

La législation française sur le crédit à l'épreuve du droit communautaire



Paul Lutz
Avocat au barreau de Strasbourg
Cabinet ASA

L'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 9 juillet 1997 (1) sur une question préjudicielle posée par la Cour de cassation française (2) ainsi que la récente «communication interprétative» de la Commission concernant la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire (3) donnent l'occasion de faire le point de la réalisation effective du marché unique dans le secteur des crédits bancaires.

Les faits de la cause soumise aux juridictions précitées et les termes de la question posée peuvent être résumés comme suit.

Par un contrat du 29 novembre 1984, une banque néerlandaise (Banque H. Albert de Bary et Cie) avait accordé à une société française (Société civile immobilière Parodi) un prêt hypothécaire de 930 000 DM. Le 13 mars 1990, l'emprunteur assignait la banque en nullité du contrat de prêt, au motif que la banque n'avait pas, lors de l'octroi du prêt, été agréée par le comité des établissements de crédit conformément à la loi bancaire française du 24 janvier 1984 et, d'autre part, en remboursement d'une somme de 1 251 390 francs correspondant aux intérêts et frais contractuels payés.

Ni l'arrêt de la Cour de cassation posant la question préjudicielle, ni l'arrêt de la Cour de justice ne précisent les modalités de la conclusion du contrat de prêt. On peut cependant admettre que celui-ci a été conclu à la suite d'une prestation de la banque réalisée au moins pour partie en France, d'où le grief de l'emprunteur du défaut d'agrément conforme à la législation française (4).

Débouté en premier ressort puis en appel, l'emprunteur a formé un pourvoi en cassation, soumettant à la haute juridiction plusieurs arguments :

- d'une part, selon l'article 61 paragraphe 2 du traité de Rome, «la libération dans la Communauté des services de banques liés à des mouvements de capitaux devait être réalisée en harmonie avec la libération progressive de la circulation des capitaux et nécessitait une coordination des législations nationales...» ; selon l'emprunteur, les mouvements de capitaux n'auraient été libérés que par la directive n° 88/361 du 24 juin

1988 et la coordination des législations nationales n'aurait été opérée que par la deuxième directive bancaire du 15 décembre 1989 ;

- d'autre part «... les principes de liberté d'établissement et de prestations des services impliquent qu'un établissement de crédit ressortissant de la CEE ne peut exercer en France l'activité bancaire que dans les mêmes conditions que les établissements nationaux», c'est-à-dire sous le couvert de l'agrément bancaire français ; cet agrément serait justifié par des considérations d'intérêt général ; enfin, la reconnaissance mutuelle des agréments n'a été instituée que par la deuxième directive bancaire transposée en droit français par la loi du 16 juillet 1992.

Dans son arrêt du 13 juin 1995, la Cour de cassation écarte d'emblée certains de ces arguments par référence expresse à la jurisprudence de la CJCE. Ainsi énonce-t-elle que la liberté de prestation de services instituée par les articles 59 et 60 du traité «exige non seulement l'élimination de toute discrimination..., mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre...» et que cette liberté est «d'application directe sans que son applicabilité soit subordonnée à l'harmonisation ou à la coordination des législations des États membres...».

Mais, constatant que l'article 61 paragraphe 2 du traité fait dépendre la libération des services bancaires de la libération des mouvements de capitaux et que, lors de l'octroi du prêt, la banque était agréée dans son pays d'origine, mais n'exerçait aucune activité permanente en France et enfin que le principe de la reconnaissance mutuelle des agréments n'a été institué que par la deuxième directive bancaire du 15 décembre 1989, la Cour de cassation estime que le litige soulève «une contestation sérieuse» et pose à la Cour de justice la question préjudicielle suivante :

«Pour la période précédant l'entrée en vigueur de la directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 ... les

articles 59 et 61 paragraphe 2 du traité CEE doivent (ils) être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale exigeant un agrément pour prêter des services en matière bancaire, notamment pour consentir un prêt hypothécaire, lorsque la banque, établie dans un autre État membre, y bénéficie d'un agrément ?»

Cette formulation amalgame malencontreusement deux questions distinctes :

- la question purement factuelle de savoir si, lors de l'octroi du prêt, les mouvements de capitaux liés à l'opération étaient libérés : dans l'affirmative, le service bancaire en cause était justiciable, conformément à l'article 61 paragraphe 2 du traité, de la liberté fondamentale et d'effet direct des articles 59 et 60 ;

- la question, à première vue plus délicate, de la licéité au regard des articles 59 et 60 du traité de l'exigence par le pays destinataire de la prestation d'un agrément venant en sus de celui délivré à la banque dans le pays d'origine, et ce avant l'entrée en vigueur de la deuxième directive bancaire.

Sur le premier point, l'arrêt constate que, lors de l'octroi du prêt, les mouvements de capitaux liés à ce type d'opération étaient libérés (points n° 8 à 16*) (5). Cette prise de position n'appelle aucun commentaire, sauf à s'étonner qu'il ait fallu interroger la Cour de justice.

Sur le deuxième point, la Cour de justice répond par un exposé clair et pédagogique de sa jurisprudence constante : après avoir rappelé l'état du droit communautaire applicable à l'affaire, elle énonce que, pour la période précédant l'entrée en vigueur de la deuxième directive bancaire, donc en l'absence d'harmonisation complète des procédures d'agrément, un État membre ne pouvait imposer un nouvel agrément à un établissement de crédit déjà agréé dans un autre État membre qu'aux conditions que cet agrément :

- ne soit pas discriminatoire,
- «soit justifié par des raisons liées à l'intérêt général telles que la protection des consommateurs»,
- «et soit objectivement nécessaire pour assurer le respect des règles applicables dans le secteur considéré et pour protéger les intérêts que ces règles ont pour but de sauvegarder, étant entendu que le même résultat ne pourrait pas être obtenu par des règles moins contraignantes».

Et de renvoyer l'affaire au juge national pour qu'il procède au contrôle de la conformité de l'agrément litigieux au regard des critères précités.

L'arrêt du 9 juillet 1997, éclairé par la communication interprétative publiée le 10 juillet 1997, rappelle avec force qu'il appartient au juge national de soumettre toute mesure constituant un obstacle à l'exercice des libertés fondamentales du traité à une vérification de conformité au droit communautaire.

De là résulte que cette vérification doit être appliquée tant à la mesure restrictive elle-même (en l'espèce, au nouvel agrément exigé par le pays destinataire) qu'à sa sanction en cas de méconnaissance (en l'occurrence, la prétendue nullité du contrat de prêt réclamée par l'emprunteur).

Concernant l'agrément, seul concerné par la question posée par la Cour de cassation (6), la Cour de justice donne une réponse d'un parfait classicisme, au point qu'il est permis de penser que les agréments professionnels ne devraient plus donner lieu à question préjudicielle à l'avenir, les juridictions

nationales disposant d'outils d'analyse suffisants (I). Concernant la prétendue nullité du contrat de prêt, le raisonnement mis en œuvre par la Cour de justice est également riche d'enseignements (II).

I L'exigence d'un agrément par le pays destinataire

L'arrêt de la Cour de justice développe une analyse selon un schéma dorénavant bien établi, reprenant à l'occasion mot pour mot des principes énoncés par de précédents arrêts, notamment par l'arrêt de référence du 4 décembre 1986, Commission c/République fédérale d'Allemagne (affaire 205-84) (7). Cette analyse s'articule comme suit :

- le préalable de la libération des mouvements de capitaux (article 61 paragraphe 2 du traité) étant levé, la liberté de prestation de services transfrontalière instituée par les articles 59 et 60 du traité, qui est «fondamentale» et «d'effet direct», exige non seulement l'élimination de toute discrimination, mais la suppression de toute «restriction» (point 18) ;
- toutefois, et sauf le cas d'harmonisation, des restrictions consistant en des mesures nationales particulières peuvent être admises en présence de «raisons impérieuses d'intérêt général», notamment dans des «domaines sensibles» tels que les services bancaires, où des considérations notamment liées à la protection des consommateurs peuvent justifier des dispositions protectrices nationales (points 20, 22) ;
- à supposer une ou plusieurs raisons d'intérêt général identifiées et caractérisées, une mesure restrictive n'est toutefois justifiée que dans la stricte mesure où elle est objectivement nécessaire à la protection de l'intérêt en cause (adéquation), proportionnée à celui-ci (proportionnalité) et ne fait pas double emploi avec les mesures du pays d'origine (non-duplication) (point 21).

En bref, pour la vérification de sa licéité, la mesure litigieuse doit être soumise à l'épreuve des «tests de l'intérêt général» (8).

Quelle est l'application faite en l'espèce de ce schéma d'analyse ?

1 La Cour de justice constate tout d'abord qu'un agrément supplémentaire exigé par le pays de destination du service constitue une restriction à la liberté de prestation de services (point 19) (9).

Elle constate ensuite qu'au moment de l'octroi du prêt, le secteur bancaire ne faisait l'objet que d'une harmonisation partielle :

- la première directive bancaire du 12 décembre 1977 a imposé aux États membres de soumettre les établissements de crédit établis chez eux à un agrément comportant une surveillance (10) ;
- mais la reconnaissance de l'agrément du pays d'origine par les autres États membres n'a été organisée que par la deuxième directive bancaire du 15 décembre 1989 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993 (11).

La Cour en tire la conséquence qu'à l'époque des faits, un État membre était admissible à subordonner la liberté d'établissement ou de prestation d'une banque étrangère sur son territoire à des «conditions additionnelles» par rapport à celles déjà remplies par la banque dans son pays d'origine (points 26, 27).

* Les points cités entre parenthèses dans l'article renvoient à l'arrêt du 9 juillet 1997 disponible sur demande à la revue : 01 48 00 54 10.

L'exigence de l'agrément bancaire français étant ainsi tenue pour admissible, il convient de soumettre cette restriction aux tests de l'intérêt général précités, en caractérisant la ou les «raisons impérieuses d'intérêt général» la motivant et en vérifiant les conditions d'adéquation, de proportionnalité et de non-duplication.

2 La fonction des autorités nationales de tutelle bancaire délivrant des agréments et exerçant un contrôle est communément justifiée par l'intérêt national, la mise en œuvre d'une politique monétaire, la réputation financière du pays ou d'une place, la solvabilité et la bonne gestion des établissements de crédit eux-mêmes aux fins notamment de protection de l'épargne et des consommateurs... (12).

En l'espèce, s'agissant d'une opération isolée réalisée en France par une banque étrangère, on ne voit pas quelle justification d'intérêt général pourrait être tirée de la politique monétaire, de la réputation du pays ou de la place financière... ; seule la protection du destinataire du service bancaire peut être raisonnablement invoquée.

La Cour cite les articles de la loi bancaire française du 24 janvier 1984 relatifs à l'agrément pour relever que ces dispositions «*ne semblent pas spécifiquement destinées à protéger les emprunteurs, mais plutôt à mettre en œuvre certaines règles prudentielles visant à garantir la solvabilité des banques à l'égard des épargnants*» (point 28). De fait, l'agrément institué par la loi bancaire française a pour finalité principale un contrôle des établissements de crédit quant à leur solvabilité ; si ce contrôle est pertinent à l'égard des déposants, il n'apporte pas de protection particulière à l'égard des emprunteurs (13).

La Cour relève d'autre part qu'il convient en toute hypothèse de distinguer selon la nature du prêt et la qualité de l'emprunteur et que dans certains cas «*il n'y a aucun besoin de protéger celui-ci par l'application des règles impératives de son droit national*» (point 29) (14).

En somme, et tout en réservant au juge national le soin d'appliquer l'analyse au cas d'espèce, la Cour de justice laisse clairement apparaître que, pour un prêt consenti à une société (donc à un non-consommateur selon la jurisprudence de la Cour de cassation) (15), l'exigence d'un agrément par le pays destinataire n'est justifié par aucune raison impérieuse d'intérêt général et que, subsidiairement, une telle restriction ne remplit pas les critères d'adéquation (l'agrément et les contrôles qu'il permet protègent les déposants, non les emprunteurs), ni de proportionnalité (la protection des emprunteurs étant suffisamment assurée par l'application des règles du droit civil contrôlée par le juge), ni de non-duplication (les protections apportées par l'agrément français étant déjà assurées par l'agrément du pays d'origine).

3 In fine, l'arrêt aborde en quelque sorte à titre surabondant un argument soulevé par l'emprunteur et le gouvernement néerlandais, selon lequel «*la condition d'agrément posée par la réglementation française se cumulait avec une condition d'établissement rendant ainsi impossible l'exercice d'une activité bancaire en France par voie de libre prestation des services*». La Cour ajoute que «*cette affirmation est contestée par le gouvernement français*» (point 30).

De fait, la loi du 24 janvier 1984, dans sa version à l'époque du crédit litigieux, n'ouvrait aux banques étrangères que deux possibilités d'activité en France : la création d'une filiale (donc d'une société anonyme de droit français à capitaux étrangers, respectant toutes les dispositions applicables

aux banques françaises) ou d'une succursale (nécessairement dotée d'un capital d'affectation). L'agrément délivré par l'autorité de tutelle française ne pouvait concerner que l'une de ces deux formes d'établissements, le cas de la prestation de services transfrontalière n'étant pas envisagé.

A supposer même qu'à l'époque, l'autorité de tutelle ait fait preuve de tolérance en cas de prestations de services transfrontalières, on ne voit pas quel agrément au sens de la loi bancaire elle pouvait délivrer dans ce cas.

Or l'emprunteur reproche à la banque le défaut d'agrément conforme à la loi bancaire.

Cet aspect devrait suffire à clore le débat, la Cour de justice ayant décidé de longue date que l'exigence d'un agrément se cumulant avec celle d'un établissement constitue une négation de la liberté de prestation de services, incompatible avec le traité sauf justification d'intérêt général particulièrement impérieuse (16).

Sans vouloir préjuger, force est de constater que la prétendue obligation de la banque néerlandaise d'obtenir préalablement au prêt litigieux un agrément conforme à la loi bancaire française est incompatible avec les dispositions du droit communautaire.

II La prétendue nullité du contrat de prêt

La demande dont les juridictions françaises sont saisies en l'espèce tend à l'annulation du contrat de prêt en conséquence de la prétendue violation de la loi bancaire. Les procès qui se multiplient devant les tribunaux français à propos de crédits consentis à des résidents français par des banques néerlandaises, belges, allemandes, espagnoles... ont pour but non la vérification platonique du respect de la loi bancaire française ou des dispositions de l'ordre public de protection de l'emprunteur, mais la dispense de l'emprunteur d'exécuter ses obligations contractuelles, soit par l'annulation du contrat de prêt, soit par la déchéance du prêteur du droit aux intérêts prévue par le Code de la consommation.

Les juridictions nationales et, sur question préjudicielle, la Cour de justice des Communautés européennes sont compétentes pour apprécier la conformité au traité de toutes normes nationales, y compris de règles de fond tirées du droit civil, dès lors qu'elles sont susceptibles de constituer des «restrictions» au plein exercice des libertés communautaires (17).

1 L'annulation du contrat en raison du défaut d'agrément bancaire a été décidée par trois arrêts de la Cour de cassation du 19 novembre 1991, dans des litiges purement internes concernant une société commerciale ayant consenti à titre habituel des contrats de crédit-bail sans être agréée en qualité d'établissement de crédit (18).

Cette jurisprudence n'est pas transposable à l'établissement de crédit étranger usant de la liberté de prestation de services transfrontalière des articles 59 et 60 du traité, quand bien même il en résulterait une discrimination à rebours (19).

En effet, l'annulation du contrat constitue en elle-même, par son effet radical et dissuasif, une restriction au sens de la jurisprudence communautaire. Elle doit dès lors être justifiée par une «raison impérieuse d'intérêt général». Or le cas de l'établissement de crédit étranger, agréé dans

son pays d'origine mais non en France, voire dépourvu de tout agrément dès lors que le pays d'origine, avant l'entrée en vigueur de la première directive bancaire, n'en prévoyait pas, n'est pas assimilable à celui d'un prestataire français violant le monopole bancaire de son propre pays : dans le premier cas, le prestataire est en situation licite dans son pays d'origine ; dans le deuxième cas, il ne l'est pas. Seul «l'intérêt général» du pays de destination de la prestation pourrait justifier l'annulation du contrat. Encore convient-il de le caractériser, ce qui renvoie aux éléments de discussion déjà examinés pour l'agrément lui-même.

En toute hypothèse, l'annulation du contrat devrait surmonter les «tests de l'intérêt général», notamment au regard des critères d'adéquation et de proportionnalité.

Or l'annulation du contrat est une sanction inadéquate de la violation d'une réglementation professionnelle du pays de destination : c'est dans cette optique que la deuxième directive bancaire a prévu des procédures «administratives» ad hoc pour amener le prestataire en situation irrégulière à se mettre en conformité (20). L'annulation n'est pas non plus proportionnée dès lors que les conditions de formation du contrat sont par ailleurs respectées. Dans sa communication interprétative de la deuxième directive bancaire, la Commission écarte d'une manière générale l'annulation des contrats comme conséquence de la situation irrégulière du prestataire à l'égard des autorités de surveillance du pays destinataire (21).

2 L'emprunteur ou la caution qui cherche à échapper à l'exécution du contrat invoque le plus souvent, outre le défaut d'agrément de l'établissement de crédit, la violation, réelle ou prétendue, de diverses dispositions de l'ordre public de protection de l'emprunteur ou du consommateur, en particulier : le non-respect des lois Scrivener, le calcul irrégulier du TEG au regard des prescriptions françaises, l'illicéité du démarchage ou du statut de l'intermédiaire, le non-respect des conditions de forme ou de formation du cautionnement, etc. (22) Dans de tels cas, la Cour de cassation décide régulièrement l'annulation du contrat quand elle considère que l'irrégularité affecte la formation de celui-ci et, le cas échéant, cumulativement (23), la déchéance du prêteur du droit aux intérêts lorsque les contrats relèvent du champ des lois Scrivener.

L'ordre public français de protection de l'emprunteur ou du consommateur est caractérisé par un foisonnement de dispositions formelles à sanctions paroxystiques, qui dissuadent très efficacement les établissements de crédit étrangers de s'aventurer sur le marché français, sauf à créer un établissement permanent en bonne et due forme, employant du personnel français et utilisant des contrats soumis au droit français. La liberté de prestation de services est ainsi de facto entravée, en tout cas assortie de risques, d'incertitudes et de sanctions dissuasives.

La difficulté n'est pas résolue par la soumission des contrats au droit du pays de la banque, l'emprunteur invoquant toujours les dispositions impératives, respectivement l'ordre public de protection de son pays (24).

Il est clair que cette situation ne correspond pas aux ambitions du traité et qu'elle méconnaît explicitement le but poursuivi par la deuxième directive bancaire, dont le seizième considérant est rédigé comme suit :

• «... Les États membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées de la même manière que dans l'État membre d'origine, pour autant qu'elles ne

soient pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'État membre d'accueil».

S'il est acquis qu'en l'absence d'harmonisation, la protection de l'emprunteur, respectivement du consommateur peut constituer un motif d'intérêt général justifiant des restrictions à la liberté d'établissement ou de prestation, il n'existe aucune raison de ne pas soumettre les dispositions protectrices de chaque État aux «tests de l'intérêt général» (25).

Concernant la France, ces dispositions protectrices n'ont d'ailleurs aucune homogénéité, ni quant à leur utilité protectrice, ni quant à leur effet restrictif, de sorte qu'il convient de soumettre chacune d'elles individuellement au droit de sa conformité au droit communautaire. Cet examen doit s'appliquer à toutes les dispositions nationales particulières, dès lors qu'elles nécessitent de la part du prestataire étranger une modification de ses procédures ou documents, ou suscitent une difficulté, un coût supplémentaire ou un risque particulier (26).

Pour illustrer la discussion, plusieurs exemples peuvent être donnés :

• La loi Scrivener relative aux crédits mobiliers impose des modèles types obligatoires de contrats. Cette disposition n'est pas compatible avec le droit communautaire explicité par le considérant précité de la deuxième directive bancaire : un établissement de crédit étranger doit pouvoir utiliser ses propres formulaires, sous réserve d'établir qu'il n'en est résulté aucun vice du consentement de l'emprunteur (27).

• Tous les éléments d'un contrat de prêt n'ont pas la même portée quant à l'appréciation du consentement éclairé de l'emprunteur : dans un contrat de prêt «classique» non affecté, les éléments essentiels sont le montant du prêt, ses modalités de remboursement et surtout l'indication du taux exprimé sous forme de TEG. Sous réserve que l'emprunteur ait reçu sur ces points une information exacte et suffisante, l'établissement de crédit étranger devrait échapper aux sanctions de la nullité ou de la déchéance totale du droit aux intérêts au motif que le contrat présenterait un vice de pure forme ou concernant une modalité secondaire (28).

• Les difficultés actuelles soulignent l'urgence d'une harmonisation communautaire du TEG quant à son contenu, son mode de calcul et ses modalités d'indication (29). Mais dès lors que le TEG indiqué par l'établissement de crédit n'a pas faussé le consentement de l'emprunteur ni causé de distorsion de concurrence par rapport aux autres établissements de crédit (30), le contrat devrait échapper à la critique à cet égard.

• La loi Scrivener relative aux crédits mobiliers prévoit la sanction de la déchéance automatique et totale du droit aux intérêts. La loi Scrivener relative aux crédits immobiliers prévoit la déchéance du droit aux intérêts «en totalité ou dans la proportion fixée par le juge» (31). La Cour de cassation vient de préciser que la décision des juges du fond à cet égard est «discrétionnaire» (32). Pour un crédit immobilier sur 15 ou 20 ans, la déchéance totale du droit aux intérêts représente en valeur absolue le double du capital ; en période de dépréciation monétaire, le caractère spoliatoire d'une telle sanction est encore aggravé. Une sanction aussi disproportionnée, qui ne tient pas compte de la gravité de l'irrégularité, n'est pas justifiable au regard des tests de l'intérêt général.

Ce contrôle de conformité au droit communautaire est évidemment d'une particulière difficulté, alors surtout que la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas la même conception du consommateur que le législateur fran-

çais : la Cour de justice considère le consommateur comme un adulte, qui doit être éclairé sur les éléments essentiels du contrat ; le législateur et les juges français estiment protéger le consommateur par une multiplication de règles formelles, dont celles édictées par les lois Scrivener ou relatives à la formation du cautionnement sont des exemples illustratifs.

(1) CJCE 9.07.1997, affaire C 222/95, *SCI Parodi c/Banque H. Albert de Bary et Cie*, non encore publié au Recueil ; disponible sur *Internet*, adresse : <http://Europa.eu.int/cj/index.htm>-arrêts récents et également sur demande à *Banque & Droit* (01 48 00 54 10).

(2) Cass. com. 13.06.1995, *Quot. jur.* 27.07.1995 n° 60, p. 2.

(3) Communication interprétative de la Commission- liberté de prestation de services et intérêt général dans la deuxième directive bancaire (97/C 209/04), *JOCE* 10.07.1997 n° C 209/6.

(4) Si le contrat avait été conclu hors de France, la loi bancaire française n'avait aucune vocation à s'appliquer. La liberté de prestation « passive », donc par le déplacement du client chez le prestataire, est de droit en l'absence de restriction aux mouvements de capitaux.

Dans sa communication interprétative (préc. note 3, p. 8 et 9), la Commission expose qu'il n'y aurait de prestation de service transfrontalière donnant lieu à notification au sens de l'article 20 de la deuxième directive bancaire que si le prestataire établi dans un pays fournit « la prestation caractéristique du service faisant l'objet de la relation contractuelle » sur le territoire d'un autre pays en envoyant « un membre de son personnel ou un intermédiaire mandaté à titre temporaire » : il faudrait donc un déplacement personnel d'un représentant de la banque ayant pour objet la fourniture de la « prestation caractéristique » du service.

Le recours à la notion de « prestation caractéristique », empruntée à la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, laisse subsister bien des interrogations ; la Commission en exclut toute publicité, même « ciblée », et toute offre de service faite à distance. Pour la Commission, ne donneraient pas lieu à notification : la LPS passive, la fourniture de services bancaires à distance ou l'emploi, même permanent, d'intermédiaires indépendants dont le rôle serait limité à la recherche de clients.

(5) Selon l'arrêt, la libération des mouvements de capitaux résulte, dans le cas d'espèce, de la « première directive capitaux » du 11 mai 1960, art. 3 paragraphe 1. Le paragraphe 2 de ce même article permettait, il est vrai, des restrictions de change pour des motifs de politique économique. Mais, selon les constatations de la Cour, les dispositions françaises en vigueur lors de l'octroi du prêt ne soumettaient à autorisation que les emprunts de plus de 50 millions de francs.

(6) Il aurait été intéressant que la Cour de cassation pose la question préjudicielle subsidiaire suivante : « A supposer que l'État membre de destination du service puisse imposer un nouvel agrément à l'établissement de crédit déjà agréé dans l'État membre d'origine, les articles 59 et 60 du traité s'opposent-ils à une norme nationale sanctionnant le défaut d'agrément dans l'État membre de destination par la nullité du contrat ? »

(7) CJCE 04.12.1986, affaire 205/84, Commission c/RFA, *Recueil* p. 3755.

(8) Pour une description détaillée des « tests de l'intérêt général », voir communication interprétative (préc. note 3) p. 16 et s.

(9) Selon l'arrêt (point 18), constitue une « restriction » une mesure qui serait de nature simplement « à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre » ; dans l'arrêt Commission c/RFA (préc. note 7), la Cour de justice avait estimé qu'une restriction pouvait résulter du caractère plus onéreux de l'activité du prestataire étranger (point 28). Cf. Giuliano Marengo, « La notion de restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services dans la jurisprudence de la Cour », *Gaz. Pal.* 3-5 mai 1992, p. 4.

(10) Directive 77/780 CEE du Conseil du 12.12.1977, *JOCE* 17.12.1977 n° L 322 p. 30. La première directive fixe les conditions minimales de délivrance de l'agrément par l'autorité de tutelle du pays d'établissement : existence de fonds propres distincts et suffisants, présence d'au moins deux dirigeants effectifs, honorables et expérimentés, un programme d'activités (cf. art. 3). La finalité explicite de l'agrément est de permettre une surveillance de la solvabilité et de la liquidité des établissements de crédit et la protection de l'épargne (cf. art. 6).

(11) Directive 89/646 CEE du Conseil du 15.12.1989, *JOCE* 30.12.1989 n° L 386 p. 1. Sur l'ensemble de la question, avec un historique des étapes de l'harmonisation et les textes des principales directives, cf. B. Sousi-Roubi, « Droit bancaire européen », *Précis Dalloz* 1995.

(12) J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud : « Droit bancaire », 6^e éd., *Précis Dalloz* 1995, p. 73 et s.

(13) La loi bancaire française, dans sa rédaction applicable aux faits, ne contenait qu'un article spécifiquement consacré à la protection de l'emprunteur : l'article 60 (que la loi Madelin a complété par un article 60-1).

(14) Cf. arrêt Commission c/RFA (préc. note 7) rédigé dans des termes identiques (point 49).

Sous réserve d'une harmonisation communautaire du TEG, l'arrêt du 9 juillet 1997 démontre que l'action de la Cour de justice contribuera plus à la construction du marché unique dans le secteur bancaire qu'une illusoire recherche d'une harmonisation du droit du crédit. ■

(15) Cass. 1^{re} civ. 10.02.1993, *Bull. civ.* I n° 71, p. 47 ; Cass. 1^{re} civ. 11.10.1994, *Bull. civ.* I n° 285, p. 208.

(16) Cf. arrêt Commission c/RFA (préc. note 7) analysant des faits similaires (point 52 et s.)

(17) Voir l'étude approfondie et nuancée de Michel Tison « Libre prestation de services et nullité d'opérations bancaires pour défaut d'agrément », *Revue de droit banc. et bourse* n° 51, p. 171 et s. ; cf. également : communication interprétative (préc. note 3), p. 20.

(18) Cass. com. 19.11.1991, *Bull. civ.* IV, n° 347 ; D. 1993, Som. com. p. 53, note Vasseur ; *RJDA* 1991, n° 1053, p. 885, rapport Leclercq p. 839. Contra, poursuivant l'ancienne jurisprudence de refus d'annulation, mais sur le fondement de la loi bancaire de 1941 : Cass. civ. 24.02.1993, *JCP* 1993, *éd. E, I*, n° 302, p. 559, note Gavaldà et Stofflet.

(19) Communication interprétative (préc. note n° 3), p. 17. Le plafonnement à 3 % du capital restant dû de l'indemnité de remboursement anticipé des prêts immobiliers Scrivener est un exemple de discrimination à rebours des établissements de crédit français.

(20) Deuxième directive bancaire (préc. note 11), article 21.

(21) Communication interprétative (préc. note 3), p. 9.

(22) En cas d'irrégularité de l'offre, Cass. 1^{re} civ. 01.12.1993, *Bull. civ.* I, n° 354, p. 246 (déchéance du droit aux intérêts) ; Cass. 1^{re} civ. 16.03.1994, D. 1994, IR p. 85 (déchéance du droit aux intérêts en raison du défaut de tableau d'amortissement conforme) ; *Banque* 1994 n° 549, p. 94 note Guillot ; Cass. 1^{re} civ. 30.03.1994, *JCP, éd. G*, 1995, II, n° 22.405, p. 122, note Gramaize (déchéance du droit aux intérêts) ; Cass. 1^{re} civ. 20.07.1994, *JCP, éd. E*, 1995, II, n° 694, p. 111, note Gourio (nullité et déchéance du droit aux intérêts en raison du défaut de tableau d'amortissement conforme) ; D 1995, som. com. p. 314, note Pizzio ; *Banque* 1995 n° 555, p. 91, note Guillot ; Cass. 04.10.1996, avis sur TI Perpignan 14.06.1996, D 1996, n° 38 *Flash Jurisp.* (déchéance du droit aux intérêts, pas de nullité)... En cas de démarchage prohibé, Cass. 1^{re} civ. 20.07.1994, *Bull. civ.* I n° 261, p. 190 ; D. 1995, som. com. p. 312, note Pizzio (nullité du contrat). En cas d'intervention d'un intermédiaire en situation irrégulière : Cass. com. 15.10.1996, D. 1996, IR p. 237 (pas de nullité du contrat).

(23) Ou alternativement ? cf. note Gourio sous Cass. 1^{re} civ. 20.07.1994 in *JCP éd. E* 1995, II, n° 694, p. 111.

(24) Pour les crédits consentis depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles : cf. toutefois article 20 de cette convention réservant la primauté du droit communautaire ; cf. également communication interprétative (préc. note 3), p. 21.

(25) Communication interprétative (préc. note 3), p. 14 et s.

(26) La distinction faite par la Cour de justice des Communautés européennes entre les caractéristiques du « produit » lui-même et les modalités de sa commercialisation (arrêt Keck et Mithouard 24.11.1993, aff. C 267-268/91, *Recueil* I. 6097) ne paraît pas transposable aux services bancaires, pour lesquels les modalités de commercialisation sont inséparables de la conclusion du contrat lui-même.

(27) L'harmonisation réalisée par la directive 87/102/CEE du Conseil du 22.12.1986 relative au crédit à la consommation (*JOCE* n° L 42 du 12.02.1987 p. 48) modifiée par la directive 90/88/CEE du Conseil du 22.02.1990 (*JOCE* n° L 61 du 10.03.1990 p. 14) est minimale et laisse subsister de multiples dispositions nationales divergentes, généralement d'ordre public. Les dispositions nationales additionnelles par rapport au domaine harmonisé doivent être soumises aux tests de l'intérêt général.

(28) La Cour de cassation pourrait-elle à tout le moins mettre un terme à une certaine ambiguïté du régime de la nullité encourue (cf. Cass. 1^{re} civ. 3.03.1993, *Bull. civ.* I, n° 95, p. 64 ; Cass. 1^{re} civ. 30.03.1994, *Banque* 1994 n° 551, p. 94, note Guillot ; *Revue de droit banc. et bourse* n° 44, p. 171, obs. Credot et Gérard) ? Si la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction doit avoir un sens, il ne pourrait s'agir (en tout cas, lorsque le statut du prêteur n'est pas en cause) que de nullités de la première catégorie, donc susceptibles de régularisation (quitte à apprécier rigoureusement les conditions de la régularisation) et affectées du délai de prescription de l'article 1304 du Code civil.

(29) Cf. proposition de directive du Parlement européen et du Conseil présentée le 31 mars 1997, qui harmonise le mode de calcul du TAEG, mais non les composantes.

(30) Cf. *Les Echos* 07.08.1997 p. 11.

(31) Actuellement, pour les crédits mobiliers, *Code cons.* L 311-33 ; pour les crédits immobiliers, *Code cons.* L 312-33.

(32) Cass. 1^{re} civ. 18.03.1997, D. 1997, n° 14, *Jurisp.* p. 1.