réglementation des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM).<sup>11</sup>

## A. Etablissements de crédit et services bancaires

4 *Fonds propres des établissements de crédit – Bâle 2.* Par une proposition de directive modifiant la Directive bancaire codifiée (2000/12/CE) et la Directive sur l'adéquation des fonds propres (93/6/CEE)<sup>12</sup>, la Commission vise à mettre en œuvre dans l'ordre juridique communautaire les recommandations du Comité de Bâle sur la convergence internationale des normes en matière d'adéquation du capital ("Bâle 2"), adoptées en juin 2004.<sup>13</sup> Le nouveau cadre proposé permet aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement de mesurer leurs besoins en fonds propres pour couvrir les risques attachés à leurs activités, de manière plus raffinée que dans le système actuellement en vigueur. Les entreprises visées peuvent choisir entre plusieurs méthodes :

- soit la méthode "standard" ('standardised approach'), qui, tout comme l'approche actuellement en vigueur, mesure les "risques-crédit" en multipliant les actifs avec un coefficient fixé en fonction du type de crédit ou de l'identité de la contrepartie;
- soit la méthode IRB ('Internal Rating Based'), qui repose sur un système d'évaluation des risques établi par l'institution financière. Cette méthode connaît à son tour deux variantes (approche de base ou 'foundation approach' et approche avancée ou 'advanced approach'), selon la méthodologie d'évaluation adoptée.

La proposition de directive introduit également de nouvelles exigences de fonds propres, destinées à couvrir le risque opérationnel des établissements de crédit. Ici encore, le choix est permis entre différentes méthodes

Le deuxième pilier de l'accord Bâle II, à savoir la mise en place de systèmes de contrôle interne permettant de mesurer et de surveiller de façon adéquate les risques et le montant de fonds propres, est également repris dans la proposition de directive. Enfin, la proposition oblige les établissements de crédit à accroître la transparence envers le marché concernant l'adéquation de leurs fonds propres (troisième pilier de Bâle II). La transposition de la directive est prévue pour le 31 décembre 2006.<sup>14</sup>

## B. Marchés et intermédiaires financiers

5 *Directive 2003/71/CE sur les prospectus.* La directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003<sup>15</sup> modernise et unifie le régime des obligations d'information sous forme de prospectus en cas d'offre publique de valeurs mobilières ou d'admission de celles-ci à un marché réglementé. La directive étend également le régime de

---

<sup>11</sup> Voy. Décision 2004/7/CE de la Commission du 5 novembre 2003 modifiant la décision 2001/527/CE instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, *JO* L 3, 7 janvier 2004, p. 32, et Décision 2004/8/CE de la Commission du 5 novembre 2003 modifiant la décision 2001/528/CE instituant le comité européen des valeurs mobilières, *JO* L 3, 7 janvier 2004, p. 33.

<sup>12</sup> COM 2004 (486), 14 juillet 2004, non encore publié au *JO*.

<sup>13</sup> Cf. BASEL COMMITTEE FOR BANKING SUPERVISION, *International convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, Bâle, juin 2004, <<http://www.bis.org/publ/bcbs107.htm>>.

<sup>14</sup> Sauf pour l'approche IRB avancée, qui ne peut être mise en œuvre avant fin 2007.

<sup>15</sup> *JO*, L 345 du 31 décembre 2003, p. 64.



reconnaissance mutuelle des prospectus pour les transactions multinationales. Comme pour les autres directives en matière d'intégration des marchés des capitaux, la directive suit le modèle du processus Lamfalussy. Les principes généraux énoncés dans la directive sont complétés par un règlement d'application détaillé, dont l'entrée en vigueur — le 1<sup>er</sup> juillet 2005 — coïncide avec la date ultime de transposition de la directive-cadre.<sup>16</sup>

Par rapport au régime antérieur, qui était réparti dans deux directives distinctes, la présente directive se caractérise par un régime plus vaste, qui aboutira à une réduction importante des disparités existant actuellement dans les réglementations des Etats membres. Non seulement la directive contient des dispositions précises concernant la forme, le contenu et la distribution des prospectus — elle prend par exemple en considération les opportunités offertes par l'internet —, mais en plus elle énonce à présent également les cas dans lesquels une offre de valeurs mobilières revêt un caractère public.

#### 6 Directive 2004/39/CE concernant les marchés et instruments financiers (Directive MIF).

La directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés et instruments financiers<sup>17</sup> réalise un remaniement substantiel du cadre juridique européen pour les marchés secondaires d'instruments financiers et les entreprises d'investissement. La directive, qui devra être transposée dans le droit des Etats membres pour le 1<sup>er</sup> mai 2006, abroge et remplace la directive 93/22/CE sur les services d'investissements ("directive DSI").<sup>18</sup> La directive MIF innove à plusieurs égards par rapport à son aînée. Premièrement, elle élargit le champ d'application du régime du passeport européen pour les entreprises d'investissement, tant au niveau des services financiers<sup>19</sup> que des instruments financiers<sup>20</sup> visés. Deuxièmement, la directive approfondit les règles de conduite applicable aux entreprises d'investissement, incorporant dans ses dispositions les principes généraux qui découlent des travaux réalisés au sein du CERVM. Enfin et surtout, la directive MIF innove dans la réglementation des plate-formes de négociation secondaire d'instruments financiers, en tentant de créer un *level playing field* entre les divers modes de négociation (marchés réglementés, marchés alternatifs ou MTF, et internalisation au sein des entreprises d'investissement). La directive MIF étant modelée sur le processus Lamfalussy, elle devrait se borner en principe à énoncer des principes généraux<sup>21</sup>, qui devront sur de nombreux points faire l'objet de règles techniques détaillées par voie de directive ou règlement de la Commission européenne au niveau 2.

#### 7 Harmonisation minimale ou maximale ?

De par leur contexte institutionnel, les nouvelles directives de la génération « Lamfalussy » se différencient clairement de la génération précédente des directives d'intégration financière, adoptées dans le cadre du programme de réalisation du marché intérieur ('Europe 1992'). Ainsi, le processus Lamfalussy permet de parvenir à un niveau d'harmonisation très avancé grâce au système de délégation de

<sup>16</sup> Voy. Règlement 809/2004/CE de la Commission du 29 avril 2004 (*JOCE* L 149 du 30 avril 2004, p. 1.

<sup>17</sup> *JO*, L 145 du 30 avril 2004, p. 1.

<sup>18</sup> Voy. pour plus de détails les contributions dans le numéro thématique de *Euredia* consacré à la directive MIF: *Euredia* 2004, n° 2, pp. 209 à 364. Voy. également pour des commentaires généraux de la directive: K. VUILLEMIN, "Libre propos sur la directive relative aux marchés d'instruments financiers 2004/39/CE", *Joly Bourse* 2004, pp. 579-609; J. HERBST, "Revision of the Investment Services Directive", *J. Fin. Reg. Compl.* 2004, No. 3, pp. 211-218; M. TISON, "Kroniek financiële reglementering", *T.R.V.* 2004, (312), p. 323-324.

<sup>19</sup> Par l'inclusion du conseil en investissement dans la liste des services d'investissement à titre principal.

<sup>20</sup> En incluant certains dérivés sur matières premières dans la liste des instruments financiers.

<sup>21</sup> En réalité, le constat s'impose que la directive-cadre se caractérise par un niveau de détail très élevé dans ces domaines qui ont fait l'objet de négociations difficiles, tel le régime de la transparence en matière d'internalisation d'ordres sur instruments financiers.



compétences réglementaires à la Commission. La délégation se borne cependant à mettre en œuvre les principes énoncés dans la directive-cadre, dans les limites de mandats spécifiques dont les modalités sont précisées dans la directive. Ceci soulève la question de savoir dans quelle mesure les Etats-Membres restent compétents pour introduire ou maintenir des dispositions plus sévères ou rigoureuses que celles contenues dans la directive-cadre. Il convient de souligner que ni la directive prospectus, ni la directive MIF, ne contiennent une quelconque indication à cet égard. Par contre, la directive DSI de 1993 était, tout comme la Deuxième directive bancaire, basée sur le principe de l'harmonisation minimale, jugée suffisante pour parvenir à un régime de reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel. Ce système permettait aux Etats-Membres d'introduire ou de maintenir des règles prudentielles plus sévères dans leur droit interne, tout en leur interdisant d'appliquer ces règles aux institutions financières relevant d'un autre Etat-Membre qui faisaient usage de leur passeport européen. Le paradigme de l' "harmonisation minimale-reconnaissance mutuelle" introduisait ainsi une forme de concurrence entre réglementations au-delà du niveau d'harmonisation minimale atteint par les directives.

Doit-on déduire de l'absence d'une disposition analogue dans (le préambule de) la directive MIF que les Etats-Membres ne sont plus en droit d'excéder le niveau de réglementation harmonisé, à l'égard des entreprises d'investissement qui tombent sous leur juridiction ? Il est permis d'en douter : la simple circonstance que les directives restent silencieuses sur ce point ne permet pas en elle-même de conclure à l'impossibilité pour les Etats-Membres de légiférer au-delà de l'harmonisation. Contrairement aux directives adoptées sur la base de l'article 95 Traité CE, l'harmonisation dans les directives d'intégration fondées sur l'article 48, al. 2 Traité CE n'est pas un objectif en soi, mais constitue simplement le moyen de réaliser les libertés sous-jacentes. Dès lors que cet objectif ne se trouve pas menacé, les Etats-Membres pourraient rester compétents à l'égard des institutions financières soumises à leur droit, tout en respectant pleinement le fonctionnement du passeport européen dont bénéficient les opérateurs relevant d'un autre Etat-Membre. Dans de nombreuses hypothèses cependant, cette discussion pourrait s'avérer plutôt théorique, vu le niveau de détail atteint par l'harmonisation communautaire dans le processus Lamfalussy.

## **II<sup>ème</sup> partie: Développements jurisprudentiels**

### **1. Libre prestation de services transfrontière et exigence d'agrément**

8 La Cour de Cassation française persiste dans sa jurisprudence — fort critiquée en doctrine — relative à l'exigence d'un agrément bancaire en France pour des crédits octroyés par des banques relevant d'un autre Etat membre avant 1993, date d'entrée en vigueur de la Deuxième directive bancaire et du principe du passeport unique européen. S'appuyant sur le dispositif de l'arrêt *Parodi*<sup>22</sup> — qui avait répondu à la Cour de Cassation que l'exigence d'un agrément bancaire constituait une entrave à la libre prestation de services, à moins qu'elle ne puisse se justifier par un motif d'intérêt général —, la Cour maintient, depuis son arrêt du 20 octobre 1998<sup>23</sup>, que l'exigence d'un agrément bancaire répond au test d'intérêt général, et peut dès lors, pour la période précédant l'entrée en vigueur de la Deuxième

<sup>22</sup> CJCE, 9 juillet 1997, *Parodi*, aff. C-222/95, *Rec.*, p. I-3899.

<sup>23</sup> Voy. *supra*, note 41.



Directive bancaire, être imposée également aux établissements de crédit relevant d'un autre Etat membre. Les motifs sur lequel repose cette jurisprudence sont cependant extrêmement succincts. Par arrêt du 7 janvier 2004<sup>24</sup>, la Cour de Cassation considère que l'exigence d'agrément s'impose dès que le contrat de crédit conclu entre une banque étrangère (en l'occurrence belge) et le preneur de crédit résidant en France, s'est formé en France et que l'établissement de crédit ne conteste pas être un établissement de crédit au sens commun des législations belge et française. Cette dernière constatation implique, selon la Cour de Cassation, que l'exigence d'un agrément s'applique, même lorsque l'opération litigieuse était isolée et prenait la forme d'une libre prestation de service, et ce, alors même que la loi bancaire française exige l'exercice d'une activité "à titre de profession habituelle"<sup>25</sup> pour l'application de l'obligation de solliciter un agrément préalable. Selon la Cour, il n'est donc pas requis que l'exercice "à titre habituel" de l'activité bancaire soit localisée sur le territoire français.

9 L'arrêt du 7 janvier 2004 reprend les motifs de la jurisprudence antérieure quant à la justification d'un agrément en France pour les établissements étrangers sous l'angle de l'intérêt général. Cette jurisprudence est cependant critiquable dans la mesure où les considérants de l'arrêt *Parodi* offraient des éléments précieux dans l'application du test d'intérêt général, éléments dont la Cour de cassation n'a précisément pas tenu compte. En outre, la délimitation du champ d'application territorial de la loi bancaire française (et de l'exigence d'un agrément qui en découlait avant 1993) semble aller à l'encontre du droit à la libre prestation de services passive, qui a été consacré par la Cour de Justice des C.E. depuis l'arrêt *Luisi et Carbone*<sup>26</sup>: lorsque l'initiative de la prestation de service émane de l'emprunteur, qui fait une demande de crédit au prêteur établi à l'étranger, ne faut-il pas considérer comme exorbitante une application de la loi bancaire française opérée sur la base de la seule circonstance qu'une offre de crédit a été envoyée au candidat emprunteur à son domicile et a été acceptée par celui-ci à partir de son domicile ? Il serait plus réaliste de s'en tenir à un faisceau d'indices, qui pourrait également prendre en compte d'autres éléments, tels la localisation des démarches préalables à l'offre (formelle) de crédit et le lieu de conclusion du contrat.

## 2. Crédit transfrontalier: droit applicable et libre prestation de services

10 . Un arrêt très intéressant de la Cour d'appel de Colmar s'est prononcé sur la relation entre les règles impératives de droit international privé et le principe de libre prestation de services en matière bancaire. Les époux Raspiller, résidents français, avaient conclu en 1992 deux contrats de prêt auprès de la banque allemande Hypothekbank Hamburg, pour un montant total de 370.000 DEM, garantis par des hypothèques sur des immeubles situés en France. Les conventions étaient soumises au droit allemand en vertu d'une clause expresse contenue dans chacun des contrats.<sup>27</sup> Les conventions de prêt, signées par acte sous seing privé, avaient par la suite fait l'objet d'une réitération devant notaire en France, en vue de la constitution de

<sup>24</sup> Cass. Com., 7 janvier 2004, *Sté Fayet c. Centea*, n° 01-02.481: cf. F.J. CRÉDOT, Y. GÉRARD, "Actualités. Techniques bancaires", *RD banc. fin.* 2004, p. 88-89. L'arrêt confirme l'arrêt du 2 juillet 2002, *JCP*, 2003, éd. E., 396, n° 2, notez J. STOUFFLET.

<sup>25</sup> Voy. la définition d'un établissement de crédit à l'art. L. 511-1 du Code monétaire et financier.

<sup>26</sup> CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi & Carbone*, aff. 286/82 et 26/83, *Rec.*, p. 377.

<sup>27</sup> Exception faite pour la constitution de l'hypothèque, pour laquelle les parties avaient choisis l'application de la loi française.



l'hypothèque. Après être restés en défaut de paiement, et s'être vu notifier un commandement de payer le montant du prêt, les emprunteurs avaient assigné la banque afin de faire annuler les contrats de prêt, alléguant que les conventions étaient contraires aux dispositions impératives de la loi française. En première instance, le tribunal de grande instance de Strasbourg avait débouté les emprunteurs de leurs demandes, au motif que les articles 5 et 7 de la convention de Rome concernant le droit applicable aux obligations contractuelles ne s'appliquaient pas en l'espèce. Par arrêt du 18 février 2004, la Cour d'Appel de Colmar a confirmé ce jugement par des motifs très intéressants, tant sous l'angle du droit international privé que du droit européen.<sup>28</sup> Au niveau du droit international privé, la Cour d'Appel de Colmar considère que l'article 5 de la Convention de Rome, qui permet d'écarter la loi choisie par les parties au profit de la loi du lieu de résidence du consommateur pour les contrats conclus avec eux, ne s'applique pas aux prêts immobiliers. La Cour considère en effet que ces prêts n'ont pas pour objet le financement de la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services, dont fait état le texte de l'article 5. La Cour penche donc vers une interprétation restrictive de l'article 5 de la Convention de Rome<sup>29</sup>, dans un débat qui anime les juges et la doctrine — surtout française et allemande — depuis plusieurs années.<sup>30</sup> Par contre, la Cour n'exclut pas que les dispositions de la loi française en matière de crédit immobilier — la Loi Scrivener — puissent s'appliquer au titre de "loi de police", telle que visée à l'article 7.2 de la convention de Rome.

À ce stade, la Cour d'Appel introduit cependant dans son raisonnement le principe de libre prestation de services (article 49 Traité CE): "Attendu qu'il convient, dès lors, de rechercher si l'application de la Loi Scrivener ne se heurte pas à la libre circulation des services et, notamment des 'produits bancaires'(...)". S'appuyant sur l'arrêt *Arblade* de la Cour de Justice des CE<sup>31</sup>, qui a soumis l'application des lois de police internes entraînant des effets restrictifs sur la liberté de prestation de services au test d'intérêt général, la Cour d'Appel se livre dès lors à une analyse de la compatibilité de la Loi Scrivener avec les conditions formulées par la jurisprudence de la Cour de Justice pour justifier une restriction à la libre circulation. La Cour d'Appel conclut, après un examen détaillé des conventions litigieuses, que les dispositions protectrices essentielles de la Loi Scrivener se trouvaient en l'occurrence déjà intégrées dans la convention par voie de stipulations spécifiques, notamment en offrant aux emprunteurs un délai de réflexion. Par conséquent, l'application de la Loi Scrivener au titre de "loi de police" constituerait, selon la Cour, une entrave injustifiée au principe communautaire de libre circulation des services.

*II* A notre connaissance, il s'agit du premier précédent publié dans le domaine bancaire du "mariage à trois"<sup>32</sup> que constitue la relation entre la libre prestation de services, le droit des contrats et les règles de droit international privé. Dans la mesure où des règles contractuelles

<sup>28</sup> CA Colmar, 18 février 2004, *D.* 2004, n° 26, p. 1898, obs. V. AVENA-ROBARDET.

<sup>29</sup> Contrairement à la question de la compétence judiciaire internationale, où l'article 13 de la convention de Bruxelles applicable à l'époque des faits litigieux permettait au consommateur d'assigner la banque devant les juges de son pays. Cf. également Colmar, 24 février 1999, *Euredia* 1999/3, p. 409, note M. VAN HUFFEL, "Droit international privé, compétence judiciaire et protection des consommateurs dans le domaine du crédit hypothécaire".

<sup>30</sup> Voy. M. TISON, *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, Anvers, Intersentia, 1999, n°s 708-711, pp. 344-346, et les références.

<sup>31</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, aff. jtes.C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, att. 30-31.

<sup>32</sup> La terminologie est empruntée à W. VAN GERVEN, "Convention de Rome, Traité de Rome et prestations de services dans le secteur financier", in *La Convention de Rome. Un nouveau droit international privé européen des contrats. Application aux contrats bancaires*, Paris, Banque & Droit, 1993, p. 30, n° 32.



en matière de services constituent une entrave à la libre prestation des services, du fait qu'elles s'imposent au prestataire de services en vertu d'une règle impérative de droit international privé (p. ex. les articles 5, 7 ou 16 de la Convention de Rome), l'application de ces règles ne sera admise que lorsqu'elles remplissent les conditions du test d'intérêt général. En matière de règles de protection du consommateur, ceci implique que l'application de l'article 5 de la Convention de Rome ne suffit pas en soi pour faire appliquer la loi du pays de résidence du consommateur, même si la protection du consommateur constitue un motif légitime d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Il faudra en outre démontrer que l'application de ces règles protectrices ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le consommateur (critère de proportionnalité).

Le fondement juridique de la soumission des règles de conflit de la Convention de Rome au principe de libre prestation de services du Traité CE n'est cependant pas l'article 20 de la Convention de Rome, comme le soutient la Cour d'Appel de Colmar. Il est vrai que l'article 20 de la Convention donne priorité aux règles de droit international privé contenues dans le Traité CE ou dans le droit communautaire dérivé. Il serait cependant erroné de lire dans les libertés fondamentales du Traité CE une règle de droit international privé, qui dérogerait à la Convention de Rome. On doit plutôt considérer que le principe de libre prestation de services intervient au niveau de *l'application* des règles de droit matériel, rendues applicables en vertu des règles de conflit. Ainsi, lorsque la Cour d'appel de Colmar examine si la Loi Scrivener s'applique au titre de loi de police à un contrat soumis à la loi allemande, elle fait dans un premier temps application de l'article 7.2 de la Convention de Rome. Le deuxième stade du raisonnement juridique consiste à examiner dans quelle mesure l'application effective de la Loi Scrivener peut s'inscrire dans l'exception d'intérêt général susceptible de justifier une entrave à la libre circulation de services. Cet examen se situe donc au niveau de l'application des règles de droit matériel, rendus par hypothèse applicables en vertu de la Convention de Rome. Lorsque la Cour conclut que la Loi Scrivener ne remplit pas les conditions du test d'intérêt général, elle ne censure donc pas la règle de conflit en elle-même, mais décide uniquement de la non-application, en l'espèce, des règles de droit matériel désignées comme étant d'application en vertu de la règle de conflit. Il n'y a donc pas de "conflit" entre plusieurs règles de droit international privé, et il n'y a dès lors pas lieu de faire application de l'article 20 de la Convention de Rome. Les libertés du Traité CE s'imposent par contre au droit matériel des Etats membres en vertu du principe de primauté du droit communautaire.<sup>33</sup>

### *3. Interdiction de rémunération de comptes bancaires et droit d'établissement: arrêt CaixaBank France*

12 Par arrêt du 5 octobre 2004, la Cour de Justice a définitivement mis fin à la controverse qui régnait depuis de nombreuses années en doctrine sur la compatibilité de l'interdiction de la rémunération de comptes à vue en France avec le droit communautaire.<sup>34</sup> L'importance de l'arrêt réside cependant surtout dans l'interprétation que la Cour de Justice a donnée à la notion de "restriction" à la liberté d'établissement, interprétation qui marque une nouvelle phase dans le contentieux relatif aux libertés économiques fondamentales.

<sup>33</sup> Voy. également M. TISON, *De interne markt...*, o.c., pp. 387-399, n°s 804-835.

<sup>34</sup> Voy. not. J. FERRY, "Le 'ni-ni' à l'épreuve de Maastricht", *Banque & Droit*, 1999, n° 65, pp. 17 e.s.



Les faits à l'origine du litige peuvent être résumés comme suit. En 2002, la société CaixaBank France SA, filiale bancaire française du groupe financier Caixa, dont la société holding est établie en Espagne, avait offert sur le marché français un compte-courant qui rapportait un intérêt créditeur de 2% à partir d'un montant en compte de 1500 EUR. Par décision du 16 avril 2002, la Commission bancaire et financière avait dénoncé cette pratique, et avait interdit à CaixaBank de conclure de nouvelles conventions de compte rémunéré, tout en obligeant la banque à dénoncer les clauses d'intérêt dans les conventions de compte existantes. Cette décision se fondait sur l'article L. 312-3 du Code monétaire et financier et la décision n° 86-13 du Comité de la Réglementation bancaire et financière, qui aboutissaient à une interdiction totale pour les établissements de crédit de rémunérer des comptes à vue offerts à des résidents français. CaixaBank France avait interjeté appel contre cette décision devant le Conseil d'Etat, alléguant notamment que l'interdiction restreignait son droit au libre établissement. Le Conseil d'Etat a dès lors soumis une double question à la Cour de Justice par voie préjudicielle : l'interdiction de rémunérer les comptes à vue constitue-t-elle pour CaixaBank France une restriction à la liberté d'établissement (1) ? Dans l'affirmative, cette restriction peut-elle se justifier par une raison impérieuse d'intérêt général (2) ?

Devant la Cour, le gouvernement français et les banques françaises intervenantes avaient soutenu que la liberté d'établissement n'était pas restreinte dans la mesure où l'interdiction de rémunération est indistinctement applicable aux ressortissants nationaux et à ceux des autres Etats membres, et ne vise pas l'accès à une activité professionnelle, mais uniquement les conditions de son exercice. La partie demanderesse, soutenue par la Commission européenne, faisait par contre valoir que l'interdiction de rémunération des comptes à vue constituait une entrave à l'exercice effectif et rentable de l'activité de crédit par le biais d'une filiale établie dans le pays d'accueil. La question soumise à la Cour ne pouvait trouver de solution dans les directives d'harmonisation en matière bancaire, car celles-ci se bornent à énoncer les conditions d'accès au marché en libre prestation de services ou par le biais d'une succursale.

13 Dans ses conclusions, l'avocat-général Tizzano s'est concentré sur l'examen de la notion de "restriction" à la liberté d'établissement, en tentant de trouver dans la jurisprudence de la Cour des principes communs à toutes les libertés. Après examen, il avança la thèse selon laquelle il y a restriction au droit d'établissement dès lors qu'une réglementation nationale régissant l'exercice d'une activité économique répond à l'un des deux critères suivants :: (1) soit la réglementation nationale est de nature à mettre un opérateur étranger dans une *situation de droit ou de fait plus défavorable* par rapport à un opérateur établi dans l'état d'accueil; (2) soit cette réglementation conditionne *directement*, par son objet ou ses effets, *l'accès* de l'opérateur économique au marché du pays d'accueil.<sup>35</sup> Les critères ainsi avancés par l'avocat-général Tizzano sont très semblables à ceux repris dans la jurisprudence *Keck & Mithouard*.<sup>36</sup>

Par la suite, l'avocat-général examina dans quelle mesure l'interdiction de rémunération des comptes à vue satisfait aux critères avancés pour être qualifiés de restriction au droit d'établissement. Après avoir exclu l'hypothèse d'une discrimination en droit, M. Tizzano estima que la réglementation litigieuse pourrait mettre CaixaBank dans une situation *de fait* plus défavorable, lorsque la réglementation française empêche les filiales françaises des banques étrangères de se livrer à une concurrence effective avec les banques françaises pour

<sup>35</sup> Conclusions de l'avocat-général Tizzano présentées le 25 mars 2004 dans l'affaire C-442/02, <<http://curia.eu.int>>, paragraphes 23 à 76.

<sup>36</sup> CJCE, 24 novembre 1993, *Keck & Mithouard*, aff. C-267-268/91, *Rec.*, 1993, p. I-6097.



l'activité de réception de dépôts.<sup>37</sup> L'avocat-général ne se livrera cependant pas à cet examen de fait, estimant qu'il revient à la juridiction nationale de se prononcer sur cette question.<sup>38</sup>

Enfin, l'avocat-général estima que, si l'interdiction de rémunération des comptes à vue était effectivement considérée par la juridiction de renvoi comme une restriction à la liberté d'établissement, cette restriction ne saurait être justifiée par des motifs d'intérêt général: bien que plusieurs motifs, tels la protection des consommateurs ou la promotion de l'épargne, puissent être avancés au titre de l'intérêt général, une interdiction absolue ne satisferait pas au critère de proportionnalité.<sup>39</sup>

Bien qu'elle témoignait d'une interprétation extensive du principe de liberté d'établissement, cette prise de position, , n'en comportait pas moins des risques en renvoyant vers la juridiction française de renvoi l'appréciation de la question de l'existence d'une concurrence effective sur le marché. Chacun se souviendra des suites que la Cour de Cassation française a données à l'arrêt de la Cour de Justice des CE dans l'affaire *Parodi*<sup>40</sup>: alors que l'arrêt de la Cour de Justice contenait, dans ses considérants, des indications claires qui devaient logiquement conduire à considérer l'exigence d'un agrément bancaire contraire à la libre prestation de services, la Cour de Cassation française considéra, sur la base de motifs peu convaincants, que l'exigence d'un agrément satisfaisait le test d'intérêt général.<sup>41</sup> (voy. également *supra*, n° 8).

14 Dans son arrêt du 5 octobre 2004, la Cour de Justice suit implicitement le raisonnement juridique de l'avocat-général sur la notion de restriction à la liberté d'établissement, sans pour autant se référer aux critères retenus dans son arrêt *Keck & Mithouard*. En outre, contrairement à l'avocat-général, la Cour procède elle-même à l'appréciation de l'existence d'une restriction, empêchant par cette voie une appréciation trop restrictive, voire "nationaliste" de cette question par la juridiction de renvoi.

La Cour relève tout d'abord que l'interdiction de rémunération des comptes à vue constitue pour une banque étrangère un obstacle sérieux à l'exercice de ses activités par le biais d'une filiale, obstacle qui rend plus difficile son accès au marché. Selon la Cour, les établissements de crédit se voient gênés dans la collecte de capitaux auprès du public, dès lors qu'ils sont privés de la possibilité de se livrer, par une rémunération des comptes de dépôts à vue, à une concurrence plus efficace aux établissements de crédit traditionnellement implantés dans l'État membre d'établissement, lesquels sont dotés d'un réseau d'agences étendu et disposent, en conséquence, de plus grandes facilités pour recueillir des capitaux auprès du public.<sup>42</sup> La Cour considère en outre que "lorsque des établissements de crédit, filiales d'une société étrangère, cherchent à entrer sur le marché d'un État membre, livrer concurrence au moyen du taux de rémunération des comptes de dépôts à vue constitue une des méthodes les plus efficaces à cette fin. L'accès au marché par ces établissements est donc rendu plus difficile

<sup>37</sup> Concl. Avocat-général Tizzano, *l.c.*, paragraphes 79 à 89.

<sup>38</sup> Concl. Avocat-général Tizzano, *l.c.*, paragraphe 92.

<sup>39</sup> Concl. Avocat-général Tizzano, *l.c.*, paragraphes 98-107.

<sup>40</sup> CJCE, 9 juillet 1997, aff. C-222/95, *Rec.*, 1997, p. I-3899.

<sup>41</sup> Cass. fr. 20 octobre 1998, *Euredia* 1999/1, p. 65, note B. SOUSI, "Privation de liberté de prestation de services en France pour le secteur bancaire avant la deuxième directive".

<sup>42</sup> CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France SA c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-422/02, <<http://curia.eu.int>>, att. 13.



par une telle interdiction”.<sup>43</sup> Cette conclusion s’impose d’autant plus que la collecte de dépôts constitue une des activités de base d’un établissement de crédit.<sup>44</sup>

La Cour examine alors dans quelle mesure la restriction peut être justifiée par un motif impérieux d’intérêt général. La Cour estime que , bien que pouvant justifier une restriction aux libertés communautaires, les deux motifs avancés par le gouvernement français — à savoir la protection des consommateurs et la promotion de l’épargne — ne remplissent pas, en l’occurrence, le critère de proportionnalité. D’une part, le consommateur pourrait tout aussi bien être protégé par un système optionnel, laissant au consommateur le choix entre un compte non-rémunéré, lié à la gratuité des services de paiement (chèques, virements, ..), et un compte rémunéré, lié à une tarification des autres services.<sup>45</sup> D’autre part, la Cour considère que l’interdiction pure et simple de rémunérer les comptes à vue va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger et stimuler l’épargne à moyen et long terme.<sup>46</sup>

Par conséquent, la Cour considère que la réglementation française constitue une entrave au libre établissement dans le chef d’établissements de crédit relevant d’autres Etats-Membres, et désirent exercer leurs activités en France par le biais d’une filiale. La même conclusion s’imposera bien sûr, *a fortiori*, pour l’exercice de l’activité de réception de dépôts par voie d’une succursale ou en libre prestation de services.

15 L’importance de l’arrêt dépasse cependant le cas de figure soumis à la Cour. En effet, la Cour franchit dans l’arrêt *CaixaBank* un nouveau pas dans l’interprétation de ce qui constitue une “restriction” au libre établissement. En soulignant l’importance d’une concurrence effective entre les entreprises locales et les nouveaux établissements, la Cour semble se rallier au principe suivant lesquelles entreprises étrangères doivent être en mesure de “contester” un marché local en utilisant tous les moyens d’une concurrence efficace. L’arrêt *CaixaBank* risque dans cette perspective de se transformer en boîte de Pandore, permettant de qualifier un grand nombre de législations des Etats membres régissant l’exercice d’activités économiques de “restrictions” au libre établissement, restrictions qui devraient dès lors subir avec succès le test d’intérêt général. D’une part, les précisions apportées par la Cour dans l’arrêt *CaixaBank* démontrent que la théorie des *contestable markets*<sup>47</sup> semble sous-tendre le raisonnement juridique visant à déterminer l’existence d’une restriction au libre établissement lorsque sont en jeu des réglementations nationales régissant l’exercice d’une activité, dont l’importance est telle qu’elles constituent une entrave à l’accès au marché de l’Etat d’accueil. D’autre part, et dès lors qu’une restriction au libre établissement est attestée, le test d’intérêt général, tel que celui appliqué dans l’arrêt *CaixaBank*, n’est pas différent de celui qui prévaut dans une situation de libre prestation de services. La Cour ne se rallie donc pas au raisonnement

---

<sup>43</sup> CJCE, 5 octobre 2004, aff. C-422/02, *l.c.*, att. 14.

<sup>44</sup> CJCE, 5 octobre 2004, aff. C-422/02, *l.c.*, att. 16.

<sup>45</sup> CJCE, 5 octobre 2004, aff. C-422/02, *l.c.*, att. 21-22.

<sup>46</sup> CJCE, 5 octobre 2004, aff. C-422/02, *l.c.*, att. 23.

<sup>47</sup> Voy. W.J. BAUMOL, “Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure.” *American Economic Review*, vol. 72, 1982, n° 1, pp. 1-15.



développé par la Commission européenne dans sa Communication interprétative de 1997 sur la deuxième directive bancaire et l'intérêt général.<sup>48</sup> La Commission avait en effet défendu la position selon laquelle, depuis l'arrêt *Gebhard*, toute restriction à la libre prestation de services constituait en même temps une restriction au libre établissement. Au niveau de la justification d'une telle restriction, l'application du critère de proportionnalité permettrait cependant de différencier les deux libertés, en ce que ce critère serait plus facilement satisfait dans l'hypothèse d'un établissement : on se trouve en effet ici dans une situation d'intégration durable dans l'économie de l'Etat membre d'accueil.<sup>49</sup> L'arrêt *CaixaBank* permet de réfuter cette approche de la Commission : la différenciation entre les deux libertés se situe au niveau de l'existence d'une "restriction" à chacune des libertés. Bien que la Cour adopte un critère identique, l'application de celui-ci peut mener à des résultats différents, dans la mesure où une restriction à la libre prestation de services ne conduit pas nécessairement à une entrave à l'accès au marché dans l'hypothèse où l'activité transfrontière est déployée au moyen d'un établissement dans l'état d'accueil.

16 Il n'en demeure pas moins que l'arrêt *CaixaBank* constitue potentiellement l'amorce d'une nouvelle vague de contentieux en matière de services financiers. A titre d'exemple, pourrait-on imaginer qu'une banque anglaise disposant d'une filiale en Belgique puisse alléguer que le régime belge en matière de variabilité des taux d'intérêts pour les crédits hypothécaires<sup>50</sup> restreint l'accès au marché du crédit hypothécaire en Belgique, dans la mesure où ce régime empêche l'accès au marché en utilisant un moyen de concurrence efficace par rapport aux banques belges disposant d'un grand réseau de distribution ? Signalons également que la nouvelle directive MIF<sup>51</sup> attribue, en matière de règles de conduite, le pouvoir d'élaborer ces règles et d'en assumer le contrôle au pays d'accueil lorsqu'une entreprise d'investissement exerce ses activités par voie d'une succursale. Pourrait-on soutenir, après l'arrêt *CaixaBank*, que cette situation pourrait s'avérer contraire au droit d'établissement sur la base de l'article 43 du Traité CE ? Ce risque ne peut pas être totalement exclu.

### 3. Responsabilité des autorités de contrôle bancaire: arrêt *Peter Paul*

17 Par arrêt du 12 octobre 2004<sup>52</sup>, la Cour de Justice a estimé que ni la directive sur la garantie des dépôts, ni les autres directives en matière bancaire (deuxième directive bancaire, directives sur les fonds propres, ...), ne pouvaient constituer le fondement juridique d'une action en responsabilité dirigée contre les autorités de contrôle prudentiel bancaire en application de la jurisprudence *Francovich*. Cette affaire doit être située dans le contexte de

<sup>48</sup> JOCE, C 209 du 10 juillet 1997, p. 6-22.

<sup>49</sup> Communication interprétative, *l.c.*, pp. 19-20.

<sup>50</sup> Voy. Art. 9 Loi 4 août 1992, qui soumet l'utilisation de taux d'intérêt variables à des conditions fort sévères: utilisation d'un indice de référence; limitations à la périodicité de la variation; interdiction de fluctuations de taux plus importantes vers le haut que vers le bas, ...

<sup>51</sup> Voy. *supra*, note 17.

<sup>52</sup> CJCE, 12 octobre 2004, *Peter Paul e.a.*, aff. C-222/02, <<http://www.curia.eu.int>>



l'existence, dans plusieurs Etats Membres, de règles de droit positif ou de pratiques jurisprudentielles qui aboutissent à limiter, voire à éliminer totalement la responsabilité civile des autorités de contrôle prudentielles envers les déposants. Les dernières années ont, en effet, vu se multiplier les actions en justice intentées contre ces autorités par des déposants qui, suite à des déconfitures bancaires, n'ont pas réussi à récupérer la totalité de leurs dépôts par le biais des systèmes de protection des dépôts en vigueur. Ceci a très souvent conduit les législateurs nationaux à adopter des régimes d'exonération partielle ou totale de responsabilité en faveur des autorités de contrôle, ces initiatives législatives ayant souvent été motivées par le risque de voir s'instaurer une garantie de fait par l'État à raison des faillites bancaires. Ainsi, plusieurs Etats Membres limitent la responsabilité des autorités de contrôle bancaires à l'hypothèse de la faute lourde ou de la fraude.<sup>53</sup> En Allemagne, la loi bancaire aboutit à immuniser totalement les autorités de contrôle bancaire contre tout risque de mise en cause de leur responsabilité civile.<sup>54</sup> La circonstance que l'arrêt *Peter Paul* a été examinée par la chambre plénière de la Cour illustre l'importance que la Cour de Justice attache également à la question.

18 Les faits à l'origine de la question préjudicielle soumise à la Cour de Justice concernent précisément le régime d'immunité en droit allemand. Les demanderesses (Peter Paul et autres) étaient titulaires de comptes bancaires auprès de la banque BVH (Bank für Vermögensanlagen und Handel AG) établie à Dusseldorf. Cette banque avait obtenu un agrément en 1987 de l'autorité de contrôle bancaire (la *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen – BaKred*), sous la condition qu'elle s'affilie à un système de garantie des dépôts. Entre 1987 et 1992, et à plusieurs reprises, la banque BVH tentera vainement d'adhérer au système allemand de garantie des dépôts géré par l'association allemande des banques. À chaque fois, le refus d'adhésion fut basé sur le non-respect des conditions d'admission au système. Parallèlement, la situation financière précaire de la banque amènera la BaKred à effectuer plusieurs inspections auprès de la banque entre 1991 et 1997. En août 1997, la BaKred ordonna la suspension de l'exercice des activités bancaires à l'encontre de BVH, suivi peu après par le retrait de l'agrément bancaire et une action en déclaration de faillite en automne 1997. Puisque la banque BVH n'avait toujours pas adhéré à un système de garantie des dépôts — adhésion qui était cependant devenue obligatoire sur la base de la directive 94/19/CE sur la garantie des dépôts —, les déposants se retrouvaient dans la situation peu confortable de devoir récupérer leurs dépôts dans la masse de la faillite.

Par conséquent, plusieurs déposants ont introduit une action en dommages-intérêts à l'encontre de l'état allemand, en invoquant essentiellement deux griefs: (1) l'état allemand était responsable pour les effets dommageables de la non-transposition, en droit allemand, de la directive 94/19/CE sur la garantie des dépôts, laquelle obligeait tout établissement de crédit à adhérer à un système de protection des dépôts garantissant la couverture des dépôts

<sup>53</sup> Par exemple: Belgique, Luxembourg, Royaume-Uni, Irlande, Malte, Pologne, France (sur base de la jurisprudence du Conseil d'Etat). Voy. pour une analyse approfondie en droit comparé, voy. M. TISON, "Challenging the prudential supervisor – liability versus (regulatory) immunity", in M. BALLING, F. LIERMAN, A. MULLINEUX (eds.), *Financial Markets in Central and Eastern Europe. Stability and Efficiency Perspectives*, London, Routledge, 2004, p. 133-165.

<sup>54</sup> Voy. § 6, al. 4 Kreditwesengesetz, introduit en 1984, suite à deux arrêts de la *Bundesgerichtshof* qui avaient affirmé le principe selon lequel l'autorité de contrôle pouvait être tenue à des dommages et intérêts à l'égard des déposants d'une banque pour fautes dans l'exercice du contrôle prudentiel. La *Kreditwesengesetz* dispose en effet que le contrôle bancaire s'exerce uniquement dans l'intérêt public. Par application de la *Schutznormtheorie* en droit allemand de la responsabilité civile, ceci implique l'impossibilité pour les déposants d'invoquer une faute dans l'exercice du contrôle prudentiel comme fondement juridique pour une action en responsabilité à l'encontre de ces autorités.



bancaires à concurrence d'un montant minimum de 20.000 EUR en cas de faillite de la banque; (2) les demanderesse estimaient avoir été lésées par le comportement fautif de l'autorité de contrôle bancaire dans l'exercice de ses pouvoirs de surveillance à l'égard de la banque BVH.

En première instance, le *Landgericht* de Bonn<sup>55</sup> jugea que l'état allemand était effectivement responsable, sur la base de la jurisprudence *Francovich*<sup>56</sup>, des effets dommageables causés aux demanderesse par la non-transposition de la directive 94/19/CE sur la garantie des dépôts, non-transposition le tribunal qualifia de violation caractérisée du droit communautaire. Le tribunal accorda dès lors des dommages-intérêts à concurrence de 20.000 EUR à chaque demanderesse, montant correspondant au seuil de couverture minimal exigé par la directive 94/19/CE. Le tribunal rejeta pour le surplus les prétentions des demanderesse, se basant sur l'immunité accordée par la loi allemande à l'autorité de contrôle bancaire.

Les demanderesse interjetèrent appel contre le rejet de leur deuxième demande. Par arrêt du 11 janvier 2001, l'*Oberlandesgericht* de Cologne confirma le jugement, tout en soulignant que l'immunité de responsabilité dont jouit la *BaKred* n'est pas contraire au droit communautaire.<sup>57</sup>

Les demanderesse ont alors introduit un recours en cassation contre cet arrêt devant la *Bundesgerichtshof*, en tentant de faire appliquer la jurisprudence *Francovich* à l'hypothèse d'une faute dans l'exercice du contrôle prudentiel. Le but de cette démarche était clairement de contourner l'immunité de responsabilité conférée par la loi allemande à l'autorité de contrôle bancaire, en recherchant un fondement juridique d'une telle responsabilité dans le droit européen. Le principe de la responsabilité sur la base du droit européen mènerait dès lors à l'inapplication du régime d'immunité en droit allemand, en application de la primauté du droit européen. Les demanderesse alléguèrent que les directives bancaires européennes obligeaient les autorités de contrôle bancaire à exercer un contrôle prudentiel adéquat, et que le non-respect des obligations que les directives imposaient ainsi dans l'intérêt des déposants, conférerait aux déposants un droit à réparation envers l'Etat Membre. La *Bundesgerichtshof* estima que cet argument touchait à l'interprétation du droit communautaire, et en particulier la question de savoir dans quelle mesure diverses directives bancaires européennes obligeaient les autorités de contrôle bancaires à exercer leurs compétences dans l'intérêt des déposants.<sup>58</sup> La Cour soumit dès lors à la Cour de Justice

---

<sup>55</sup> Landgericht Bonn, 16 avril 1999, *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 959, *Entscheidungen im Wirtschaftsrecht*, 2000/5, p. 233

<sup>56</sup> CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich & Bonifaci*, aff. C-6/90 et 9/90, *Rec.*, 1991, p. I-5357.

<sup>57</sup> Oberlandesgericht Köln 11 janvier 2001, *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001, p. 645, *Wertpapier-Mitteilungen*, 2001, p. 1372, *Entscheidungen in Wirtschaftsrecht*, 2001/20, p. 962, note R. SETHE.

<sup>58</sup> Ce point de vue se différencie nettement de l'attitude de la House of Lords dans l'action en responsabilité intentée contre la Bank of England suite à la défaillance du groupe bancaire B.C.C.I. Dans cette affaire, les parties demanderesse avaient également soulevé la responsabilité *Francovich* à l'encontre de la Bank of England pour négligences dans l'exercice du contrôle prudentiel sur la B.C.C.I. Sur avis circonstancié de Lord Hope of Craighead, la House of Lords décida que la première directive bancaire 77/780/CE — qui était applicable à l'époque des faits litigieux — ne conférerait pas de droits aux déposants. Plus surprenant était cependant le refus de la House of Lords de soumettre cette question par voie préjudicielle à la Cour de Justice des CE: Lord Hope of Craighead estima que l'interprétation proposée de la première directive bancaire était un "acte clair", ne nécessitant dès lors pas de soumettre la question à la Cour de Justice (voy. *Three Rivers District Council and Others (original appellants and cross-respondents) v. Governor and Company of the Bank of England (original respondents and cross-appellants)*, [2000] 2 *Weekly Law Reports*, p. 1220).



plusieurs questions<sup>59</sup>, dont l'objet était entre autres<sup>60</sup> de savoir dans quelle mesure, soit la directive 94/19/CE sur la garantie des dépôts, soit d'autres directives bancaires (notamment la Deuxième directive bancaire, et les directives sur les fonds propres), conféraient aux déposants le droit de requérir des autorités de contrôle que certaines mesures soient prises dans leur intérêt, de sorte que les fautes ou négligences imputables à ces autorités puissent ouvrir un droit à réparation dans le chef des déposants.

Ces questions doivent être rattachées à la première condition énoncée par la jurisprudence *Francovich* de la Cour de Justice aux fins que puisse être mise en cause la responsabilité des Etats Membres. Il est en effet requis que les dispositions du droit communautaire dont le non-respect est invoqué à l'encontre de l'Etat Membre défendeur, comporte l'attribution de droits aux particuliers.<sup>61</sup>

19 Devant la Cour, les débats se sont dès lors concentrés sur la question de savoir dans quelle mesure les directives bancaires comportaient ainsi l'attribution de droits aux déposants. Pas moins de cinq Etats Membres ont soumis des mémoires devant la Cour, ce qui illustre l'importance attachée par ceux-ci aux répercussions (financières) possibles de la question. Il n'est pas surprenant de constater que tous les Etats intervenants, soutenus par la Commission européenne, ont développé des arguments à l'encontre d'une possible responsabilité de type *Francovich* en matière de contrôle prudentiel. Les conclusions de l'avocat-général Stix-Hackl allaient dans le même sens. Selon l'avocat-général, la circonstance que les directives bancaires se réfèrent à plusieurs reprises à la protection des déposants, ne suffit pas en elle-même à établir que ces directives "comportent l'attribution de droits" aux déposants, avec cette conséquence que ceux-ci pourraient dès lors exiger que certaines mesures de contrôle soient prises à l'encontre d'un établissement de crédit. Selon l'avocat-général, la protection des déposants dans ces directives doit être située dans l'objectif plus vaste des travaux d'harmonisation, à savoir la création de conditions d'égalité de concurrence entre établissements de crédit dans toute la Communauté, en vue de réaliser les principes de libre prestation des services et de libre établissement.

20 Dans son arrêt du 12 octobre 2004, la Cour suivra les arguments développés par l'avocat-général. La Cour observe tout d'abord que la directive 94/19/CE sur la garantie des dépôts oblige les autorités de contrôle des Etats Membres à prendre certaines mesures de surveillance lorsqu'un établissement de crédit reste en défaut d'adhérer à un système de garantie des dépôts ou de remplir les conditions attachées à l'affiliation à un tel système. La Cour considère cependant que les déposants ne puissent pas dans la directive un droit à ce que l'autorité prenne certaines mesures de surveillance dans leur intérêt, lorsque l'Etat Membre en cause a veillé à instaurer ou reconnaître des systèmes de garantie des dépôts conférant la couverture minimale de 20.000 EUR imposée par la directive. Ceci ressort, selon la Cour, non seulement des dispositions de la directive — lesquelles ont uniquement pour objectif d'assurer que les établissements de crédit adhèrent à un système de garantie des dépôts, et d'accompagner cette obligation de mesures adéquates de surveillance —, mais aussi du

---

<sup>59</sup> Voy. JOCE C 202/9 du 24 août 2002.

<sup>60</sup> La première question tendait à déterminer dans quelle mesure l'obligation imposée par la directive 94/19/CE aux Etats Membres de veiller à ce que les établissements de crédit adhèrent à un système de garantie des dépôts, était directement applicable, et pouvait dès lors être invoquée directement par les déposants à l'encontre des autorités de contrôle devant les juridictions nationales. La Cour a, vu la réponse négative aux autres questions, estimé ne pas devoir examiner séparément cette question.

<sup>61</sup> Voy. CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich & Bonifaci*, aff. C-6/90 et 9/90, *Rec.*, 1991, p. I-5357, att. 40.



préambule de la directive, qui se réfère explicitement à la question de la responsabilité des Etats-Membres dans le contexte de la directive.<sup>62</sup>

La Cour examine ensuite la même question sous l'angle des autres directives bancaires, dont la plupart a été codifiée dans la directive 2000/12/CE.<sup>63</sup> La Cour fait valoir que, d'une part, le législateur communautaire se réfère à diverses reprises à la protection des déposants comme l'un des objectifs de l'harmonisation, et qu'il impose, d'autre part, aux autorités nationales de contrôle bancaire certaines mesures de surveillance.<sup>64</sup> Selon la Cour, il ne découle cependant pas de ces dispositions que les directives bancaires visent à créer des droits en faveur des déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts causée par une surveillance défailante de la part des autorités prudentielles. La Cour estime en effet que, à défaut de disposition expresse en ce sens, il convient de tenir compte du fondement juridique des directives bancaires, à savoir l'article 57 du Traité CE: les directives bancaires contiennent, dans la perspective de la réalisation des libertés communautaires, l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante afin de parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments bancaires et des régimes de contrôle prudentiel. Or, la Cour considère que "la coordination des règles nationales relatives à la responsabilité des autorités nationales à l'égard des déposants en cas de surveillance défailante ne paraît pas nécessaire" pour réaliser cet objectif.<sup>65</sup> Cette conclusion repose implicitement sur la prémisse selon laquelle la protection des déposants ne constitue qu'un objectif secondaire à l'objectif d'intégration des marchés.

La Cour souligne en outre que le régime d'immunité de responsabilité est loin d'être unique, car de nombreux autres Etats Membres limitent la responsabilité des autorités de contrôle pour des motifs tenant à la complexité de la surveillance bancaire, dans le cadre de laquelle les autorités ont l'obligation de protéger une pluralité d'intérêts, parmi lesquels plus particulièrement celui de la stabilité du système financier.<sup>66</sup> Enfin, la Cour considère que la protection des déposants en cas de défaillances bancaires se trouve déjà assurée au travers des systèmes de garantie des dépôts instaurés en application de la directive 94/19/CE.

La Cour répond dès lors à la juridiction de renvoi que les directives bancaires ne sauraient être interprétées en ce sens qu'elles accordent aux déposants des droits en cas d'indisponibilité de leurs dépôts causée par une surveillance prudentielle défailante. Le régime d'immunité de responsabilité en droit allemand n'est dès lors pas incompatible avec le droit communautaire.<sup>67</sup>

21 L'arrêt *Peter Paul* ne va pas sans soulever certaines interrogations au niveau de l'argumentation développée par la Cour de Justice, et de la décision qui en découle. Ainsi, la Cour conclura que les directives bancaires ne sauraient constituer le fondement juridique pour une action en responsabilité contre les autorités prudentielles, et ce, parce que les déposants

---

<sup>62</sup> CJCE, 12 octobre 2004, aff. C-222/02, *l.c.*, att. 31. Le 24<sup>ème</sup> considérant du préambule énonce en effet que la directive ne saurait avoir pour effet d'engager la responsabilité des Etats membres ou de leurs autorités compétentes à l'égard des déposants, dès lors qu'ils ont assuré l'indemnisation ou la protection des déposants dans les conditions définies par elle.

<sup>63</sup> Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* L 126, p. 1.

<sup>64</sup> CJCE, 12 octobre 2004, aff. C-222/02, *l.c.*, att. 38-39.

<sup>65</sup> CJCE, 12 octobre 2004, aff. C-222/02, *l.c.*, att. 41-43.

<sup>66</sup> CJCE, 12 octobre 2004, aff. C-222/02, *l.c.*, att. 44.

<sup>67</sup> CJCE, 12 octobre 2004, aff. C-222/02, *l.c.*, att. 46-47.



ne peuvent requérir de la part des autorités de contrôle que de mesures d'ordre prudentiel soient prises dans leur intérêt. Mais cette constatation suffit-elle en elle-même à éliminer toute possibilité de responsabilité des autorités de contrôle basée sur la jurisprudence *Francovich* ? Il est permis d'en douter: la circonstance que les déposants ne peuvent pas faire valoir un droit subjectif à l'encontre des autorités de surveillance bancaire, n'implique pas nécessairement que ces autorités ne devraient pas, lorsqu'elles exercent les missions qui leur sont imparties par les directives bancaires, tenir compte de l'intérêt des déposants, tout comme d'autres intérêts (intérêt des établissements de crédit, intérêt du système financier, ...). Or, il peut être soutenu que, lorsque la Cour de Justice subordonne la mise en cause de la responsabilité pour méconnaissance du droit communautaire à la condition que les règles méconnues par l'Etat Membre soient destinées à conférer des droits aux parties lésées, il s'agit en réalité de la consécration de la *Schutznormtheorie* en droit de la responsabilité des Etats Membres pour violation du droit communautaire: le non-respect d'une norme de droit communautaire ne peut uniquement ouvrir un droit à réparation au profit d'une personne lésée qu'à condition que cette norme vise à protéger l'intérêt de la victime. Il n'est par contre pas requis que la victime puisse faire valoir directement un droit subjectif à l'encontre de l'Etat Membre aux fins de faire respecter ladite norme.<sup>68</sup> Cette condition aboutirait à restreindre les situations de responsabilité de type *Francovich* au non-respect des normes de droit communautaire qui sont d'applicabilité directe dans le droit interne des Etats Membres.<sup>69</sup> De même, la circonstance qu'une norme de droit communautaire puisse poursuivre simultanément une pluralité d'intérêts, parmi lesquels l'intérêt des particuliers, n'empêchera pas les particuliers de se prévaloir de la jurisprudence *Francovich*, mais influencera, le cas échéant, l'analyse de l'existence d'une violation caractérisée du droit communautaire.

22 En tout état de cause, l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire *Peter Paul* soulagera les Etats Membres qui connaissent déjà, dans leur droit interne, des régimes d'exonération de responsabilité au profit de leurs autorités prudentielles bancaires, et incitera vraisemblablement d'autres Etats Membres à suivre ce modèle. Il n'en demeure pas moins que l'approche avalisée par la Cour de Justice n'est pas nécessairement optimale: tant les droits nationaux que la responsabilité de type *Francovich* permettent d'éviter un automatisme dans la mise en cause de la responsabilité des autorités de surveillance bancaire en cas de défaillance d'une banque. La complexité et la multitude d'intérêts à poursuivre dans l'exercice de la surveillance prudentielle, mènent en général à un contrôle marginal du comportement des autorités par le juge. Il en est de même dans la responsabilité du type *Francovich*: l'exigence d'une violation caractérisée<sup>70</sup> du droit communautaire permettra au juge national, qui doit se prononcer sur cette condition, d'apprécier si les autorités de contrôle ont pu raisonnablement agir comme elles l'ont fait, en mettant en balance tous les intérêts

---

<sup>68</sup> Voy. T. TRIDIMAS, "Liability for breach of Community law: growing up or mellowing down?", *Common Market Law Review* 2001, p. 328.

<sup>69</sup> Voy. Cependant l'arrêt de la House of Lords dans l'affaire B.C.C.I., où était soulevée la question de savoir si la première directive bancaire, en soumettant les établissements de crédit à une régime d'autorisation et de surveillance prudentielle, était destinée à protéger les intérêt des déposants, de sorte que la jurisprudence *Francovich* puisse être appliquée à l'hypothèse de fautes de surveillance. Dans son avis circonstancié, Lord Hope of Craighead souligna que les dispositions de la première directive bancaire ne remplissaient pas les conditions d'applicabilité directe en faveur des déposants, et que dès lors une application de la jurisprudence *Francovich* devait en tout état de cause être rejetée: *Three Rivers District Council and Others (original appellants and cross-respondents) v. Governor and Company of the Bank of England (original respondents and cross-appellants)*, [2000] 2 *Weekly Law Reports*, p. 1220 (opinion of Lord Hope of Craighead).

<sup>70</sup> Voy. CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, aff. jtes C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, *Rec.*, p. I-4845, att. 23..



dont elles doivent tenir compte.<sup>71</sup> Enfin, se pose la question de savoir si l'existence d'un régime de responsabilité bien équilibré, qui tient compte des spécificités de la fonction prudentielle, ne pourrait pas inciter les autorités de contrôle à pleinement assumer leurs responsabilités.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Voy. également M. Tison, « Who's afraid of Peter Paul ? », *The Financial Regulator*, 2004, n° 1, (62), p. 70.

<sup>72</sup> *Contra*: J-H. BINDER, "The Advocate-General's Opinion in *Paul and Others v Germany* – Cutting back State Liability for Regulatory Negligence?", *European business Law Review* 2004, (463), p. 476.

# Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.