

# La codification des directives relatives aux établissements de crédit



BLANCHE SOUSSI

Professeur à l'Université Lyon 3

Chaire Jean Monnet «Droit bancaire et monétaire européen»

*Ceux qui ne se sont jamais perdus dans l'enchevêtrement des directives bancaires et de leurs modifications aussi nombreuses que désordonnées n'apprécieront pas l'événement : désormais, une directive unique codifiée (presque) tous ces textes épars. Lisibilité, simplification, clarification du droit bancaire européen : tels étaient les objectifs. Ils ont largement été atteints, même si quelques imperfections subsistent.*

Le concept de codification a déjà fait l'objet de nombreuses réflexions après lesquelles, pour certaines, il semble difficile d'ajouter quoi que ce soit (1). Cependant, l'actualité bancaire européenne justifie qu'on y revienne encore : en effet, la version codifiée des directives relatives aux établissements de crédit a été publiée le 26 mai 2000 (2). Il est enfin possible de faire une lecture directe de (presque) toutes les dispositions communautaires applicables à ces établissements. Tous ceux qui étudient, commentent, analysent le droit bancaire européen se réjouiront de cette nouvelle.

L'idée d'assurer à tous l'accès à la connaissance des règles de droit est un souci constant des gouvernants à l'échelon national (on ne compte plus, en France, les codes achevés ou en préparation (3)), mais également à l'échelon communautaire dans le contexte de «l'Europe des citoyens». Nul ne peut contester la nécessité de rendre lisible le droit communautaire : sa compréhension, sa mise en œuvre, bref, son efficacité, l'exigent.

Ainsi, il n'est plus nécessaire de lire ensemble plusieurs directives bancaires qui se complétaient, se renvoyaient les unes aux autres. Leur compréhension se fera immédiatement sans avoir à suivre un jeu de piste dont seuls les initiés avaient les clefs. La directive du 20 mars 2000 comportant la version codifiée de ces directives va devenir familière à tous et le temps de l'avant-codification sera vite oublié... On passe facilement de la complexité à la simplicité.

C'est pourquoi, au moment de ce passage, on ne peut s'empêcher de porter un regard sur le travail de codification lui-même. Quelle a été la méthode choisie, quel est le résultat obtenu ? C'est là une façon de saluer la

tâche difficile mais combien utile, accomplie durant plusieurs années avec patience et rigueur, par les services en charge de cette codification.

## I Méthode

Cela faisait longtemps que la Commission s'inquiétait de la forme (ou plutôt de la déformation) que présentaient les différents textes communautaires, et notamment les directives, au fil de modifications successives non intégrées dans l'acte d'origine. Aussi, par une décision du 1<sup>er</sup> avril 1987, a-t-elle donné instruction à ses services de «procéder à la codification constitutive ou officielle des actes juridiques au plus tard après leur dixième modification, tout en soulignant qu'il s'agit là d'une règle minimale car, dans l'intérêt de la clarté et de la bonne compréhension de la législation communautaire, les services devraient s'efforcer de codifier les textes dont ils ont la responsabilité à des intervalles plus brefs» (4). Le Conseil européen d'Edimbourg de décembre 1992, confirma ces impératifs. Encore fallait-il choisir la procédure adaptée au type de codification envisagée ou plus exactement, adapter la méthode de codification à la méthode de travail souhaitée.

## Méthode de travail

Une méthode de travail accélérée pour la codification officielle a été arrêtée par un accord conclu le 20 décembre 1994 (5) entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission. L'objectif de cette méthode est une codification officielle définie comme la procédure visant

«à abroger les actes faisant l'objet de la codification et à les remplacer par un acte unique qui ne comporte aucune modification de la substance desdits actes». Il s'agit donc d'une codification à droit constant. Dans le cadre de cette méthode de travail accélérée, la Commission s'engage à n'introduire dans ses propositions de codification aucune modification de substance, ce qui sera contrôlé par un groupe consultatif interservices juridiques du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Certes, le processus législatif normal de la Communauté sera intégralement respecté, mais selon une procédure simplifiée au sein du Parlement européen et du Conseil, toute modification de substance étant également interdite à tous ces stades.

C'est ainsi que conformément au programme législatif pour 1994, les services de la Commission ont préparé une version codifiée de la plupart des directives concernant les établissements de crédit et, le 15 décembre 1997, une proposition de directive visant à cette codification (6) pouvait être présentée.

Les directives concernées sont : la première directive (7), la directive fonds propres (8), la deuxième directive (9), la directive ratio de solvabilité (10), la directive surveillance consolidée (11) et la directive grands risques (12). Il faut ajouter à cette liste la directive sur la suppression des restrictions (13) mais qui est purement et simplement abrogée et donc à ranger désormais, en l'état, sur les rayons de l'histoire. On notera que, contrairement à l'apparence, la directive «*netting*» (14) est comprise dans le champ de la codification et si elle n'est pas énumérée comme telle, c'est parce qu'elle n'est qu'une directive modifiant la directive ratio de solvabilité.

## Méthode de codification

L'exposé des motifs de cette version codifiée des directives bancaires souligne qu'un «grand nombre de dispositions qui, ayant été modifiées plusieurs fois et souvent de façon substantielle, se trouvent éparpillées en partie dans l'acte originaire et en partie dans les actes modificatifs ultérieurs. Un travail de recherche et de comparaison d'un grand nombre d'actes est ainsi nécessaire pour identifier les dispositions en vigueur». On ne saurait mieux dire : tous ceux qui enseignent ou pratiquent le droit bancaire européen en ont fait l'expérience !

Il est expressément indiqué que «la nouvelle directive se substituera aux diverses directives faisant l'objet de l'opération de codification, qu'elle respecte totalement la substance des textes codifiés et se borne à les regrouper en y apportant les seules modifications formelles requises par l'opération même de codification». Codification pure et simple donc.

La méthode a donc consisté à l'insertion dans le texte d'origine des directives bancaires, les modifications qu'elles ont subies depuis leur adoption, sans oublier les simples rectificatifs parfois très tardifs et que seule une lecture attentive du JO des Communautés européennes pouvait signaler au chercheur (15). Après l'intégration des modifications successives dans les directives d'origine, il a fallu consolider les six directives en un seul texte destiné, bien sûr, à prendre la forme d'une directive.

Par avis du 17 février 1998, le groupe consultatif interservices juridiques, déjà évoqué, a confirmé que la

proposition de directive unique présentée par la Commission le 15 décembre 1997 (16) se limitait à une codification pure et simple, sans modification de substance des actes en faisant l'objet. Le texte pouvait donc poursuivre son cheminement selon la méthode de travail accélérée.

Cependant, c'est à une véritable course-poursuite que se sont livrés, pendant ce processus, le codificateur et le législateur : en effet, après la date de présentation de cette proposition de directive, les textes en voie de codification ont été amendés par deux directives du 22 juin 1998 (17) modifiant la directive ratio de solvabilité et la première directive de coordination bancaire : cela ne pouvait être ignoré du codificateur. Une proposition modifiée de la directive unique a donc été préparée et présentée par la Commission le 22 juillet 1999 (18), d'abord pour intégrer ces nouvelles modifications mais aussi, passage à la monnaie unique oblige, pour remplacer les montants encore exprimés en écus dans les différents articles par des montants désormais exprimés en euros. Pourtant, il a bien fallu que le codificateur mette un point final à sa rédaction alors que d'autres événements législatifs étaient en préparation, en particulier les projets relatifs aux établissements de monnaie électronique. On ne pouvait arrêter le travail du législateur communautaire au prétexte qu'une codification était finalisée, mais il est indéniable que la version codifiée des directives bancaires devra rapidement et régulièrement être remise à jour. Pour avoir un sens, le travail du codificateur doit sans cesse poursuivre celui du législateur.

Quoi qu'il en soit, le choix d'une codification à droit constant présentait l'avantage pour la Commission de pouvoir se placer dans le cadre de la méthode de travail accélérée. Ce choix a-t-il été le bon ? À l'examen du texte de la directive du 20 mars 2000, peut-on considérer que le résultat est satisfaisant et que la tâche est achevée ?

## II Résultat

La double consolidation ayant été réalisée (celle de chacune des directives bancaires, puis celle des directives entre elles), le texte est enfin devenu lisible, et l'organisation même du système bancaire européen apparaît plus clairement. On relève cependant quelques imperfections.

### Lisibilité et clarté

Ce n'est donc plus avec six directives qu'il faut jongler pour comprendre le système bancaire européen : il suffit de se reporter à cette seule directive relative à l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice. Et puisque les modifications antérieures ont toutes été intégrées, le lecteur sait en lisant un article de cette directive unique qu'il lit un texte à jour à la date de la proposition modifiée, soit juillet 1999.

Les initiés qui avaient coutume de travailler sur ces directives désormais regroupées ne seront pas perdus : ils retrouveront une structure classique (définitions, champ d'application, etc.), mais également tous les articles qui figuraient dans les anciens textes. Simplement, ces articles ont été répartis selon un plan cohérent et logique ; pour aller jusqu'au bout de cette rigueur, parfois des paragraphes ont été séparés pour être insérés dans des articles

différents afin d'en faciliter encore la lecture. Un travail d'orfèvre que seuls peut-être les initiés apprécieront.

Quant aux profanes qui voudraient désormais se plonger dans le système bancaire européen, ils pourront le comprendre beaucoup plus facilement qu'auparavant grâce à ce document construit logiquement. Une table des matières est prévue qui permet, en un coup d'œil, de connaître l'organisation du système. Les titres qui composent la directive en donnent déjà une information claire (19). Suivent des annexes familières : l'annexe de la deuxième directive, puis les annexes de la directive ratio de solvabilité. Viennent, enfin, des annexes nouvelles ayant une forte utilité : liste des directives abrogées avec leurs modifications successives, délais de transposition pour chacune et tableau de correspondance entre les articles de la nouvelle directive et ceux des anciennes.

On comprend que le tout forme un outil particulièrement précieux pour quiconque, initié ou profane, voudra consulter ce texte.

## Imperfections

Certaines de ces imperfections inspirent quelques regrets d'autant qu'elles ne s'expliquent pas par les contraintes d'une codification à droit constant. D'autres, au contraire, étaient inévitables compte tenu de la méthode adoptée : elles appellent des modifications de substance qui achèveront ainsi le travail de codification.

- L'une des imperfections regrettables est l'absence dans la liste des directives codifiées, de la directive sur la garantie des dépôts. Plusieurs explications sont possibles. D'abord, au moment où les travaux de codification ont commencé, cette directive faisait l'objet, de la part de l'Allemagne, d'un recours en annulation devant la Cour de justice des Communautés européennes. Il pouvait, alors, paraître plus convenable d'en attendre l'issue, mais le recours a été rejeté en juillet 1997 et la directive n'a pas, pour autant, été comprise dans l'opération de codification. Il faut donc trouver une autre explication : à cet égard, on pourrait faire remarquer que, contrairement aux autres directives codifiées, la directive relative à la garantie des dépôts ne concerne pas stricto sensu la surveillance prudentielle. Cet argument ne nous satisfait pas car, ainsi que l'a rappelé la Cour de justice précisément dans l'arrêt rendu sur recours de l'Allemagne, cette directive est essentiellement fondée sur la liberté d'établissement et poursuit donc l'objectif de la réalisation du marché bancaire unique : elle rejoint en cela la deuxième directive et ses satellites, c'est-à-dire les directives prudentielles. Elle avait donc vocation comme les autres, à être codifiée. Une dernière explication nous paraît plus acceptable. Il s'agit du caractère temporaire de certaines de ses dispositions (clause de non-export, clause de *topping up*) (20) qui devaient être revues à la lumière de rapports faits à la Commission. On peut alors comprendre que cette directive sur la garantie des dépôts n'ait pas été prise dans le périmètre de la codification, mais à notre avis, elle devra l'être à terme.

Une autre imperfection regrettable concerne la technique des renvois : tous n'ont pas été supprimés. En effet, certaines définitions contenues dans d'autres directives n'ont pas été intégrées dans le texte codifié et les renvois vers ces autres directives ont été maintenus : le lecteur devra donc, encore, se reporter à ces autres textes s'il veut

prendre connaissance des définitions auxquelles il est fait allusion. Il s'agit, notamment, des définitions de l'entreprise mère et de la filiale pour lesquelles le renvoi est fait vers la 7<sup>e</sup> directive «sociétés», mais surtout des définitions des personnes chargées du contrôle légal des comptes pour lesquelles subsistent les renvois aux 4<sup>e</sup>, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> directives «sociétés» ainsi qu'à la directive Opcvm. Cela dénote évidemment avec l'ensemble du travail de codification qui, justement, devait supprimer ce type de désagrément pour l'utilisateur. Il est vrai que ces renvois se font vers des directives qui n'entrent pas dans le champ de la codification : cela ne suffit pas, nous semble-t-il, à justifier cette imperfection. Le codificateur a sans doute voulu éviter d'avoir à modifier des définitions qu'il aurait intégrées dans le texte codifié à chaque fois qu'elles seraient modifiées dans leurs directives d'origine ; évidemment de ce point de vue, le renvoi est commode car il demeure toujours valable au fil des modifications. Là encore, l'argument ne nous convainc pas car dès l'instant où le travail de codification a commencé, il doit, nous semble-t-il, ne plus jamais cesser.

- D'autres imperfections étaient inévitables compte tenu de l'obligation de ne faire aucune modification de substance. Comme on l'a dit plus haut, le groupe consultatif interservices juridiques a veillé très attentivement à ce qu'il en soit bien ainsi. Or, comme c'est souvent le cas, le travail de codification à droit constant a mis en lumière des incohérences qui existaient entre les différentes directives, mais qui ne sont plus acceptables dans un texte unique.

Sans doute la plus significative de ces imperfections et la plus visible (elle figure à l'article 1<sup>er</sup> point 1 !) est l'existence de trois définitions de l'établissement de crédit : celle qui est d'application générale à la directive, celle qui est d'application stricte aux dispositions relatives à la surveillance sur base consolidée et enfin, celle qui est d'application stricte aux dispositions sur les grands risques. Ces trois définitions sont, bien sûr, issues des directives correspondantes et malgré l'habileté du rédacteur pour en faire une adaptation lisible sans changer la moindre substance, elles restent assez compliquées car certains éléments s'imbriquent les uns dans les autres. Le lecteur auquel on aura promis un accès désormais facile aux dispositions communautaires relatives aux établissements de crédit, ne pourra s'empêcher de penser, en voyant les premières lignes de cette directive unique, que cela commence mal !

Cela constitue un exemple de la nécessité qu'il y a parfois à aller plus loin qu'une codification pure et simple.

Il y a en d'autres, notamment le maintien de dispositions aujourd'hui devenues caduques : ainsi en est-il de l'article 13 qui reprend l'ancien article 6.1 de la deuxième directive visant le régime transitoire applicable aux anciennes dotations en capital des succursales d'établissements agréés dans un autre Etat membre. Certes, la rédaction a été adaptée aux principes désormais en vigueur, mais le maintien de cet article totalement inutile risque de jeter le trouble sur l'organisation du système. De même pour l'article 59 qui reprend l'ancien article 6 de la première directive, lequel visait les ratios d'observation prévus à une époque où on ne pouvait s'entendre que sur des expériences volontaires et non sur des règles harmonisées. Le contenu de cet article va à l'encontre des principes désormais applicables en matière de ratio de solvabilité. Comment le lec-

teur non avisé pourra-t-il comprendre ? On pourrait énumérer encore d'autres incohérences de ce type qui sont autant de conséquences de la codification pure et simple.

Pour parfaire la tâche entreprise, il faudra donc effectuer des modifications de substance. Cette situation expressément prévue dans l'accord fixant une méthode de travail accélérée (21) suppose alors, pour ces seules modifications, le retour aux procédures normales d'adoption des textes : la Commission peut, dans ce cas, décider soit d'utiliser la technique de la refonte, soit de présenter une autre proposition de directive contenant les modifications de substance lesquelles seront, ensuite, intégrées dans la directive unique.

La Commission a-t-elle fait le bon choix en prenant le parti de commencer par une codification pure et simple alors que sa tâche ne peut s'arrêter là ? Nous le pensons, d'abord parce que même en l'état et avec ses quelques imperfections, ce premier résultat est déjà un outil précieux pour quiconque s'intéresse au droit bancaire européen ; ensuite et surtout, parce que cette première étape était sans doute nécessaire pour mettre en évidence les incohérences des textes en vigueur et l'intérêt d'y remédier. Et si finalement le méthode de travail accélérée doit être complétée par une procédure classique permettant, elle, des débats et des amendements, il était astucieux, stratégiquement, de commencer par une codification qui n'ouvrirait pas la boîte de Pandore. ■

(1) B. Oppetit, *Essai sur la codification*, PUF, Coll. Droit éthique société, 1998 et les nombreuses références citées ; La codification, Actes du colloque de Toulouse, des 27 et 28 octobre 1995, Dalloz, 1996 et le compte-rendu de J.-L. Aubert, *RTD civ.* 1998, 234.

(2) Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOCE n° L 126 du 26 mai 2000 p. 1.

(3) Le Gouvernement relance la codification, entretien avec G. Braibant, *Petites Affiches*, 15 septembre 1999, n° 184 p. 3.

(4) Exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (version codifiée) COM (97) 706 final du 15 décembre 1997.

(5) Accord interinstitutionnel, Méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs JOCE n° C 102 du 4 avril 1996, p. 2.

(6) Proposition de directive concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (version codifiée), préc.

(7) 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, JOCE n° L 322 du 17 décembre 1977, p. 30.

(8) Directive 89/299/CEE du Conseil, du 17 avril 1989, concernant les fonds propres des établissements de crédit, JOCE n° L 124 du 5 mai 1989, p. 16.

(9) 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, et modifiant la directive 77/780/CEE, JOCE n° L 386 du 30 décembre 1989, p. 1.

(10) Directive 89/647/CEE du Conseil, du 18 décembre 1989, relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit, JOCE n° L 386 du 30 décembre 1989, p. 14.

(11) Directive 92/30/CEE du Conseil, du 6 avril 1992, relative à la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée, JOCE n° L 110 du 28 avril 1992, p. 52.

(12) Directive 92/121/CEE du Conseil, du 21 décembre 1992, relative à la surveillance et au contrôle des grands risques des établissements de crédit, JOCE n° L 29 du 5 février 1993, p. 1.

(13) Directive 73/183/CEE du Conseil, du 28 juin 1973, concernant la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services en matière d'activités non salariées des banques et autres établissements financiers, JOCE n° L 194, du 16 juillet 1973, p. 1.

(14) Directive 96/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mars 1996 modifiant la directive 89/647/CEE en ce qui concerne la reconnaissance par les autorités compétentes des contrats de novation et des conventions de compensation, JOCE n° L 85 du 3 avril 1996, p. 17.

(15) Par exemple le rectificatif du 26 août 1997 à la directive relative au ratio de solvabilité du 18 décembre 1989 !

(16) Préc.

(17) Directive 98/32 et directive 98/33 du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, JOCE n° L 204 p. 26 et p. 29.

(18) COM (1999) 109 final.

(19) I. Définition et champ d'application. II. Conditions de l'accès à l'activité des établissements de crédit et de son exercice. III. Dispositions relatives au libre établissement et à la libre prestation de services. IV. Relations avec les pays tiers. V. Principes et instruments techniques de surveillance prudentielle. VI. Comité consultatif bancaire. VII. Pouvoirs d'exécution. VIII. Dispositions transitoires et finales.

(20) Voir notre ouvrage, *Droit bancaire européen*, Précis Dalloz, 1995, p. 224, n° 430 et 43.

(21) Accord du 20 décembre 1994, préc.