

**UNIVERSITE RENE DESCARTES
(PARIS V)**

FACULTE DE DROIT

DESS « BANQUES ET FINANCES »

Responsable Pr. Sylvie de COUSSERGUES

**La notion d'établissement de crédit en Europe (droit européen,
droit français et autres droits nationaux)**
Sujet n° 82.

Par

Antoine SCHRICKE

Mémoire soutenu
en vue de l'obtention
du DESS « Banques et Finances »

Directeur de Mémoire :
Thierry SAMIN,
Société Générale.

Année universitaire : 1999 / 2000

Session : Oct./Nov. 2000.

La notion d'établissement de crédit en Europe

Sommaire :

Introduction

Titre 1 : Des définitions disparates, malgré une tentative d'harmonisation communautaire.

Chapitre I / Un choix délibéré, fruit d'une culture nationale et d'une volonté politique.

Chapitre II / La deuxième directive bancaire de 1989 : vers un véritable marché bancaire unique ?

Titre 2 : Un obstacle à la réalisation d'un véritable marché commun des établissements de crédit ?

Chapitre I / Les difficultés d'application du système de la reconnaissance mutuelle des agréments.

Chapitre II / Les discriminations causées par la non-concordance des définitions.

Conclusion.

Résumé :

La notion d'établissement de crédit est différente d'un Etat membre à l'autre malgré l'existence d'une définition commune, et cette situation fait obstacle à la réalisation d'un véritable marché bancaire commun en Europe.

From one membre country to another, credit institutions do not have the same definition despite a common one exists, and this situation hinders the achievement of a real banking common market in Europe.

Mots-clés :

Banque, établissement de crédit, Europe, définition, concurrence.

Bank, credit institution, Europe, definition, competition.

Introduction :

A l'heure de la monnaie unique, la question de la notion d'établissement de crédit, qui pose celle de l'harmonisation communautaire des règles applicables au secteur financier, revêt une importance particulière.

En effet, l'année 1993 a vu l'ouverture du marché bancaire unique, dont un élément clé fut le passage à l'euro le 1^{er} janvier 1999. La profession bancaire fut la dernière à s'ouvrir à l'Europe, dépendante qu'elle était de la libération des mouvements de capitaux¹. Cette libération a eu notamment pour effet de permettre la coordination des législations bancaires nationales, par voie de directives communautaires.

¹ Cette libération est acquise depuis la directive 88/361 du 24 juin 1988 et confirmée par le Traité de Maastricht.

L'ouverture de la profession bancaire au marché unique a eu pour conséquence, et cela est d'autant plus sensible aujourd'hui que nous disposons d'outils de communication de plus en plus performants, de mettre directement en concurrence tous les établissements de crédit européens, soit près de dix mille établissements à fin 1999², dont environ mille deux cents pour la France. La coordination des réglementations au niveau européen était donc nécessaire, afin de mettre tous les acteurs sur un pied d'égalité.

Mais avant cela, afin d'établir la base sur laquelle allait s'édifier ce marché bancaire unique, il fallait déterminer, au niveau européen, ce qu'était un établissement de crédit. C'est à l'article 1^{er} de la première directive de coordination bancaire du 12 décembre 1977³ (codifié à l'article 1^{er} de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000) que l'on en trouve la définition communautaire : « *Au sens de la présente directive, on entend par « établissement de crédit » une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte* ».

Les rédacteurs du texte de 1977 se doutaient-ils de l'encre et de la sueur qu'allait faire couler une simple conjonction de coordination ?

Toutes les législations nationales n'ont pas repris à la lettre cette définition, et certains Etats, dont la France, s'écartent de la définition communautaire de l'établissement de crédit, notamment en ne reprenant pas le caractère cumulatif de l'article 1^{er} de la directive de 1977 (recevoir des dépôts **et** octroyer des crédits).

Ainsi, la loi bancaire française⁴ définit au premier alinéa de son article 1^{er} les établissements de crédit comme étant « *des personnes morales*

² Il convient de préciser que l'espace financier européen déborde aujourd'hui les frontières de l'Union européenne, le champ d'application de toutes les directives adoptées en matière de banque et d'assurance s'étendant aussi aux Etats de l'Espace Economique Européen.

³ Première directive 77/780/CEE du Conseil du 12 décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, J.O. L 322 du 17 décembre 1977, p. 30. *Les nombreuses directives relatives aux établissements de crédit, dont celle-ci, sont aujourd'hui codifiées dans la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000, et la définition de l'établissement de crédit y est donnée à l'article 1^{er}.*

⁴ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée.

qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque » ; et elle explique au second alinéa de ce même article : « Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement ». Les critères établis par cette définition sont alternatifs, et non cumulatifs.

Mais la législation française n'est pas la seule à s'écarter de la définition communautaire. Il est à cet égard intéressant de noter que, si la Belgique⁵ et le Luxembourg⁶ se sont contentés de transposer purement et simplement la définition de la première directive de coordination bancaire de 1977, la loi bancaire allemande⁷ se réfère, comme la loi bancaire française, aux opérations de banque pour définir l'établissement de crédit, alors même qu'en droit anglais, aucune définition de ce terme n'est donnée par la loi.

La raison principale de cette diversité de définitions au sein même de l'Europe est que la définition communautaire de l'établissement de crédit est donnée par une directive. Or, à la différence du règlement, qui est obligatoire dans tous ses éléments et d'applicabilité directe, la directive ne lie les Etats membres que quant au résultat à atteindre et laisse aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens⁸. La directive de 1977 a donc pu être transposée de façon plus ou moins stricte selon les Etats.

Plusieurs autres directives sont venues compléter le processus d'harmonisation engagé par la première directive de coordination bancaire, dont notamment la seconde directive de coordination bancaire du 15 décembre 1989⁹, qui a établi un système de reconnaissance mutuelle des

⁵ Loi du 22 mars 1993 modifiée relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

⁶ Loi du 5 avril 1993 modifiée relative au secteur financier.

⁷ Loi du 11 juillet 1985 modifiée, relative à l'organisation de la profession bancaire (« Gesetz über das Kreditwesen » ou KWG).

⁸ cf. article 189 du Traité C.E.

⁹ Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à

agréments pour la création de succursales et pour la libre prestation de services¹⁰. Le système ainsi instauré, qui s'applique au bénéfice de tous les établissements de crédit au sens de la première directive bancaire, ne leur est toutefois offert que pour les activités et services énumérés dans l'annexe de la deuxième directive¹¹.

Enfin, il convient de citer la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000¹², toute récente, qui opère codification des nombreuses directives relatives aux établissements de crédit en les regroupant en un texte unique.

L'harmonisation au niveau communautaire des règles applicables aux établissements de crédit, nécessaire pour réaliser un véritable marché commun des établissements de crédit, doit être conciliée avec le principe communautaire de subsidiarité¹³, d'où découle indirectement le système du Home Country Control. Ce système, sur lequel reposent les directives adoptées à ce jour, notamment en matière bancaire, signifie qu'un établissement de crédit considéré est assujéti à un contrôle unique des autorités de l'Etat dans lequel il a son siège social.

Ce système, prolongeant la reconnaissance mutuelle des agréments, donne toute son importance à l'absence de concordance entre les différentes définitions de l'établissement de crédit.

Ainsi se pose la question de savoir si la non-concordance entre la définition communautaire de l'établissement de crédit et certaines définitions nationales, source de difficultés et d'interrogations, est un obstacle à l'harmonisation des législations bancaires.

l'activité des établissements de crédit et son exercice, J.O. L 386 du 30 décembre 1989, p.1. Cette directive aussi est désormais codifiée par la directive 2000/12/CE précitée.

¹⁰ Un établissement de crédit doit être agréé par l'autorité compétente de son pays d'origine (celui de son siège social) pour exercer son activité (cf. article 2 de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000).

¹¹ Cette énumération est cependant fort large et correspond au modèle de la banque universelle. Cf. annexe I de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000.

¹² 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, J.O.C.E. 26 mai 2000, L 126.

¹³ Cf. nouvel article 3 B 2^e alinéa du traité C.E.

Nous proposons d'étudier cette question en examinant tout d'abord la disparité de définitions au regard de la volonté européenne d'harmonisation, puis les conséquences qu'emporte ce constat sur la réalisation d'un marché bancaire commun.

Titre 1 : Des définitions disparates, malgré une tentative d'harmonisation communautaire.

Nous verrons dans un premier temps les raisons qui ont conduit à une telle disparité de définitions, puis dans un second temps la volonté d'harmonisation qui transparaît notamment de la deuxième directive de coordination bancaire de 1989.

Chapitre I / Un choix délibéré, fruit d'une culture nationale et d'une volonté politique.

La première directive de coordination bancaire de 1977 a certes défini la notion d'« établissement de crédit », laissant délibérément de côté le terme de « banque », mais il convient de s'interroger sur l'interprétation qui peut être donnée de cette définition (A), avant d'examiner plus en détail les disparités des législations nationales au regard de la notion communautaire (B).

A. L'interprétation de la notion communautaire d'établissement de crédit.

Rappelons que l'article 1^{er}, paragraphe 1 de la directive 2000/12/CE définit l'établissement de crédit comme étant « *une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte* ».

Cette définition, énoncée à l'origine par la directive du 12 décembre 1977, est basée sur l'idée que la récolte des fonds du public et l'octroi des crédits doivent coexister dans la même entreprise. Cela signifie qu'une entreprise à laquelle manquerait l'une de ces deux activités ne serait pas un établissement de crédit au sens communautaire et que les directives utilisant cette définition ne lui seraient pas applicables¹⁴. Seraient donc laissées en dehors du champ d'application de la directive les entreprises dont l'activité principale est soit d'octroyer des crédits, soit de récolter des fonds du public¹⁵.

Ainsi, la définition elle-même pose des difficultés, en ce qu'elle crée un caractère cumulatif des deux volets de l'activité bancaire, nécessitant leur coexistence pour qu'un établissement de crédit bénéficie de la directive. Le problème est donc de savoir si l'établissement doit effectivement exercer ces deux activités ou s'il suffit qu'il ait la possibilité de les exercer.

Cette question a fait l'objet d'un débat doctrinal qui mérite que l'on s'y intéresse.

Certains auteurs européens étaient davantage en faveur de la solution de l'exercice effectif des deux activités¹⁶.

A l'appui de cette thèse, ils invoquent notamment le fait que « *la première directive bancaire (art. 8, §1, litt. a) permet aux autorités compétentes de retirer l'agrément lorsque l'établissement a cessé son activité pendant une période supérieure à six mois* »¹⁷.

¹⁴ C'est dire l'importance de cette définition, car elle détermine le champ d'application de toutes les directives relatives aux établissements de crédit à compter de celle de 1977.

¹⁵ Il convient de préciser qu'en pratique il existe un certain nombre de sociétés qui octroient des crédits sans récolter de fonds du public, mais que l'inverse est extrêmement rare, pour ne pas dire inexistant.

¹⁶ V. L. Roeges, « *L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire* », Revue de droit bancaire et de la bourse (Cahiers de l'Institut européen de droit bancaire et de la bourse), n° 41, janvier / février 1994, p. 17 ss.

¹⁷ L. Roeges, op. cit., p. 20. Cette disposition est désormais codifiée à l'article 14, §1 (a) de la directive 2000/12/CE précitée.

Nous ne pensons pas que cet élément de réponse soit déterminant, dans la mesure où cet article¹⁸ dispose en réalité : « *Les autorités compétentes ne peuvent retirer l'agrément à un établissement de crédit que lorsque l'établissement ... a cessé d'exercer son activité pendant une période supérieure à six mois,...* ». Il ne s'agit donc que d'une interprétation *a contrario* d'une interdiction de retirer un agrément pour d'autres raisons que celles énumérées. Par ailleurs, la disposition citée laisse la **faculté** aux autorités compétentes (qui, rappelons-le, sont celles de l'Etat dans lequel l'établissement a son siège social) de retirer ou non l'agrément ; et ces autorités nationales prendront leur décision au regard de **leur** législation nationale et donc de **leur** propre définition de l'établissement de crédit, qui peut être plus large que la notion communautaire¹⁹.

Un autre argument avancé en faveur de l'exercice effectif des deux activités est que certaines législations nationales ont retenu une définition plus large, permettant par exemple que la seule activité d'octroyer des crédits suffise à qualifier une entreprise d'établissement de crédit.

Le problème se pose ici au regard du système de la reconnaissance mutuelle des agréments, dont, selon un partisan de cette thèse²⁰, seuls les établissements de crédit au sens communautaire du terme peuvent bénéficier²¹. Une entreprise française répondant à la définition française d'établissement de crédit (plus large que la définition communautaire) et qui ne ferait qu'octroyer des crédits (par exemple une société de crédit-bail, activité que la loi française assimile à une opération de crédit²²), se verrait ainsi refuser le bénéfice du « passeport » européen.

Cette difficulté a désormais été écartée en pratique par la création du statut d'établissement financier par la seconde directive de coordination bancaire de 1989²³, permettant sous certaines conditions aux entreprises ne

¹⁸ L'article 14, §1 (a) de la directive 2000/12/CE précitée.

¹⁹ Par exemple les définitions française et allemande.

²⁰ L. Roeges, « *L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire* », p. 20, précité.

²¹ Article 18 de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 précitée.

²² Article 3, § 2 de la loi du 24 janvier 1984 précitée.

²³ Article 1^{er}, (5) de la directive 2000/12/CE précitée.

répondant pas à la définition communautaire d'établissement de crédit de bénéficiaire de la reconnaissance mutuelle des agréments²⁴.

Un autre courant doctrinal, sur l'initiative d'un commentateur particulièrement averti²⁵, s'était déclaré très tôt en faveur d'une autre interprétation.

Cet auteur interprète ainsi les termes « *dont l'activité consiste à* » de la définition communautaire :

*« Il ne s'agit pas de vérifier si en fait, un établissement considéré réalise effectivement toutes les opérations qu'il est habilité à effectuer, mais tout simplement de constater si ces dernières permettent de qualifier ledit établissement comme un établissement de crédit au sens de la directive »*²⁶.

Selon cette thèse, il suffit donc qu'une entreprise ait une vocation statutaire à réaliser les deux types d'activités pour correspondre à la définition communautaire d'établissement de crédit et être assujettie aux directives, sans avoir la nécessité de les exercer simultanément.

Ces différentes interprétations de la définition communautaire de l'établissement de crédit présentent un intérêt particulier lorsqu'il s'agit d'examiner les législations de certains Etats membres de l'Union européenne.

B. Les disparités des définitions nationales au regard de la notion communautaire d'établissement de crédit.

Nous l'avons dit, certaines législations nationales retiennent une définition de l'établissement de crédit différente de celle issue de la

²⁴ Article 19 de la directive 2000/12/CE précitée.

²⁵ P. Clarotti, « *La coordination des législations bancaires* », Revue du marché commun, 1982, p.68 ss. Cet auteur fut l'un des pères de la directive de 1977 et de plusieurs autres concernant les établissements de crédit.

²⁶ P. Clarotti, op. cit., p.75.

directive 77/780/CEE, pourtant confirmée par les directives postérieures, et notamment celle du 20 mars 2000.

Si l'on jette un regard en arrière, on s'aperçoit que les principales directives relatives à l'harmonisation des conditions d'exercice de l'activité des établissements de crédit présentent toutes la caractéristique d'être orientées sur la sécurité offerte aux déposants.

Les directives annexes²⁷ sont également toutes axées sur le contrôle prudentiel²⁸ et la protection des déposants.

Ces observations nous permettent de constater que le droit bancaire européen a essentiellement pour objet le contrôle prudentiel et la protection des déposants²⁹.

En ce qui concerne les Etats membres de la Communauté, ils sont divisés en fonction de leurs conceptions nationales en matière de surveillance et de réglementation.

Le fait que telle définition nationale diffère de celle du voisin et/ou de la définition communautaire n'est certes pas le fruit du hasard mais bien plutôt le fait d'une volonté politique, d'un choix délibéré ou plus simplement d'une conception différente.

Traditionnellement, deux approches existent en la matière.

La première se veut la plus proche possible des objectifs communautaires. Ainsi, les définitions de l'établissement de crédit qu'ont

²⁷ Comme par exemple la directive 89/299/CEE du 17 avril 1989 en matière de fonds propres des établissements de crédit, ou la directive 89/647/CEE du 18 décembre 1989 en matière de ratio de solvabilité des établissements de crédit.

²⁸ Il s'agit ici de contrôler le respect par les établissements de crédit des règles dites « prudentielles », généralement exprimées en termes de ratios, avec pour objectif principal de prévenir des difficultés financières qui pourraient mettre en péril l'établissement lui-même et ses déposants.

²⁹ V. en ce sens J. Pardon, « *Les quiproquos des reconnaissances mutuelles* », Revue de droit bancaire et de la bourse (Cahiers de l'Institut européen de droit bancaire et de la bourse), n° 34, novembre / décembre 1992, p. 237 ss.

retenu les législations relevant de cette considération sont très proches - voire une pure transposition - de la définition communautaire.

Elle réunit notamment la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne et, dans une moindre mesure, les Pays-Bas³⁰ et le Royaume-Uni³¹.

Ces pays considèrent que le principal objectif de la surveillance bancaire consiste à protéger l'épargne du public.

La deuxième approche est, quant à elle, plus large.

Elle réunit notamment la France et l'Allemagne, ces deux Etats ayant défini l'établissement de crédit de façon plus large que la première directive de coordination bancaire³².

Tout comme les Etats relevant de la première approche, ils considèrent qu'aujourd'hui l'objet de la surveillance bancaire réside, bien évidemment, dans la protection de l'épargne du public, mais ils ajoutent qu'il convient également de prendre en compte la préservation de la stabilité du système bancaire, ainsi que l'application de règles de surveillance équivalentes³³.

Selon cette seconde approche, la stabilité du système bancaire pourrait être mise en péril par la faillite d'un établissement dont les activités consisteraient exclusivement en l'octroi de crédits et qui se re-financerait sur le marché interbancaire³⁴.

³⁰ Les différences essentielles que l'on peut relever entre les définitions néerlandaise et communautaire sont, d'une part, que la première fait expressément référence aux personnes physiques et les inclue dans le groupe des entités éligibles au statut d'établissement de crédit, et que, d'autre part, elle inclue dans les opérations de banque la faculté pour celles-ci de réaliser des opérations d'investissement.

³¹ Si le Royaume-Uni partage l'opinion de ces autres Etats, en ce sens que le droit anglais considère que le devoir essentiel et absolu du banquier est de garder en sécurité l'argent de son client, aucune définition de ce qu'est un banquier n'est donnée par la loi.

³² La loi allemande (Loi du 11 juillet 1985 modifiée, dite KWG, précitée) définit en son article 1^{er}, 1^{er} alinéa les établissements de crédit comme « *des entreprises qui effectuent des opérations bancaires, lorsque le volume de ces opérations requiert la gestion d'une entreprise sous forme commerciale* », définition relativement proche de la définition française.

³³ V. en ce sens, M. Castillo, « *L'harmonisation du contrôle prudentiel des établissements de crédit dans la C.E.E.* », Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 1993, Thèse dactyl., 428 pages, p. 54 à 75.

³⁴ On voit poindre ici le spectre de ce que l'on a appelé le « risque systémique ».

Il est intéressant de noter que les plus farouches partisans de la thèse selon laquelle une entreprise doit exercer effectivement les deux activités de réception de dépôts et d'octroi de crédits pour être établissement de crédit au sens communautaire, et ainsi entrer dans le champ d'application des directives, sont en grande majorité des ressortissants de pays relevant de la première approche (à l'exception du Royaume-Uni, toutefois).

A l'inverse, les auteurs soutenant la thèse de P. Clarotti³⁵ sont généralement des ressortissants d'Etats membres relevant de la deuxième approche³⁶.

Les directives bancaires ont pour objet de faciliter l'exercice d'un droit fondamental : l'accès et l'exercice de l'activité définie par les directives comme étant celle d'un établissement de crédit.

La voie choisie par les autorités communautaires, pour la mise en place de l'Europe financière, est celle de l'harmonisation minimum des législations nationales, limitée aux seules règles qui concernent l'agrément, le contrôle et la protection du consommateur.

L'article 4 de la directive 2000/12/CE dispose que « *les Etats membres prévoient que les établissements de crédit doivent avoir reçu un agrément avant de commencer leurs activités. Ils en fixent les conditions, sous réserve des articles 5 à 9, ...* ».

Les articles 5 à 8 de ladite directive fixent des règles minimum concernant le capital initial (art. 5), les dirigeants de l'établissement de crédit (art. 6), l'identité et la qualité des actionnaires et associés de l'établissement (art. 7) ainsi que le programme d'activités³⁷ et la structure de l'organisation de l'entreprise (art. 8), et l'article 9 exprime, quant à lui, une

³⁵ P. Clarotti, « *La coordination des législations bancaires* », précité.

³⁶ V. par exemple B. Sousi-Roubi, « *La proposition de deuxième directive de coordination bancaire* », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n° 9, septembre / octobre 1988, p. 158 ss.

³⁷ La demande d'agrément doit être accompagnée d'un programme d'activités, dans lequel sont indiqués le genre des opérations envisagées par l'établissement et la structure de son organisation.

interdiction de prévoir que la demande d'agrément sera examinée en fonction des besoins économiques du marché.

Les règles relatives aux conditions d'agrément sont, on le voit, bien représentatives de la volonté d'harmonisation minimum des directives.

Lorsque l'on examine l'étendue de la liberté laissée (volontairement) aux Etats membres dans la détermination au niveau national des règles afférentes aux établissements de crédit, la diversité des définitions de l'établissement de crédit devient plus compréhensible. Mais si l'on considère la situation présente à la lumière de l'anarchie législative qui existait avant la première directive de coordination bancaire de 1977, force est de constater qu'une certaine harmonisation a été engagée.

Chapitre II / La deuxième directive bancaire de 1989 : vers un véritable marché bancaire unique ?

La première directive de coordination bancaire de 1977 n'était que la première pierre d'un vaste édifice.

C'est avec la directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989³⁸ que l'idée d'un Marché Unique des services bancaires a commencé à acquérir une solidité certaine, et qu'un rapprochement des règles de création des établissements de crédit et des conditions d'accès aux marchés de chaque Etat membre a été opéré.

A. Une harmonisation complémentaire.

³⁸ Directive visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, J.O. L 386 du 30 décembre 1989, p. 1, précitée, dite « deuxième directive de coordination bancaire ».

La deuxième directive de coordination bancaire de 1989 a notamment précisé les conditions d'agrément que les pays membres devaient appliquer, ce qui a eu pour effet de rapprocher les législations nationales, préalable nécessaire au système de reconnaissance mutuelle des agréments.

1. Des conditions d'agrément communes.

Depuis la première directive de coordination bancaire de 1977, Les établissements de crédit sont tenus d'obtenir un agrément administratif, délivré par les autorités compétentes de chaque Etat membre, pour exercer leur activité.

Aujourd'hui, cette condition nous paraît évidente car l'agrément constitue partout la condition préalable à tout commencement d'exercice d'une activité bancaire. Mais n'oublions pas qu'à l'époque, même à fin 1977, certains Etats membres ne prévoyaient pas à titre préalable et dans tous les cas un tel agrément administratif³⁹, ou même n'en prévoyaient pas du tout⁴⁰.

Six conditions étaient alors fixées pour l'octroi d'un agrément à l'établissement de crédit par les autorités compétentes : *l'existence de fonds propres minimum suffisants*⁴¹, *l'existence de fonds propres distincts*⁴², trois conditions relatives aux dirigeants⁴³ (ceux-ci doivent être honorables,

³⁹ Par exemple aux Pays-Bas.

⁴⁰ Par exemple au Royaume-Uni où, avant la loi de 1979, la loi de 1882 sur la lettre de change (« *Bills of Exchange Act, 1882* ») définissait le banquier comme étant la personne qui traite des affaires bancaires. Il fallut attendre l'article 3 de la loi de 1979, prévoyant qu'une banque est reconnue comme telle par décision de la Banque d'Angleterre, pour avoir la première illustration d'un agrément administratif dans ce pays.

⁴¹ Cette prescription n'est que l'énonciation d'un principe et aucun capital minimum n'est fixé.

⁴² Un patrimoine distinct de celui des personnes qui composent l'établissement de crédit, ce qui suppose que l'établissement ait la personnalité morale.

⁴³ C'est-à-dire ceux qui déterminent effectivement l'orientation de l'établissement de crédit. P. Clarotti, « *La coordination des législations bancaires* », précité : toutefois, il n'existe aucune définition commune de la fonction de dirigeant, celle-ci étant par nature très

expérimentés, et au nombre de deux au moins⁴⁴), et *la présentation d'un programme d'activité*.

La deuxième directive de coordination bancaire du 15 décembre 1989 énonce l'objectif suivant dans son premier considérant : « *constituer l'instrument essentiel pour la réalisation du marché intérieur sous le double aspect de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation de services dans le secteur des établissements de crédit* ». Il est donc ici question de permettre à un établissement de crédit agréé dans un Etat membre d'exercer son activité dans n'importe quel autre Etat membre sans avoir à solliciter un nouvel agrément auprès des autorités compétentes de ce pays.

Cela revient concrètement pour chaque pays à reconnaître ledit agrément et le contrôle de tous les autres Etats membres, et le système entier repose en définitive sur une confiance mutuelle entre les pays de la Communauté⁴⁵.

Mais pour que cette confiance existe, il a fallu que la directive prévoie d'abord une harmonisation des législations nationales relativement aux modalités d'agrément et de contrôle.

La directive de 1989 a donc instauré des conditions communes complémentaires.

Elle énonce ainsi **deux conditions** que les autorités compétentes d'un Etat membre considéré doivent vérifier avant de délivrer un agrément à un établissement de crédit⁴⁶. Cette vérification doit porter sur le capital minimum et sur l'identité et la participation des grands actionnaires.

différente d'un pays à l'autre et même d'un type d'établissement de crédit à un autre, à l'intérieur d'un même pays.

⁴⁴ Ce que l'on appelle la « règle des quatre yeux ». A ce sujet, v. Th. Samin, « *Les dirigeants responsables au sens de l'article 17 de la loi du 24 janvier 1984* », Banque et Droit, mars – avril 2000, n° 70, p. 22 ss.

⁴⁵ Par « Communauté », l'on entend non seulement les Etats membres de l'Union Européenne, mais aussi les Etats membres de l'Espace Economique Européen.

⁴⁶ Comme nous l'avons évoqué plus haut ces conditions ne sont pas exhaustives, les directives ne visant qu'une harmonisation minimale ; les Etats membres peuvent décider d'appliquer des critères supplémentaires.

En ce qui concerne le capital, la directive de 1989 fixe, en son article 3, alinéa 1^{er}, un montant minimum de 5 millions d'écus⁴⁷ pour qu'un établissement de crédit obtienne un agrément. Toutefois, l'article 3, alinéa 2 de la même directive prévoit que les Etats membres peuvent, en accord avec la Commission, exiger un capital inférieur à 5 millions d'écus pour certains établissements de crédit dont les activités sont limitées⁴⁸.

Autre condition, l'article 4 de la deuxième directive de coordination bancaire de 1989 énonce qu'un agrément ne pourra être délivré à un établissement de crédit qu'après communication de l'identité des actionnaires ou associés qui y détiennent une participation qualifiée ainsi que du montant de cette participation⁴⁹.

Au-delà de ces conditions relatives à la délivrance d'un agrément, la directive de 1989 énonce aussi les éléments sur lesquels doit porter la surveillance des autorités compétentes d'un Etat membre concerné. Il s'agit d'un contrôle prudentiel, et celui-ci doit porter sur les fonds propres⁵⁰ et sur les prises de participations⁵¹.

2. Le modèle de la banque universelle.

Conséquence logique de l'harmonisation des législations nationales, la deuxième directive bancaire de 1989 a institué, et c'est là son principal apport, le principe de la reconnaissance mutuelle des agréments.

⁴⁷ Cette disposition est aujourd'hui codifiée au §1. de l'article 5 de la directive du 20 mars 2000, et le montant minimum exigé est de 5 millions d'euros.

⁴⁸ Cette disposition est reprise au §2 de l'article 5 de la directive 2000/12/CE, mais elle prévoit désormais que le capital d'un tel établissement de crédit ne peut être inférieur à 1 million d'euros et que les Etats membres intéressés doivent notifier à la Commission « *les raisons pour lesquelles ils font usage de la faculté prévue au présent paragraphe* ».

⁴⁹ Aujourd'hui : article 7, §1 de la directive 2000/12/CE. Cette disposition s'applique aux « *actionnaires ou associés, directs ou indirects, personnes physiques ou morales* ».

⁵⁰ Art. 8 de la directive de 1989, nouvel article 5, §3 de la directive du 20 mars 2000 : « *Les fonds propres d'un établissement de crédit ne peuvent devenir inférieurs au montant du capital initial exigé ... lors de son agrément* ».

⁵¹ Aussi bien pour les prises de participation effectuées **dans** un établissement de crédit que pour celles effectuées **par** un établissement de crédit.

Les conditions principales d'agrément étant les mêmes partout, l'agrément délivré dans tel Etat est valable dans les autres. De même, les conditions d'exercice répondant partout aux mêmes exigences, le contrôle de l'Etat qui a délivré l'agrément est valable dans celui où l'activité est exercée.

Il ressort de l'article 18 de la directive du 15 décembre 1989⁵² que les établissements de crédit agréés et contrôlés par les autorités compétentes de leur Etat membre d'origine conformément aux règles d'harmonisation prévues, et qui exercent des activités figurant sur une liste annexée à la directive⁵³, peuvent bénéficier de la reconnaissance mutuelle de leur agrément.

Parmi les activités figurant sur la liste mentionnée dans cet article, se trouvent des opérations extrêmement diverses, telles que la réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables, le crédit à la consommation, le crédit-bail, l'émission et la gestion de moyens de paiement, et même certaines que la loi bancaire française qualifie d'opérations «connexes» telles que les opérations de change ou le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine.

A la lecture de cette énumération, particulièrement vaste et comprenant des activités qui ne sont pas des opérations de banque par nature, certains auteurs réputés se sont demandé si l'on ne s'acheminait pas vers un élargissement de la définition communautaire de l'établissement de crédit⁵⁴.

Force est de constater, après la publication de la directive de codification du 20 mars 2000, que la définition de l'établissement de crédit issue de la première directive de coordination bancaire est toujours en vigueur, et même confirmée.

Une énumération aussi importante des activités que la deuxième directive de 1989 appelle «*les opérations constituant le cœur de l'activité*

⁵² Article 18 de la directive 2000/12/CE.

⁵³ Annexe I de la directive du 20 mars 2000.

⁵⁴ V. en ce sens M. Vasseur, «*Droit et économie bancaire – Les opérations de banque - Fascicule IV*», Les Cours de Droit, 1988-1989, PARIS, spéc. p. 1923.

bancaire et qui sont incluses dans le champ de la reconnaissance mutuelle » semble correspondre au modèle de la banque universelle, préféré depuis longtemps en Allemagne, notamment, et non pas au modèle de la banque spécialisée (banque d'affaires, par exemple).

La banque universelle a vocation à effectuer toutes les opérations de banque. Elle forme le principe de l'organisation bancaire en Allemagne. Par opposition, il existe dans un système où domine la banque spécialisée un haut degré de division du travail. En particulier, les opérations de crédit, celles sur valeurs mobilières, et plus encore les opérations de financement de l'industrie ou de prises de participation, sont exercées par des catégories de banques différentes.

En France aussi le principe de la banque universelle s'est imposé.

L'article 18 de la loi du 24 janvier 1984 dispose en effet: « *Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque, de banque mutualiste ou coopérative, ..., de société financière ou d'institution financière spécialisée. (...) Les **banques** peuvent effectuer toutes les opérations de banque* ».

Les opérations de banque comprennent, rappelons-le, la réception de fonds du public, les opérations de crédit et la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement⁵⁵.

Aux Pays-Bas, il existe une catégorie d'établissement de crédit (ou plutôt « *d'institut de crédit* ») dénommée « *banque générale* ». Cette dénomination n'est devenue synonyme de banque universelle que depuis une période relativement récente.

⁵⁵ Pour une définition de la « gestion » des moyens de paiement, v. C. Gavaldà / J. Stofflet, *commentaire de l'arrêt Cour d'Appel de Paris, 9^e ch. A, du 13 sept. 1999*, JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 26, 29 juin 2000, Chronique de droit bancaire, p. 1039 ss. : « *l'emploi de la conjonction « ou » implique que la gestion de moyens de paiement constitue une opération de banque en soi, indépendamment de la mise de ces moyens à la disposition de la clientèle* ».

En effet, avant la dernière guerre, les activités des diverses catégories d'instituts de crédit étaient nettement délimitées⁵⁶. C'est à partir des années 50 que les banques générales ont élargi leurs activités de manière spectaculaire, se lançant d'abord dans le commerce bancaire de détail pour aller jusqu'à proposer des contrats d'assurance et même l'organisation de voyages touristiques à l'étranger.

La plupart des autres Etats membres appliquent aussi le modèle de la banque universelle⁵⁷, surtout depuis l'entrée en vigueur de la deuxième directive de coordination bancaire de 1989.

Il faut toutefois reconnaître que tous les pays connaissent l'existence de « banques » spécialisées dans l'exercice d'une ou plusieurs des activités bancaires⁵⁸.

L'activité bancaire en Europe a donc connu une harmonisation complémentaire des législations nationales après l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1993, de la seconde directive de coordination bancaire, dont l'objectif était de « *constituer l'instrument essentiel pour la réalisation du marché intérieur sous le double aspect de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation de services dans le secteur des établissements de crédit* »⁵⁹.

Nous l'avons déjà évoqué, le marché intérieur des établissements de crédit ne pouvait être réalisé sans la mise en place, au niveau communautaire, d'un système de reconnaissance mutuelle des agréments.

⁵⁶ H.M. Alvares Correa / F. Molenaar, « *La banque et le crédit aux Pays-Bas* », E.J.A. - L.G.D.J., Coll. Jupiter (Pays-Bas), Banque – Bourse, novembre 1990.

⁵⁷ Le Royaume-Uni ne fait pas ici figure d'exception, même si ce pays a une longue tradition de banques spécialisées.

⁵⁸ A cet égard, il convient de citer la réforme récente de la législation bancaire américaine opérée par le « *Gramm-Leach-Bliley Act (GLBA)* » adopté le 12 novembre 1999 : cette réforme s'articule autour du concept de « *Financial Holding Company* », entité habilitée à exercer au travers de filiales des activités de banque, de maison de titres, de « *merchant banking* » et d'assurance. Il semblerait que les Etats-Unis se soient enfin décidés à instaurer une véritable banque universelle.

⁵⁹ Premier considérant de la directive 89/646/CEE, quatrième considérant de la directive 2000/12/CE.

B. La reconnaissance mutuelle des agréments.

Ce principe est la conséquence logique de l'harmonisation des législations nationales.

D'aucuns évoquent ce système en parlant « d'agrément unique ». Le terme est, à notre avis, quelque peu trompeur car la directive 89/646/CEE n'a pas institué un « agrément » européen, qui serait délivré par une autorité communautaire, mais plutôt la faculté, pour un établissement de crédit muni d'un agrément, d'exercer son activité dans tous les autres Etats membres, soit en installant des succursales (c'est la liberté d'établissement), soit en offrant ses services sans s'établir (c'est la libre prestation de services).

Ainsi, l'article 18, §1 de la deuxième directive de coordination bancaire⁶⁰ énonce le principe selon lequel *«Les Etats membres prévoient que les activités dont la liste figure à l'annexe I peuvent être exercées sur leur territoire, ... tant au moyen de l'établissement d'une succursale que par voie de prestation de services **par tout établissement de crédit agréé et contrôlé par les autorités compétentes d'un autre Etat membre, sous réserve que ces activités soient couvertes par l'agrément**».*

Est-ce à dire que des établissements qui ne seraient pas des établissements de crédit au sens de la directive – donc qui ne correspondraient pas à la définition communautaire – ne pourraient pas bénéficier du système de reconnaissance mutuelle ?

En d'autres termes, la question est de savoir si une entreprise qui répondrait à une définition nationale plus large de l'établissement de crédit (par exemple à la définition française, qui permet notamment de qualifier d'établissement de crédit une entreprise dont la seule activité consiste à octroyer des crédits), et qui est agréée et contrôlée conformément aux directives bancaires par les autorités compétentes de son Etat d'origine, peut invoquer le bénéfice du « passeport » européen.

⁶⁰ Article 18 de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000.

Certains auteurs⁶¹ ont pu considérer que la réponse à cette question était négative, dans la mesure où la deuxième directive de coordination bancaire réserve ce bénéfice aux seuls « établissements de crédit » au sens de la définition communautaire.

Toutefois, ainsi qu'ils le font remarquer, de telles entreprises auraient cependant le droit de s'établir ou d'offrir leurs services sur tout le territoire de la communauté, conformément aux seules dispositions du Traité⁶².

Cela a été confirmé clairement par la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt récent du 14 juin 2000 rendu dans une affaire célèbre⁶³, concernant un cas de libre prestation de services bancaires (octroi de prêts hypothécaires) en France par un établissement de crédit de droit néerlandais, avant l'entrée en vigueur de la deuxième directive de coordination bancaire.

Par cet arrêt, rendu sur renvoi après cassation, la Cour d'Appel de Paris a résisté à la Cour de Cassation, qui avait rendu un arrêt critiqué après avoir interrogé la Cour de Justice des Communautés Européennes par voie de question préjudicielle⁶⁴.

La Cour d'Appel a considéré que la loi française du 24 janvier 1984, qui exigeait pour tout établissement de crédit opérant en France d'y être établi même s'il était déjà agréé dans son Etat membre d'origine, ne créait pas une simple **restriction** à la libre prestation de services, mais la **négation** pure et simple de cette liberté – qui découle de l'article 49 (ex 59) du Traité CE, d'applicabilité directe – et n'était pas indispensable⁶⁵ au regard des intérêts à protéger.

De fait, « *exiger l'établissement d'une succursale (ou d'une filiale) pour toute banque agréée dans un autre Etat, c'est tuer l'idée même de libre prestation de services* »⁶⁶.

⁶¹ Par exemple L. Roeges, « *L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire* », précité.

⁶² Cf. nouveaux articles 43 (ex 52) et 49 (ex 59) du Traité CE, d'applicabilité directe.

⁶³ C.A. Paris, 1^{ère} ch. G, 14 juin 2000, arrêt *SCI Charles Parodi*.

⁶⁴ Cf. arrêts Cass. Com., 20 octobre 1998 et CJCE, 9 juillet 1997, « SCI Parodi ».

⁶⁵ Cette condition était la seule de nature à justifier une telle négation de la libre prestation de services.

⁶⁶ B. Soussi, « *L'article 49 du Traité CE (ex article 59) et l'octroi de prêts hypothécaires* » (commentaire de l'arrêt Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} ch. G, du 14 juin 2000), *Le Dalloz*, 2000, n° 28, p. 616.

Par ailleurs, un auteur évoque aussi⁶⁷ la possibilité pour les Etats d'accueil de prévoir dans leur propre législation de faire bénéficier de la reconnaissance mutuelle toutes les entreprises qui sont agréées et contrôlées comme établissements de crédit dans leur Etat d'origine, même si la définition de l'établissement de crédit de ce dernier Etat diffère de la définition communautaire.

A l'appui d'une réponse positive à la question que nous avons posé plus haut⁶⁸, nous disposons de **trois arguments** d'importance.

En premier lieu, rappelons qu'un commentateur particulièrement averti⁶⁹ a indiqué qu'il suffit, pour répondre à la définition communautaire de l'établissement de crédit, qu'une entreprise ait vocation statutaire à réaliser les deux types d'activités même si elle n'en exerce qu'une en pratique. Et en tout état de cause, les entreprises ne répondant pas à la définition communautaire de l'établissement de crédit pouvaient bénéficier de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services en vertu des seules dispositions générales du Traité⁷⁰.

En second lieu, nous avons dit que les directives bancaires n'ont édicté que des règles d'harmonisation minimum. Les Etats membres peuvent donc édicter des règles plus contraignantes.

Les lois bancaires françaises et allemandes, par exemple, retiennent, il est vrai, une définition de l'établissement de crédit plus large que celle des directives, mais elles exigent, pour octroyer un agrément à une entreprise, les mêmes conditions que celles qui sont exigées par les directives. Ces législations sont donc **plus sévères** que les dispositions communautaires puisqu'elles étendent « *les exigences requises pour l'agrément d'un établissement de crédit à des entreprises qui dans d'autres Etats peuvent exercer leur activité sans agrément et donc sans les contraintes qu'il*

⁶⁷ L. Roeges, op. cit., p. 20.

⁶⁸ V. page précédente.

⁶⁹ P. Clarotti, « *La coordination des législations bancaires* », précité.

⁷⁰ V. supra, notamment notes 62 et 63.

implique »⁷¹. Rien ne semble donc s'opposer à ce que les établissements de crédit qu'elles agréent puissent bénéficier de la reconnaissance mutuelle.

En troisième lieu, nous observons qu'aujourd'hui (ce qui n'était pas le cas à l'époque de la deuxième directive bancaire) la plupart des législations nationales des Etats membres, voire toutes, prévoient expressément la reconnaissance des établissements de crédit agréés comme tels par les autorités compétentes de leur Etat d'origine⁷².

Toutefois, l'article 18, §1 de la directive de 1989 laissait persister certaines distorsions de concurrence à l'encontre d'une catégorie particulière d'établissement de crédit : les « **sociétés financières** » françaises⁷³.

Ces sociétés sont agréées, en France, en tant qu'établissements de crédit, mais ne répondent pas à la définition communautaire ni à celles des législations de la plupart des autres Etats membres.

Elles ne pouvaient donc pas, en principe, bénéficier des dispositions de l'article 18, §1 de la deuxième directive de coordination bancaire, applicables aux seuls « *établissements de crédit* » au sens de la définition communautaire, mais nous avons vu que certains arguments permettaient de les faire répondre à la définition communautaire et de les faire bénéficier de la reconnaissance mutuelle. De fait, ainsi que l'écrivait un éminent spécialiste de droit bancaire, « il eut été impensable que les sociétés financières françaises ne puissent pas franchir les frontières de l'hexagone »⁷⁴.

Mais une difficulté subsiste à l'égard de ces sociétés lorsque l'on se penche sur l'exercice de leurs activités.

⁷¹ B. Soussi-Roubi, « *Droit bancaire européen* », Précis Dalloz, 1995, p. 121.

⁷² Comme par exemple la loi bancaire française (art. 71-2) ou la loi bancaire luxembourgeoise (art. 30).

⁷³ Dont font notamment partie les sociétés de crédit-bail et les sociétés de crédit à la consommation.

⁷⁴ M. Vasseur, « *Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire* », RDAI / IBLJ, n° 2, 1991, p. 189.

En effet, les sociétés financières sont soumises, en France, à toute la réglementation à laquelle les établissements de crédit sont soumis, et notamment au respect des règles prudentielles.

A l'opposé, les entreprises ressortissant des autres pays membres qui exercent la même activité ne sont pas soumises à agrément et ne sont, par conséquent, pas tenues de respecter une réglementation aussi contraignante, ce qui crée une distorsion de concurrence au détriment des sociétés financières françaises.

Afin de limiter les distorsions de concurrence et les problèmes dus à l'application du système de la reconnaissance mutuelle à des entreprises ne répondant pas à la définition communautaire d'établissement de crédit, la deuxième directive de coordination bancaire a créé la notion d'**établissement financier**.

Ainsi, la directive de 1989 prévoit, en son article 18, §2⁷⁵ que le bénéfice de la reconnaissance mutuelle des agréments s'étend, sous certaines conditions⁷⁶, aux entreprises relevant du statut *d'établissement financier*, c'est à dire, au sens de la directive, « une entreprise, autre qu'un établissement de crédit, dont l'activité principale consiste à prendre des participations ou à exercer une ou plusieurs activités visées aux points 2 à 12 de la liste figurant à l'annexe I »⁷⁷, et qui sont des filiales d'un ou de plusieurs établissements de crédit.

Cette disposition permet donc à la fois aux sociétés financières françaises et aux « établissements financiers » de bénéficier de la reconnaissance mutuelle.

⁷⁵ Article 19 de la directive 2000/12/CE.

⁷⁶ Les établissements financiers, au sens de la directive, doivent répondre notamment aux conditions suivantes et se faire délivrer une attestation par les autorités compétentes de l'Etat membre dont ils dépendent : Leurs entreprises mères doivent être agréées comme établissements de crédit dans l'Etat membre du droit duquel relèvent ces établissements financiers ; les activités en question doivent être effectivement exercées sur le territoire du même Etat membre ; leurs entreprises mères doivent détenir au minimum 90 % des droits de vote ; ...

⁷⁷ Article 1, § 5 de la directive 2000/12/CE.

La notion d'établissement financier, qui est d'une certaine façon le pendant de notre société financière, a depuis été incluse par les Etats membres dans leurs législations nationales⁷⁸.

L'exercice de l'activité visée au 1 de l'annexe à la deuxième directive bancaire (« *réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables* ») lui est interdit, alors qu'une société financière peut exercer cette activité sous certaines conditions⁷⁹.

Mais obtenir le statut d'établissement financier semble plus intéressant, même au regard de cette limitation, si l'on considère que ces établissements n'ont pas à respecter toute la réglementation prudentielle à laquelle sont astreintes les sociétés financières et qu'ils sont soumis, de manière générale, à des règles moins strictes.

L'article 18, §2 de la deuxième directive de coordination bancaire, s'il a permis à de nombreuses entreprises ne répondant pas à la définition communautaire d'établissement de crédit de bénéficier du système de la reconnaissance mutuelle, peut paradoxalement, dans certaines hypothèses - ainsi que l'avait remarqué un auteur averti⁸⁰ -, « *rendre plus difficile et plus compliquée la libre prestation de services* ».

Cela nous amène naturellement à examiner si les disparités de définitions de l'établissement de crédit ne sont pas de nature, malgré les tentatives d'harmonisation effectuées, à faire obstacle à la réalisation de « l'espace financier européen ».

Titre 2 : Un obstacle à la réalisation d'un véritable marché commun des établissements de crédit ?

⁷⁸ Par exemple, à l'article 71-1, 4° de la loi française du 24 janvier 1984, ou à l'article 1 de la loi espagnole n° 3/1994 du 14 avril 1994.

⁷⁹ Seule la réception du public de fonds à vue ou à moins de deux ans de terme lui est, en principe, interdite : art. 18, §2, 1^{er} alinéa de la loi française du 24 janvier 1984. Des dispositions similaires existent dans les législations des autres Etats membres.

⁸⁰ J. Pardon, in « *Les quiproquos des reconnaissances mutuelles* », précité, p. 239.

Avant d'étudier les discriminations occasionnées par l'absence de concordance des définitions, nous examinerons les problèmes, notamment pratiques, que rencontre l'application de la reconnaissance mutuelle des agréments.

Chapitre I / Les difficultés d'application du système de la reconnaissance mutuelle des agréments

Celles-ci apparaissent en premier lieu à l'examen de la libre prestation de services bancaires et de la liberté d'établissement des établissements de crédit.

A. Libre prestation de services et liberté d'établissement dans le marché bancaire unique.

La libre prestation de services comme la liberté d'établissement sont toutes deux des droits fondamentaux reconnus par les articles 43 (ex 52) et 49 (ex 59) du Traité CE.

Mais la mise en œuvre du système de la reconnaissance mutuelle instauré par la deuxième directive de coordination bancaire diffère selon qu'il s'agit de libre établissement ou de libre prestation de services.

Le libre établissement consiste en l'implantation d'une succursale sur le territoire d'un autre Etat membre (l'Etat d'accueil) que celui qui a délivré l'agrément (l'Etat d'origine), en vue d'exercer l'activité d'un établissement de crédit.

La directive définit la succursale comme étant « *un siège d'exploitation qui constitue une partie **dépourvue de personnalité juridique** d'un établissement de crédit et qui effectue directement, en tout ou en partie, les opérations inhérentes à l'activité d'établissement de crédit* »⁸¹.

Une succursale est donc une simple émanation, dépourvue de personnalité juridique propre⁸², d'un établissement de crédit (que ce dernier soit société mère ou filiale importe peu, du moment qu'il répond à la définition de l'établissement de crédit).

Conformément au principe même de la reconnaissance mutuelle, l'Etat membre d'accueil d'une succursale ne peut plus exiger de lui délivrer son propre agrément⁸³ (ni exiger le capital de dotation fixé à l'article 5 de la directive du 20 mars 2000)⁸⁴, mais une procédure particulière est prévue.

En effet, pour bénéficier de la reconnaissance mutuelle lors de l'implantation d'une succursale dans un autre Etat membre que celui qui lui a délivré son agrément, l'établissement de crédit doit **notifier** son intention à l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine⁸⁵ **en indiquant certaines informations très précises** (programme d'activités, opérations envisagées, nom des dirigeants responsables de la succursale, ... etc.)⁸⁶.

En ce qui concerne la libre prestation de services, c'est à dire « *l'exercice de l'activité dans un autre Etat mais sans s'y établir* »⁸⁷, l'article 21 de la directive du 20 mars 2000 prévoit seulement que l'établissement de crédit « *qui désire exercer pour la première fois ses activités sur le territoire d'un autre Etat membre* » doit **notifier** à l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine celles des **activités** de la liste figurant à l'annexe I qu'il envisage d'exercer.

⁸¹ Article 1^{er}, § 3 de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000, précitée.

⁸² Ce qui la distingue d'une filiale.

⁸³ En cela, la directive 89/646/CEE a rendu la «succursalisation» plus attractive que la filialisation pour les établissements de crédit ressortissants de l'Union Européenne ou de l'Espace Economique Européen.

⁸⁴ V. article 13 de la directive du 20 mars 2000.

⁸⁵ Article 20, § 1 de la directive 2000/12/CE.

⁸⁶ V. article 20, § 2 de la directive précitée.

⁸⁷ B. Sousi-Roubi, « *La proposition de deuxième directive de coordination bancaire* », op. cit., p. 160.

On le voit, la deuxième directive de coordination bancaire fixe des conditions au libre établissement et à la libre prestation de services, alors qu'il s'agit de droits fondamentaux dont toute entreprise européenne peut se prévaloir.

Par conséquent, cette directive entrave l'exercice de ces deux droits pour les entreprises qu'elle vise.

Ainsi que le fait remarquer un commentateur autorisé⁸⁸, « *la réglementation ainsi instituée se justifie parfaitement lorsqu'il s'agit de recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables* », puisque la directive a notamment pour objectif la protection des déposants.

Donc, cette réglementation est justifiée en ce qui concerne les établissements de crédit, ceux-ci ayant, au sens de la directive, le **monopole** de la réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public⁸⁹.

Tel n'est pas le cas cependant en ce qui concerne les entreprises répondant à la définition d'établissement financier.

En effet, aux termes de la deuxième directive de coordination bancaire, ceux-ci **ne peuvent** (notamment) **pas exercer l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables**⁹⁰.

La réglementation ainsi instituée paraît par conséquent excessive à l'égard de ces entreprises (d'autant plus que celles-ci sont soumises à des conditions particulières pour pouvoir bénéficier de la reconnaissance mutuelle⁹¹ et donc exercer leur activité par voie, notamment, de libre prestation de services), dans la mesure où elle crée des obligations administratives pour l'exercice d'un droit fondamental reconnu d'applicabilité directe par le traité.

Toutefois, si une entreprise ne relevant pas de la définition d'établissement de crédit, et ne recevant pas de dépôts ou d'autres fonds

⁸⁸ J. Pardon, op. cit., p. 239.

⁸⁹ En ce sens, v. l'article 3 de la directive 2000/12/CE.

⁹⁰ Cf. article 1^{er}, § 5 de la directive précitée.

⁹¹ V. supra, note 71.

remboursables du public⁹², mais ayant son siège dans un pays européen peut exercer son activité sur tout le territoire de la Communauté, en vertu des droits fondamentaux reconnus par le Traité CE, elle peut avoir **intérêt** à se placer dans le champ de la reconnaissance mutuelle des agréments instauré par la deuxième directive bancaire.

Car si elle ne respecte pas les conditions fixées par la directive, et exerce son activité en vertu des articles 43 (ex 52) et 49 (ex 59) du Traité CE, elle devra se soumettre à l'ensemble de la réglementation applicable dans l'Etat membre où elle opère (réglementation qu'elle ne connaît pas obligatoirement).

Le principe de la reconnaissance mutuelle permet *a contrario* à une entreprise (établissement de crédit ou établissement financier) opérant par voie de succursale ou de libre prestation de services dans un autre Etat membre de n'être assujettie qu'à la réglementation de son pays d'origine⁹³. Il s'agit là d'une conséquence du principe du «*Home Country Control*», que nous aurons l'occasion d'étudier plus loin⁹⁴.

En ce qui concerne plus particulièrement la libre prestation de services, nous avons vu plus haut qu'elle s'exerçait, en vertu du principe de reconnaissance mutuelle, selon un système de **notification**.

En pratique, l'établissement de crédit qui souhaite opérer dans un autre Etat membre, pour la première fois, par voie de libre prestation de services doit déclarer les activités qu'il entend y exercer aux autorités de contrôle de son pays d'origine, celles-ci relayant l'information aux autorités de contrôle du pays d'accueil.

L'application de cette règle ne semble poser a priori aucune difficulté, tant que nous étudions la question sous l'angle d'une démarche de la banque, mais ne conviendrait-il pas de distinguer la libre prestation de services « **active** » de la libre prestation de services « **passive** » ?

⁹² Cette précision n'est pas superfétatoire en ce sens que, rappelons-le, certaines législations nationales - la loi française, par exemple - retiennent une définition de l'établissement de crédit particulièrement large.

⁹³ Certaines règles de l'Etat d'accueil peuvent toutefois revêtir un caractère impératif et s'imposer aux établissements ressortissants des autres Etats membres (V. infra, B.).

⁹⁴ V. infra, B.

Si un établissement de crédit va offrir ses services aux ressortissants d'un autre Etat membre, c'est à dire s'il manifeste la volonté de rechercher des clients dans cet Etat précis, il se trouve dans un cas de libre prestation de services « active » ; et pour que son agrément soit reconnu par l'Etat d'accueil, il doit avoir notifié⁹⁵ à ses autorités compétentes les activités qu'il entend exercer sur le territoire de ce pays.

A l'inverse, supposons qu'un établissement de crédit ne fasse aucune démarche de ce type, et qu'un ressortissant d'un autre Etat membre que celui lui ayant octroyé l'agrément vienne le solliciter.

Il s'agirait ici d'un cas où le client recherche un établissement de crédit d'un autre Etat membre que celui dont il est ressortissant : l'établissement de crédit serait donc amené à faire de la libre prestation de services « passive ».

Serait-il alors tenu aux mêmes exigences qu'un établissement de crédit qui irait rechercher un client dans un autre Etat membre ?

Cette question semble appeler une réponse négative.

En effet, il serait difficilement concevable qu'un prestataire de services bancaires se trouve en situation d'exercice illégal de la profession de banquier⁹⁶ sur le fondement de la législation d'un autre Etat membre, alors même qu'il n'a manifesté aucune intention d'offrir ses services à des clients ressortissants de celui-ci.

De fait, la question est de savoir si l'offre est faite au lieu d'implantation du prestataire ou au lieu de résidence du client.

Si elle est faite dans l'Etat dans lequel l'établissement de crédit a son siège social, l'on peut considérer que le client (actif) a accepté de « *quitter la protection de son ordre juridique national* »⁹⁷ et de se soumettre à la

⁹⁵ S'il s'agit bien de son **premier** exercice d'activités bancaires par voie de libre prestation de services sur le territoire de **cet** Etat d'accueil.

⁹⁶ Ce pourrait être en effet une des conséquences du non-respect de la procédure prévue par la directive de 1989.

⁹⁷ C. Gavalda / G. Parleani, « *Droit des affaires de l'Union Européenne* », Litec, deuxième édition, 1998, p. 184.

réglementation en vigueur dans l'Etat duquel ressort l'établissement sollicité.

Une autre question d'importance intéresse la liberté d'établissement et la libre prestation de services, au regard de la reconnaissance mutuelle.

Le problème se pose ici en termes de réciprocité et d'ouverture de la Communauté⁹⁸ aux pays tiers.

Une entreprise exerçant une ou plusieurs activités bancaires et relevant du droit d'un pays tiers à l'Union Européenne comme à l'Espace Economique Européen, peut décider de créer une filiale à l'intérieur d'un Etat membre de cet espace et, grâce à l'agrément obtenu dans le pays d'installation de la filiale, opérer dans tous les Etats membres aussi bien par voie de succursales que par voie de prestation de services⁹⁹.

Cette opération présente un avantage non négligeable pour les sociétés relevant d'Etats tiers à la Communauté, mais la législation de ces pays tiers ne permet pas souvent aux entreprises relevant de l'Espace Economique Européen de bénéficier du même avantage. Comment s'exerce donc la réciprocité ?

La deuxième directive de coordination bancaire a pris en considération deux manières de la concevoir.

La première ressort de ce que la directive prévoit que le Conseil ou la Commission peuvent engager des négociations avec les pays tiers qui n'offriraient pas aux établissements de crédit de la Communauté des possibilités d'accès au marché ou de concurrence comparables à ceux qu'offre la Communauté aux établissements de crédit de ces pays tiers¹⁰⁰.

⁹⁸ Union Européenne et E.E.E.

⁹⁹ Il convient de noter que s'il s'agissait de succursales d'établissements de crédit relevant du droit de pays tiers, ces entreprises devraient de la même façon demander un agrément pour opérer dans un Etat européen, mais elles ne pourraient, à la différence de filiales, utiliser cet agrément pour « essaimer » dans toute la Communauté.

¹⁰⁰ Cf. article 23 de la directive 2000/12/CE précitée.

Il s'agit ici de réciprocité « miroir », la Communauté posant son système comme modèle et demandant au pays tiers une évolution de sa législation.

En pratique, lorsque la filiale d'une entreprise relevant d'un pays tiers demande un agrément dans un Etat membre, celui-ci en informe la Commission ainsi que les autres Etats membres¹⁰¹.

Cette société doit en premier lieu, pour être agréée dans un pays considéré, répondre à la définition de l'établissement de crédit que reconnaît ce pays. Ce sera certainement l'un des éléments qui détermineront le choix du pays d'implantation de la filiale.

La seconde manière d'envisager la réciprocité repose sur l'exigence de non-discrimination.

Ainsi que le font remarquer certains auteurs¹⁰², « *lorsqu'un Etat tiers n'accorde pas aux entreprises européennes le traitement plus favorable qu'il réserve à ses nationaux, le défaut de réciprocité est alors contestable par les principes du droit international et notamment (...) de l'OMC* ».

Une telle situation peut conduire la Communauté à prendre des mesures de rétorsion, telles que la limitation ou la suspension des agréments des entreprises dont les sociétés mères relèvent du droit de l'Etat tiers considéré.

De telles filiales qui auraient été agréées **avant** l'adoption des mesures de rétorsion auraient néanmoins acquis des droits qu'il convient de respecter.

A partir du moment où elles ont été agréées dans un Etat membre de l'Union Européenne ou de l'Espace Economique Européen, elles sont devenues des établissements de crédit relevant du droit d'un pays de la Communauté.

¹⁰¹ Cf. article 23, § 1 de la directive précitée.

¹⁰² C. Gavalda / G. Parleani, « *Droit des affaires de l'Union Européenne* », Litec, troisième édition, 1999, p. 189.

Elles devraient donc pouvoir exercer leur activité par voie de succursales ou de libre prestation de services sur tout le territoire européen, et bénéficier des mêmes droits que les sociétés communautaires.

Or ces sociétés ne bénéficient plus que du droit de se développer dans le **seul** secteur de la banque, et ne peuvent pas – en application des mesures de rétorsion consécutives à la constatation d'un défaut de réciprocité dans la législation du pays dont relèvent leurs sociétés mères – obtenir d'agrément dans d'autres secteurs¹⁰³.

Rappelons que les sociétés que nous évoquons ici sont des **filiales** d'entreprises relevant du droit d'un Etat tiers à la Communauté.

En tant que filiales, elles disposent d'une personnalité juridique propre et relèvent par conséquent du droit du pays dans lequel se trouve leur siège social, et non de celui de l'Etat tiers.

Ce sont donc bien des **sociétés** communautaires au sens de l'article 48 (ex 58) du Traité CE, mais elles peuvent, malgré cela, faire l'objet de mesures discriminatoires en Europe.

Nous l'avons vu, un agrément n'est pas délivré par une autorité communautaire, mais par les autorités compétentes d'un Etat membre.

La mise en œuvre du système de la reconnaissance mutuelle des agréments, instauré par la deuxième directive de coordination bancaire, nécessitait de mettre en place un principe qui permettrait, notamment, une surveillance efficace des établissements agréés.

B. L'application du principe du « Home Country Control ».

La directive du 15 décembre 1989 a posé le principe du contrôle par les autorités de l'Etat membre d'origine de l'établissement de crédit, ou « *Home Country Control* ».

¹⁰³ Par exemple l'assurance ou les services d'investissement.

De fait, ce principe sous-tend tout le dispositif mis en place par les directives. Mais son application peut se révéler délicate, notamment en raison des disparités de définitions de l'établissement de crédit.

Il semble que la première conséquence pratique de ce principe soit l'importance qu'a acquis le **lieu du siège social** d'un établissement.

En effet, le système du « *Home Country Control* » exige qu'un contrôle effectif puisse être exercé dans l'Etat membre d'origine de l'établissement de crédit, c'est à dire le pays dans lequel cette entreprise a son siège social.

Dans cette optique, depuis 1995, un établissement de crédit doit avoir dans cet Etat non seulement son siège social, mais aussi son administration centrale.

Ainsi que le font remarquer des auteurs qualifiés¹⁰⁴, cette condition est plus sévère que ce qu'exige l'article 48 (ex 58) du Traité, mais elle se justifie car « *il s'agit là de bénéficier d'un régime plus favorable que celui qui résulte du Traité* ».

Ce principe a eu pour conséquence une centralisation des contrôles administratifs.

Le lieu du siège social est donc devenu très important, puisque les pratiques des administrations, notamment, n'ont pas été harmonisées.

Par conséquent, la succursalisation peut paraître plus tentante que la filialisation à un établissement de crédit : Il est plus simple d'être soumis au contrôle administratif d'un seul Etat membre, surtout si c'est le sien et que les pratiques de son administration lui sont familières.

De nombreuses restructurations ont déjà eu lieu depuis 1993, consécutivement à l'ouverture du marché européen aux établissements de crédit et à la concurrence effrénée qui en a résulté.

¹⁰⁴ C. Gavalda / G. Parleani, « *Droit des affaires de l'Union Européenne* », Litec, deuxième édition, précité, p. 192.

S'il est vrai que ces restructurations furent en grande majorité nationales¹⁰⁵, certains groupes bancaires ont amorcé un mouvement de succursalisation de leurs anciennes filiales établies dans des Etats dont ils considéraient la réglementation comme ayant un caractère plus contraignant que celle de leur pays d'origine.

Les succursales sises dans d'autres Etats membres que celui ayant octroyé l'agrément sont en effet soumises à la réglementation applicable dans l'Etat d'origine, et non à celle de l'Etat d'accueil.

Il convient de noter que ce mouvement de succursalisation des filiales est aussi la conséquence d'un autre élément, peut-être même prédominant : Une succursale, à la différence d'une filiale, n'a pas besoin d'un capital propre.

Faire une succursale d'une filiale permet ainsi à un établissement de crédit d'économiser des fonds propres.

L'impact qu'a le lieu du siège social d'une entreprise sur les conditions d'exercice de son activité s'apprécie surtout au regard de la disparité des définitions nationales de l'établissement de crédit.

Certes, les directives bancaires ont déterminé des conditions d'agrément communes, que doivent respecter les Etats membres.

Mais, on l'a vu, la définition de l'établissement de crédit n'est pas la même dans tous les pays européens, ce qui est de nature à créer des distorsions de concurrence et des discriminations.

Prenons l'exemple d'une société de crédit à la consommation ayant son siège en Belgique.

La loi belge du 22 mars 1993 modifiée définit les établissements de crédit comme des « *entreprises belges ou étrangères dont l'activité consiste*

¹⁰⁵ On se souviendra par exemple, en France, du rachat d'Indosuez par le Crédit Agricole ou de Paribas par la BNP.

à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte »¹⁰⁶.

Cette société, ayant pour seule activité d'octroyer des crédits, pourra opérer en Belgique sans avoir besoin de solliciter un agrément auprès des autorités de ce pays.

Elle sera par conséquent **exemptée** du contrôle administratif auquel sont soumis les établissements de crédit.

A l'inverse, une société exerçant la même activité mais ayant son siège social en France, par exemple, sera **soumise** à un contrôle administratif (et par conséquent à des contraintes supplémentaires) puisque la loi française considère que la seule activité d'octroyer des crédits suffit pour être société financière, et donc pour contracter l'obligation d'avoir un agrément administratif.

Elle subit donc à cet égard une forme de discrimination « à rebours » vis-à-vis des entreprises étrangères qui exercent en France le même type d'activités.

La disparité des définitions de l'établissement de crédit est donc, au regard de l'application du principe du « *Home Country Control* », de nature à créer des distorsions de concurrence entre des sociétés qui exercent la même activité mais qui ont chacune un siège social dans un Etat membre différent¹⁰⁷.

Un établissement de crédit agréé est soumis au contrôle administratif des autorités de son pays d'origine¹⁰⁸, mais il doit aussi respecter sa réglementation nationale.

¹⁰⁶ On remarquera que cette définition est presque une transposition littérale de celle issue de la première directive de coordination bancaire.

¹⁰⁷ Ces distorsions de concurrence peuvent être de nature à encourager la délocalisation, ce qui permet aussi d'illustrer l'importance du lieu du siège social.

¹⁰⁸ Ces autorités peuvent avoir des statuts très divers selon les Etats. En France, l'agrément est octroyé par le Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (CECEI) et le contrôle des établissements de crédit français et de leurs succursales est effectué par la Commission Bancaire, alors qu'au Royaume-Uni, par exemple, c'est la Banque d'Angleterre qui exerce ces deux pouvoirs.

Cet élément est particulièrement important pour deux raisons.

D'une part, remarquons que la réglementation prudentielle a fait l'objet d'une harmonisation incomplète.

Certes, de nombreuses règles bancaires sont comparables dans tous les pays européens. Ainsi, le «ratio Cooke »¹⁰⁹ a été imposé aux banques européennes par la directive 89/299 du 17 avril 1989, relative aux fonds propres des établissements de crédit.

Mais la règle de liquidité, par exemple, n'a pas été harmonisée. Chaque Etat fait comme il l'entend.

Aussi, un établissement de crédit au sens de la définition néerlandaise pourra ne pas être soumis au même ratio de liquidité qu'un établissement de crédit agréé en Allemagne.

D'autre part, une entreprise d'affacturage française, agréée en tant que société financière (et donc en tant qu'établissement de crédit), sera assujettie au respect des ratios prudentiels et à une réglementation très stricte, alors qu'une société exerçant la même activité en Espagne, par exemple, sera un établissement financier, soumis à des règles moins strictes et exempté du respect des ratios prudentiels auxquels sont tenus les établissements de crédit.

Les directives ont instauré, en parallèle de ce principe du «*Home Country Control*», un système de **coopération** entre les autorités compétentes de tous les Etats membres.

En pratique, un établissement de crédit qui désire, par exemple, établir une succursale sur le territoire d'un autre Etat membre, doit le **notifier** aux autorités compétentes de **son** pays d'origine en donnant un

¹⁰⁹ Ce ratio exprime un rapport de 8 % entre les fonds propres et les éléments d'actifs pondérés, en dessous duquel un établissement de crédit est considéré comme pouvant être en difficulté.

certain nombre de renseignements (programme d'activités, nom des dirigeants responsables de la succursale, ... etc.)¹¹⁰.

Il appartient alors aux autorités compétentes du pays d'origine de communiquer ces informations¹¹¹ à leurs homologues dans l'Etat membre d'accueil.

De la même manière, les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine exercent généralement leur contrôle dans l'Etat membre d'accueil en coopération avec les autorités compétentes de cet Etat¹¹².

La deuxième directive de coordination bancaire prévoyait déjà un certain nombre de dispositions en ce sens (communication d'observations, information réciproque, ... etc.).

Les activités des établissements de crédit devenant véritablement transnationales, les succursales bancaires et les activités exercées par voie de libre prestation de services relèvent du contrôle des autorités compétentes du pays d'origine, car celles-ci ont délivré un agrément aux établissements de crédit dont le siège social est situé dans le champ de leur compétence.

Or, qui dit **agrément** dit **responsabilité**.

De fait, c'est l'Etat membre d'origine qui est généralement responsable des établissements de crédit auxquels ses autorités de contrôle ont octroyé un agrément, même lorsque ceux-ci opèrent dans d'autres pays européens, les autorités compétentes étant le plus souvent dépourvues de personnalité juridique¹¹³.

A cet égard, il convient de citer un arrêt rendu récemment par la Cour Administrative d'Appel de Paris ayant trait à ce qui est probablement

¹¹⁰ V. article 20, § 1&2 de la directive 2000/12/CE.

¹¹¹ D'autres informations doivent aussi être communiquées par les autorités du pays d'origine, telles que le montant des fonds propres ou le ratio de solvabilité de l'établissement de crédit.

¹¹² Le contrôle par l'autorité compétente de l'Etat d'origine peut en effet s'effectuer sur place.

¹¹³ Comme, par exemple, la Commission Bancaire en France.

le plus important scandale financier du début des années quatre-vingt dix, la faillite de la BCCI¹¹⁴.

Dans cette affaire, M. Loay El Shikh, une des victimes de la faillite de la BCCI Overseas, une filiale de la BCCI dont le siège social se situait à Londres, poursuivait l'Etat français au motif qu'il était client de la succursale de Paris de cette banque et que la Commission Bancaire avait failli à sa mission de contrôle.

L'action visait à mettre en jeu la responsabilité de l'Etat à raison du dysfonctionnement de ses organes de contrôle des établissements de crédit.

Ainsi que le note un commentateur de la décision, *« l'exigence de démontrer une faute lourde en matière disciplinaire pour des services impliquant des difficultés « exceptionnelles » est une jurisprudence constante destinée à décourager un harcèlement juridique »*, et cette décision *« confirme cette position »*¹¹⁵.

Certes, il n'appartenait pas, a priori, aux autorités françaises de sanctionner la situation de la banque à Londres, qui relevait de la compétence des autorités anglaises.

Mais la Commission Bancaire n'aurait-elle pas dû retirer l'agrément dont bénéficiait sa succursale ?

Il s'agit, dans cette affaire, d'un établissement de crédit qui ne bénéficiait pas de la reconnaissance mutuelle des agréments, car la banque dont il est ici question est tombée en faillite **avant** l'entrée en vigueur de la deuxième directive de coordination bancaire.

Sa succursale de Paris a donc été agrée par les autorités françaises lors de son établissement.

¹¹⁴ CAA Paris, 3^e ch., 30 mars 1999 ; affaire Loay El Shikh.

¹¹⁵ C. Gavaldà / J. Stoufflet, *commentaire de l'arrêt CAA Paris, 3^e ch., 30 mars 1999*, JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 26, 29 juin 2000, Chronique de droit bancaire, p. 1040.

Il ne s'agissait donc que d'une succursale d'un établissement de crédit établi au Royaume-Uni, mais elle bénéficiait d'un agrément du Comité des Etablissements de Crédit¹¹⁶ français.

La Commission Bancaire, pour l'exercice de sa mission de contrôle des établissements de crédit, est supposée travailler en coopération avec ses homologues des autres Etats membres, avec lesquels elle échange des informations.

Il nous semble dès lors qu'elle a dû être avertie de la situation de la BCCI Overseas et/ou de celle de sa filiale française et qu'elle aurait dû prendre, au regard notamment du risque que cette situation faisait peser sur les déposants, une mesure rendue nécessaire par l'intérêt général et retirer son agrément à la succursale parisienne.

Il convient à cet égard d'aborder brièvement les exceptions au principe du « *Home Country Control* ».

Elles concernent notamment la réglementation de l'Etat membre d'accueil qui est opposable aux établissements de crédit relevant du droit d'un autre pays européen opérant sur son territoire.

La directive 2000/12/CE prévoit elle-même notamment, en son article 27, que « *jusqu'à la coordination ultérieure, l'Etat membre d'accueil reste chargé, en collaboration avec l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine, de la surveillance de la **liquidité de la succursale d'un établissement de crédit*** ».

Ainsi, non seulement un établissement de crédit pourra être soumis, selon l'Etat dans lequel il établit son siège social, à des ratios de liquidité plus ou moins contraignants, mais aussi sa succursale établie dans un autre Etat membre sera soumise au ratio de liquidité en vigueur dans ce pays, et non à celui de son Etat d'origine.

¹¹⁶ L'actuel CECEI.

D'autres règles du pays d'accueil peuvent être imposées aux établissements de crédit relevant du droit d'un autre Etat membre, que celui-ci opère par voie de succursales ou de libre prestation de services¹¹⁷.

Ce sont les règles de politique monétaire¹¹⁸ et les règles d'intérêt général¹¹⁹.

Les autorités compétentes des Etats d'accueil conservent donc un rôle de surveillance et de contrôle auxiliaire.

Au-delà du principe du «*Home Country Control*», des distorsions de concurrence et des discriminations peuvent être causées par la non-concordance des définitions de l'établissement de crédit, notamment au regard des activités qu'elles concernent.

Chapitre II / Les discriminations causées par la non-concordance des définitions.

La notion d'établissement de crédit est encore source de difficultés, tant lorsque l'on examine les activités exercées par les banques que lorsque l'on étudie les évolutions récentes de la technique et du droit.

A. Un statut conditionné par l'activité exercée :

¹¹⁷ Remarquons qu'avant 1989, des agréments propres à la libre prestation de services, non discriminatoires et justifiés par l'intérêt général pouvaient être imposés (V. supra, note 62, CJCE, 9 juillet 1997, *SCI Parodi*, précité).

¹¹⁸ Aujourd'hui, c'est la Banque Centrale Européenne qui est chargée de définir la politique monétaire des pays de l'Union Européenne, les banques centrales des Etats membres restant chargées, en vertu du principe de subsidiarité, de la mise en œuvre de celle-ci.

¹¹⁹ On peut citer notamment les règles visant la protection des consommateurs, les réglementations concernant la gestion des titres (horodatage des ordres de Bourse, par exemple), les déclarations auprès des fichiers nationaux (tels que le FICP ou le FCC français, notamment), la réglementation afférente à la rémunération des comptes à vue (notamment en France, où une telle rémunération est interdite), ...etc.

Ainsi que le fait remarquer un auteur autorisé¹²⁰, les activités énumérées à l'annexe de la deuxième directive de coordination bancaire de 1989 ne bénéficient de la reconnaissance mutuelle que lorsqu'elles sont exercées par un « établissement de crédit » au sens de ladite directive (qui se réfère expressément à la définition donnée par la directive du 12 décembre 1977).

Par ailleurs, il est intéressant de noter que l'article 10 de la loi française du 24 janvier 1984 crée, en faveur des établissements de crédit, un **monopole** qui, à l'inverse des directives communautaires et des législations nationales des autres Etats membres, ne se limite pas à la réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public¹²¹, mais qui concerne toutes les opérations de banque, telles que définies par la loi (c'est à dire aussi les opérations de crédit et la mise à disposition ou la gestion de moyens de paiement)¹²².

Remarquons à cet égard qu'en Allemagne (où la notion d'établissement de crédit est très proche de la définition française), si l'octroi de crédit à lui seul confère la qualité d'établissement de crédit, la Cour administrative fédérale considère que la **réception de dépôts** n'attribue ce caractère que s'ils sont utilisés ensuite dans l'octroi de crédits.

L'on peut dès lors en déduire *a contrario* que la législation allemande ne crée pas de monopole en faveur des établissements de crédit en ce qui concerne cette activité, et qu'elle pourrait alors se trouver en porte-à-faux vis-à-vis de l'article 3 de la directive du 20 mars 2000¹²³.

Il convient dès lors d'examiner, notamment au regard des législations nationales, la notion d'opérations de banque, qui est utilisée par

¹²⁰ J. Pardon, in « *Les quiproquos des reconnaissances mutuelles* », précité, p. 238.

¹²¹ V. article 3 de la directive 2000/12/CE précitée.

¹²² La loi française crée aussi un monopole en faveur de catégories particulières d'établissements de crédit (excluant les sociétés financières et les institutions financières spécialisées) : celui de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme. Ce monopole connaît cependant aussi une exception : la possibilité pour toute entreprise d'émettre des titres de créance négociables (billets de trésorerie, notamment).

¹²³ Cependant, cet article donne aussi la possibilité aux Etats membres, dans certaines conditions (que respecte la législation allemande), de ne pas réserver cette activité exclusivement aux établissements de crédit.

certaines Etats membres pour définir l'établissement de crédit (c'est le cas notamment de la France et de l'Allemagne).

La directive de 1989 qualifie les opérations énumérées en annexe d'opérations « *constituant le cœur de l'activité bancaire* » qui, au sens de la directive, regroupe deux grandes catégories : la réception de fonds du public et l'octroi de crédits.

La loi bancaire française¹²⁴, rappelons-le, dispose à son article 1^{er} que « *Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque. Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement* ».

Ainsi, au sens de la loi française, l'activité bancaire consiste à recevoir des dépôts et/ou à octroyer des crédits et/ou à mettre à disposition de la clientèle ou gérer des moyens de paiements.

La définition française est donc bien plus large que la notion communautaire, puisqu'un établissement de crédit peut être reconnu comme tel et se voir délivrer un agrément lorsqu'il n'exerce qu'une de ces activités.

Il est vrai que, selon un commentateur averti, la simple **possibilité** de recevoir des fonds du public **et** d'octroyer des crédits semble suffire pour la définition communautaire¹²⁵.

Mais la loi française est tout de même plus large en ce que, selon elle, une entreprise française peut être agréée en tant qu'établissement de crédit même si elle n'a **vocation** qu'à exercer **une seule** de ces activités.

Indiquons qu'au surplus, la loi du 24 janvier 1984 classe parmi les activités bancaires la mise à disposition des moyens de paiement et leur gestion.

¹²⁴ Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, précitée.

¹²⁵ V. P. Clarotti, op. cit.

Allant même plus loin, la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 (modifiant la loi bancaire française) avait même conféré le statut de société financière (une catégorie d'établissement de crédit, aux termes de l'article 18 de la loi du 24 janvier 1984) à des sociétés qui ne recevaient pas de dépôts et n'octroyaient pas de crédit. Il s'agissait des anciennes *maisons de titres* dont l'activité était généralement la gestion de valeurs mobilières.

Or, ce statut désavantageait les maisons de titres françaises, puisque, en tant que sociétés financières, elles étaient soumises au respect de la réglementation afférente aux établissements de crédit, ce qui n'était pas le cas des entreprises relevant du droit d'autres pays européens, qui étaient assujetties à une réglementation beaucoup plus souple.

Il y avait là une distorsion de concurrence.

Cette incohérence a toutefois disparu par suite de la loi du 2 juillet 1996¹²⁶, celle-ci ayant prévu que ces établissements deviendraient automatiquement des « entreprises d'investissement »¹²⁷ (un statut distinct de celui d'établissement de crédit) à l'issue d'un certain délai, **à moins** qu'elles n'aient opté avant cette date pour le statut de société financière (et donc d'établissement de crédit).

Mais si elles ont pu opter pour le statut de société financière, cette incohérence a-t-elle véritablement été supprimée ?

Il nous semble que cette interrogation appelle une réponse positive, dans une certaine mesure.

Il convient en effet d'indiquer que les sociétés faisant ce choix devaient justifier qu'elles effectuaient des opérations de banque, et leur statut d'établissement de crédit n'était dès lors plus contestable au regard de la législation française (les établissements de crédit étant, nous l'avons vu, aux termes de l'article 1^{er}, 1^{er} alinéa de la loi bancaire française, « des

¹²⁶ Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 modifiée de modernisation des activités financières, dite « M.A.F. ».

¹²⁷ Par exemple des sociétés de gestion de patrimoine.

personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque »).

Toutefois, ce type de sociétés financières subit encore aujourd'hui une discrimination à rebours, puisque leurs homologues étrangers peuvent opérer en France à des conditions plus favorables.

Quelles catégories recouvrent donc les opérations de banque ?

L'article 2 de la loi bancaire française définit comme **fonds reçus du public** « *les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer* ».

Il n'existe guère de différence en pratique entre la France et les autres Etats membres sur ce point, pour des raisons aussi bien monétaires que prudentielles, tous les pays de la Communauté considérant que les établissements qui collectent des dépôts du public doivent être soumis à une surveillance et une réglementation particulière.

Toutefois, des exceptions existent à cette notion de fonds reçus du public, qui est en principe, nous l'avons dit, un monopole des établissements de crédit.

Elles sont notamment prévues par le même article 2 de la loi bancaire française, et concernent :

- « *les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou les actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs ;*
- *les fonds qu'une entreprise reçoit de ses salariés sous réserve que leur montant n'excède pas 10 % de ses fonds propres. (...) ».*

Par ailleurs, l'article 12 de la même loi prévoit d'autres exceptions qui se comprennent facilement, en ce sens qu'aucune préoccupation de protection de la clientèle ne justifierait de les réserver à une catégorie particulière d'intermédiaire¹²⁸.

En ce qui concerne les **opérations de crédit**, la définition française est notablement plus extensive que celle d'autres législations étrangères.

Aux termes de l'article 3 de la loi bancaire, « *constitue une opération de crédit pour l'application de la présente loi tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail et, d'une manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ».*

Ainsi, **non seulement** l'octroi de crédits est considéré, par lui-même, comme une opération de banque, alors que les directives communautaires et les législations des autres Etats membres (à l'exception de l'Allemagne, toutefois)¹²⁹ ne soumettent cette activité à un agrément que si elle s'accompagne de la collecte de dépôts, **mais aussi** la notion même de crédit est conçue de manière très large puisqu'elle s'étend aux opérations de caution, de crédit-bail et de location avec option d'achat.

C'est surtout au regard du crédit-bail et de l'affacturage que la législation française se distingue de celle des autres Etats membres : En France, pour effectuer des opérations de crédit-bail, il faut être

¹²⁸ Par exemple, aux termes de l'article 12, 4°, toute entreprise peut « émettre des valeurs mobilières ainsi que des titres de créances négociables définis au I de l'article 19 de la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 (...) ».

¹²⁹ Rappelons que la loi allemande du 11 juillet 1985 précitée définit les établissements de crédit comme « *des entreprises qui effectuent des opérations bancaires, lorsque le volume de ces opérations requiert la gestion d'une entreprise sous forme commerciale* ». La notion d'opération de banque n'est nulle part définie de manière uniforme en droit allemand, la loi bancaire de ce pays se contentant d'une énumération des différentes sortes d'opérations de banque (dont font partie les opérations de crédit), ne comprenant notamment ni l'affacturage ni le crédit-bail.

établissement de crédit ; alors que dans les autres pays de la Communauté un tel agrément n'est pas requis.

De même, une société d'affacturage française devra être agréée en tant qu'établissement de crédit pour exercer son activité, ce qui n'est pas le cas des factors relevant du droit d'autres Etats membres.

En Belgique, au Luxembourg et en Espagne, notamment, le crédit-bail et l'affacturage sont certes assimilés à des opérations de crédit mais pas à des opérations de banque.

Dans ces pays, ces activités peuvent être exercées par des établissements financiers qui ne bénéficient pas d'un agrément d'établissement de crédit.

Dans d'autres pays, comme l'Italie ou l'Allemagne, si l'activité de **crédit-bail** peut être exercée par des établissements financiers (soumis au respect de règles moins sévères que celles applicables aux établissements de crédit), **l'affacturage** peut être exercé par toute entreprise, quel que soit son statut¹³⁰.

Certains Etats membres réservent l'exercice de l'activité de prêt à des établissements agréés et surveillés. C'est notamment le cas de la France, de l'Allemagne et du Portugal.

Mais d'autres pays européens laissent l'activité de prêt dans le champ strictement concurrentiel, sous réserve de l'application de règles visant à protéger les emprunteurs.

Ces pays comprennent notamment le Royaume-Uni¹³¹, les Pays-Bas et la Belgique.

La réception de fonds du public et l'octroi de crédits¹³² sont deux activités reconnues, tant par les directives bancaires que par les législations

¹³⁰ V. J.P. Deschanel / L. Lemoine, « *L'affacturage* », P.U.F., collection « Que sais-je ? », 1997, p. 119.

¹³¹ On a vu que l'activité principale des banques y était conçue en termes de protection des fonds qui leur sont remis. La banque anglaise est une « *gardienne prudente des dépôts* » et l'activité de prêt, accessoire au regard de son obligation principale et essentielle de conservation des dépôts, est exercée concurremment par d'autres types de sociétés.

¹³² Cumulativement ou non, selon les pays.

des Etats membres, comme inhérentes à la notion d'établissement de crédit¹³³.

Mais la loi bancaire française, on s'en souvient, cite aussi parmi les opérations de banque, donc faisant partie du monopole des établissements de crédit, la **mise à la disposition ou la gestion de moyens de paiement**.

La législation française étant la seule à considérer ainsi cette activité, il convient d'examiner plus en détail cette particularité, notamment au regard des évolutions récentes ou à venir de la technique et du droit.

B. Banque à distance et monnaie électronique : Un instrument d'harmonisation ou la mise en relief des différences nationales ?

Ainsi que l'écrit un spécialiste de la réglementation bancaire, « *la loi bancaire française est l'une des rares qui, depuis 1984 déjà, ait donné une définition juridique précise des moyens de paiement et qui réserve la mise à la disposition ou la gestion des moyens de paiement à des établissements agréés et surveillés* »¹³⁴.

L'article 4 de la loi du 24 janvier 1984 définit ainsi les **moyens de paiement** :

« Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds ».

Cette définition est, on le voit, particulièrement large.

Mais le législateur a voulu laisser aux entreprises commerciales la possibilité de proposer à leurs clients des services annexes à leur activité propre qui auraient pu être considérés comme moyens de paiement.

¹³³ A quelques nuances près (V. supra).

¹³⁴ P.-H. Cassou, « *La réglementation bancaire* », SEFI, Collection Banque et Stratégie, 1997, p. 269.

C'est le cas notamment des cartes des grands magasins, qui permettent d'acheter des produits exclusivement auprès d'eux-mêmes.

Leur mise à disposition et leur gestion sont autorisées à ces sociétés non agréées en tant qu'établissements de crédit, en vertu du 5° de l'article 12 de la loi bancaire.

Par conséquent, seules les entreprises dont l'activité principale consiste à émettre ou gérer des moyens de paiement entrent dans la catégorie des établissements de crédit et doivent bénéficier d'un agrément.

Mais alors, nous devons nous interroger sur la situation de ces entreprises au regard du droit communautaire et des droits nationaux des autres Etats membres.

Une société espagnole, par exemple, dont l'activité principale est d'émettre ou de gérer des moyens de paiement doit-elle être agréée en tant qu'établissement de crédit ?

Pour apporter une réponse à cette interrogation, il convient d'examiner les dispositions de la loi espagnole du 14 avril 1994¹³⁵, et plus particulièrement son article 1^{er}, d.

Il ressort de cette disposition, ainsi que de la définition de l'établissement de crédit¹³⁶, que l'activité d'émettre et de gérer des moyens de paiement (il est d'ailleurs question de moyens de crédit ou « *tarjetas de crédito* ») n'est pas un monopole des établissements de crédit et que cette activité fait partie de celles que peuvent exercer les établissements financiers.

Ainsi, un simple établissement financier pourra émettre et/ou gérer des moyens de paiement en Espagne, alors qu'une entreprise française ne

¹³⁵ Loi n° 3/1994 du 14 avril 1994 modifiée portant adaptation de la législation espagnole en matière d'établissements de crédit à la deuxième directive de coordination bancaire, et introduisant diverses modifications relatives au système financier.

¹³⁶ Qui est donnée à l'article 1^{er}, 1° du Décret Royal législatif 1298/1986 du 28 juin 1986 modifié portant adaptation des règles légales en matière d'établissements de crédit.

pourra exercer cette activité que si elle a auparavant été agréée en tant qu'établissement de crédit.

Ainsi, un établissement de crédit français désirent exercer une activité de gestion de moyens de paiement sur le territoire d'un autre Etat membre, sera désavantagé non seulement vis-à-vis d'un établissement relevant du droit de cet Etat, mais aussi vis-à-vis d'un établissement originaire d'un autre pays européen.

La deuxième directive de coordination bancaire avait prévu cette activité parmi celles bénéficiant de la reconnaissance mutuelle, figurant à l'annexe I de la directive du 20 mars 2000, et donc parmi celles que peuvent exercer les établissements financiers au sens de la directive.

De fait, tous les Etats membres ont transposé cette disposition en droit interne, y compris la France.

Nous avons vu que l'article 4 de la loi bancaire française définit les moyens de paiement, mais il n'existe pas de définition légale de la « gestion » de moyens de paiement.

L'emploi de la conjonction « *ou* » dans « ... *la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement* » implique, ainsi que le remarque un commentateur averti, « *que la gestion de moyens de paiement constitue une opération de banque en soi, indépendamment de la mise de ces moyens à la disposition de la clientèle* »¹³⁷.

Sans vouloir débattre de la question, indiquons toutefois que la jurisprudence française a pris conscience de la nécessité d'élaborer une définition de la gestion de moyens de paiement, mais que les tentatives effectuées à ce jour, à notre connaissance, n'ont pas été capables de prendre en compte toutes les situations que la pratique fait apparaître, et ont par conséquent été abondamment critiquées¹³⁸.

¹³⁷ C. Gavalda / J. Stoufflet, *commentaire de l'arrêt Cour d'Appel de Paris, 9^e ch. A, du 13 sept. 1999*, op. cit. p. 1039.

¹³⁸ V. notamment C. Gavalda / J. Stoufflet, *JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 26, 29 juin 2000, *Chronique de droit bancaire*, p. 1039 ss., spéc. § 1 et 2.

Par ailleurs, les pratiques bancaires ont connu beaucoup de changements en cette fin de siècle, et sont appelées à évoluer davantage.

Les cartes de paiement connaissent un développement impressionnant, de nouveaux moyens de paiement apparaissent, et la dématérialisation des actifs financiers, qui est la cause principale de ce mouvement qui a débuté il y a déjà plusieurs années, s'attaque aujourd'hui à la monnaie fiduciaire, avec l'arrivée du porte-monnaie électronique.

Un établissement de crédit n'a plus besoin d'implantation physique autre qu'un siège social, de nos jours, pour exercer ses activités.

Ainsi, l'exemple de la Banque Directe, en France, qui a été l'une des premières en Europe à appliquer cette idée.

Les opérations de banque peuvent se faire à distance, même d'un pays à l'autre avec le développement qu'a connu l'Internet, et cela entraîne ipso facto une concurrence accrue entre les établissements de crédit.

Dès lors, les difficultés dues à la disparité des définitions de l'établissement de crédit, de laquelle découle l'application ou non d'une réglementation plus stricte, apparaissent de plus en plus nettement.

C'est notamment au regard de la libre prestation de services que les difficultés sont mises en relief.

Un établissement de crédit peut opérer par voie de prestation de services dans d'autres Etats membres, cela n'est pas nouveau.

Mais le juriste se trouve confronté désormais à des entreprises et des clients qui ne se déplacent plus.

Dès lors, comment déterminer si une entreprise considérée n'est pas en situation d'exercice illégal de la profession de banquier ?

Il convient de revenir aux notions de prestation de services « **active** » et « **passive** ».

Nous avons dit¹³⁹ qu'il fallait déterminer si l'opération était effectuée au lieu d'implantation du prestataire ou à celui du client.

Il semble évident que la seule ouverture d'un site Internet par un établissement bancaire ne place pas celui-ci en situation d'exercice illégal de la profession.

En effet, un site « web » est, par nature, accessible à distance et donc de l'étranger.

Mais il en va différemment lorsque le prestataire manifeste réellement une intention d'offrir ses services auprès de clients non-résidents, en ayant une démarche active vers un autre pays.

Prenons l'exemple d'un établissement de crédit néerlandais qui dispose d'un site Internet lui permettant de conclure des contrats bancaires avec les clients qui le consultent.

En vertu de la législation de son pays, cet établissement bénéficie d'un agrément qui l'autorise à exercer son activité.

Mais si un ressortissant français, par exemple, vient consulter son site et, trouvant que le taux proposé est intéressant, décide de souscrire un produit d'épargne, la société néerlandaise peut être en situation d'exercice illégal de la profession de banquier au regard de la législation française.

En effet, s'il s'avère que cet établissement a eu l'intention d'exercer son activité sur le territoire d'un autre Etat membre¹⁴⁰, il pourra être sanctionné s'il n'a pas respecté les conditions de notification et d'information qui lui incombent.

Un autre aspect des difficultés engendrées par la non-concordance des définitions concerne directement les moyens de paiement.

Nous avons dit que la législation française est la seule, en Europe, à considérer qu'une entreprise exerçant une activité de mise à disposition de

¹³⁹ V. supra, Titre 2, Chapitre I, A.

¹⁴⁰ Ce que les autorités de contrôle déterminent au moyen d'un faisceau d'indices tels que les langues dans lesquelles les offres sont proposées, les éventuelles campagnes de publicité à destination de l'Etat concerné, ...etc.).

la clientèle ou de gestion de moyens de paiement doit être agréée en tant qu'établissement de crédit.

Or, le Conseil a adopté, le 29 novembre 1999, une position commune en vue de l'élaboration d'une directive sur la monnaie électronique¹⁴¹.

Avec ce texte communautaire, les banques françaises risquent de perdre leur monopole d'émission et de gestion des moyens de paiement.

Il est question que cette directive prévoit que les sociétés émettrices de monnaie électronique n'auront à respecter que des ratios allégés, si cette activité est la seule qu'elles exercent.

Par ailleurs, une entreprise ayant ce type d'activité et dont le siège social serait en France devrait, en l'état actuel de la législation, au minimum bénéficier d'un agrément de société financière (et donc d'établissement de crédit), alors que ses homologues originaires d'autres pays de l'Union Européenne ou de l'E.E.E. seraient de simples établissements financiers¹⁴², dont on a vu qu'ils bénéficiaient de conditions privilégiées, notamment en matière de réglementation prudentielle.

Les entreprises émettrices de monnaie électronique françaises auraient donc à subir une forme de discrimination à rebours, due à une définition nationale de l'établissement de crédit plus large que celle des directives bancaires et des autres législations nationales¹⁴³.

Conclusion :

La banque à domicile n'est plus un service accessoire, et de nombreux clients ont aujourd'hui la possibilité de gérer leurs comptes,

¹⁴¹ Cette directive n'est, à notre connaissance, pas encore adoptée à ce jour.

¹⁴² L'émission ou la gestion de moyens de paiement est une des activités figurant sur la liste de l'annexe I de la directive 2000/12/CE.

¹⁴³ Y compris la législation allemande, puisque la loi bancaire de ce pays n'inclue pas l'émission ou la gestion de moyens de paiement parmi les opérations de banque.

passer des ordres de bourse, ou discuter avec leur banquier sans quitter leur domicile.

Le métier de banquier est en pleine évolution, les activités traditionnelles des banques sont effectuées par des intermédiaires bénéficiant de conditions plus favorables.

Il semble que ce mouvement soit en grande partie dû à la concurrence entre établissements de crédit, qui n'est plus aujourd'hui uniquement nationale mais « tous azimuts ».

L'Europe financière connaît désormais une politique monétaire commune, une monnaie commune et des directives bancaires codifiées et regroupées en un texte unique.

Mais il n'y a pas de notion commune d'établissement de crédit.

La définition communautaire et plusieurs définitions nationales ne concordant pas, il n'est pas étonnant que des distorsions de concurrence et des discriminations se fassent jour.

Dès lors, on ne peut parler de marché bancaire commun, car non seulement tous les Etats membres ne définissent pas de la même façon l'établissement de crédit, mais aussi ces disparités de qualification ont pour conséquence d'empêcher une parfaite liberté de la concurrence.

Nous avons vu que les autorités communautaires ont tenté de réduire les principales différences qui existaient dans les réglementations bancaires des Etats membres.

De fait, la tâche était colossale, et l'on peut affirmer qu'elle a été bien avancée en ce qui concerne la **réglementation** (élaboration de règles communes d'agrément, ratios prudentiels communs, principes du « Home Country Control » et de la reconnaissance mutuelle des agréments, ... etc.).

Toutefois, force nous est de constater que le « marché commun des établissements de crédit » n'est encore qu'un objectif à atteindre.

Sera-ce donc par le biais d'une évolution de la définition communautaire de l'établissement de crédit que se fera la réalisation de ce nouveau marché commun ?

Nous en doutons fortement, principalement pour deux raisons :

Tout d'abord, il ressort de toutes les directives bancaires une **volonté d'harmonisation minimum**, de la part du législateur communautaire.

Par ailleurs, la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 a opéré **codification** des directives et les a regroupées dans un texte unique sans modifier la définition de l'établissement de crédit.

A notre sens, le législateur communautaire a entendu laisser le soin aux Etats membres d'adapter leurs législations, ce qu'ils ont fait en ce qui concerne la réglementation bancaire, mais pas en ce qui concerne la définition même de l'établissement de crédit.

Il nous paraît que cette disparité de définitions est un obstacle, ou tout au moins un frein, à la réalisation d'un véritable marché commun des établissements de crédit, et que la complète libération des activités bancaires devra attendre une évolution des définitions nationales.

Cette évolution ne se fera pas en un jour, mais progressivement.

Aujourd'hui que nous disposons d'une monnaie commune et d'une politique monétaire commune, le temps ne devrait pas être trop long avant que nous entendions sonner le glas des différences les plus flagrantes.

Avec le temps, les restructurations bancaires se feront de plus en plus transnationales, élimant ainsi les aspérités juridiques les plus visibles.

Le professeur M. Vasseur écrivait déjà en 1989, au sujet de la mise en place de l'Europe financière « *il faut faire confiance au temps* »¹⁴⁴.

Mais il faut aussi et surtout, à notre avis, faire confiance aux agents économiques concernés, qui sauront initier cette évolution.

¹⁴⁴ M. Vasseur, « *Droit et économie bancaire – Les opérations de banque - Fascicule IV* », Les Cours de Droit, 1988-1989, PARIS, précité, p. 1926.

Table des matières

Introduction

Titre 1 : Des définitions disparates, malgré une tentative d'harmonisation communautaire.

Chapitre I / Un choix délibéré, fruit d'une culture nationale et d'une volonté politique.

- A. L'interprétation de la notion d'établissement de crédit.
- B. Les disparités des définitions nationales au regard de la notion communautaire d'établissement de crédit.

Chapitre II / La deuxième directive bancaire de 1989 : vers un véritable marché bancaire unique ?

- A. Une harmonisation complémentaire.
 - 1. Des conditions d'agrément communes.
 - 2. Le modèle de la banque universelle.
- B. La reconnaissance mutuelle des agréments.

Titre 2 : Un obstacle à la réalisation d'un véritable marché commun des établissements de crédit ?

Chapitre I / Les difficultés d'application du système de la reconnaissance mutuelle des agréments.

- A. Libre prestation de services et liberté d'établissement dans le marché bancaire unique.
- B. L'application du principe du « Home Country Control ».

Chapitre II / Les discriminations causées par la non-concordance des définitions.

- A. Un statut conditionné par l'activité exercée :
- B. Banque à distance et monnaie électronique : Un instrument d'harmonisation ou la mise en relief des différences nationales ?

Conclusion.

Bibliographie

Ouvrages :

P.-H. Cassou, « *La réglementation bancaire* », SEFI, Collection Banque et Stratégie, 1997.

J.P. Deschanel / L. Lemoine, « *L'affacturage* », P.U.F., collection « Que sais-je ? », 1997.

C. Gavalda / G. Parleani, « *Droit des affaires de l'Union Européenne* », Litec, deuxième et troisième édition (1998 et 1999).

G. Isaac, « *Droit communautaire général* », Armand Colin, 5^e édition, 1997.

B. Sousi-Roubi, « *Droit bancaire européen* », Précis Dalloz, 1995.

M. Vasseur, « *Droit et économie bancaire – Les opérations de banque - Fascicule IV* », Les Cours de Droit, 1988-1989, PARIS.

Articles :

H.M. Alvares Correa / F. Molenaar, « *La banque et le crédit aux Pays-Bas* », E.J.A. - L.G.D.J., Coll. Jupiter (Pays-Bas), Banque – Bourse, novembre 1990.

P. Clarotti, « *La coordination des législations bancaires* », Revue du marché commun, 1982, p.68 ss.

L. Roeges, « *L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire* », Revue de droit bancaire et de la bourse (Cahiers de l'Institut européen de droit bancaire et de la bourse), n° 41, janvier / février 1994, p. 17 ss.

C. Gavalda / J. Stoufflet, *commentaire de l'arrêt Cour d'Appel de Paris, 9^e ch. A, du 13 sept. 1999*, JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 26, 29 juin 2000, Chronique de droit bancaire, p. 1039 ss.

C. Gavalda / J. Stoufflet, *commentaire de l'arrêt CAA Paris, 3^e ch., 30 mars 1999*, JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 26, 29 juin 2000, Chronique de droit bancaire, p. 1040.

M. Goehrs, « *Les cadres de l'activité bancaire – La réforme bancaire* », Editions Jupiter, Droit des affaires / Marché commun (France), Tome VI - Banque et Bourse, mars 1985.

J. Pardon, « *Les quiproquos des reconnaissances mutuelles* », Revue de droit bancaire et de la bourse (Cahiers de l'Institut européen de droit bancaire et de la bourse), n° 34, novembre / décembre 1992, p. 237 ss.

B. Sousi, « *L'article 49 du Traité CE (ex article 59) et l'octroi de prêts hypothécaires* » (commentaire de l'arrêt Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} ch. G, du 14 juin 2000), Le Dalloz, 2000, n° 28, p. 614 ss.

B. Sousi-Roubi, « *La proposition de deuxième directive de coordination bancaire* », Revue de droit bancaire et de la bourse, n° 9, septembre / octobre 1988, p. 158 ss.

M. Vasseur, « *Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire* », RDAI / IBLJ, n° 2, 1991, p. 171 ss.

Thèse :

M. Castillo, « *L'harmonisation du contrôle prudentiel des établissements de crédit dans la C.E.E.* », Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 1993, dactyl., 428 pages, p. 54 à 75.

Textes communautaires :

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, J.O.C.E. 26 mai 2000, L 126.

Première directive 77/780/CEE du Conseil du 12 décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, J.O. L 322 du 17 décembre 1977, p. 30.

Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, J.O. L 386 du 30 décembre 1989, p. 1.

Législations nationales :

Allemagne :

Loi du 11 juillet 1985 modifiée relative à l'organisation de la profession bancaire (*Gesetz über das Kreditwesen*, dite KWG).

Belgique :

Loi du 22 mars 1993 modifiée relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

Espagne :

Décret Royal du 22 août 1885, Code de Commerce, articles 175 ss.

Décret Royal législatif 1298/1986 du 28 juin 1986 modifié portant adaptation des règles légales en matière d'établissements de crédit.

Loi 3/1994 du 14 avril 1994 modifiée portant adaptation de la législation espagnole en matière d'établissements de crédit à la deuxième directive de coordination bancaire, et introduisant diverses modifications relatives au système financier.

France :

Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit (Loi bancaire française), J.O. du 25 janvier 1984.

Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 modifiée de modernisation des activités financières.

Luxembourg :

Loi du 5 avril 1993 modifiée relative au secteur financier.

Pays-Bas :

Loi du 13 avril 1978 modifiée sur le contrôle des instituts de crédit.