CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GERHARD REISCHL PRÉSENTÉES LE 21 SEPTEMBRE 1978 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Le défendeur dans la procédure a quo, qui est à l'origine de la présente demande préjudicielle, a exercé depuis 1968 les fonctions de directeur administratif de l'Institut franco-allemand d'études scientifiques militaires à Saint-Louis (Haut-Rhin), où il a résidé du 1er juillet 1968 jusqu'au 28 juillet 1973.

Durant son séjour en France, le défendeur a chargé la demanderesse de conclure pour lui des opérations boursières à terme, l'intervention de la demanderesse consistant à transmettre les ordres d'achat et de vente du défendeur à l'agent de la banque à la Bourse de Paris. A l'échéance, les actions achetées ou vendues n'étaient pas effectivement reprises ou transférées, et il n'y avait pas non plus paiement de l'entier prix de vente ou encaissement de l'entier prix d'achat, mais il était simplement procédé au règlement de la différence entre le cours de l'action convenu et son cours effectif au terme fixé. Les gains ou pertes de ces opérations étaient inscrits par la demanderesse à l'actif ou au passif d'un compte ouvert chez elle au nom du défendeur. Dans le cadre de son entremise en vue des opérations à terme et de la tenue par elle du compte précité, la demanderesse a de plus accordé au défendeur un crédit de dépassement.

Le 31 janvier 1975, le solde débiteur du défendeur sur ce compte s'élevait à 852 620,39 francs français et la demanderesse a poursuivi le recouvrement de cette somme en justice, par une action qu'elle a engagée le 22 mai 1975 devant le Landgericht de Bonn. Par un jugement du 13 janvier 1977, ce tribunal a décidé qu'un montant de 473 937,47 francs français, correspondant aux opérations boursières à terme, ne pouvait pas être poursuivi judiciairement, en raison de l'exception de jeu découlant des articles 52 et suivants de la loi allemande en matière boursière et des articles 762 et 764 du Code civil allemand (BGB).

Sur l'appel formé par la demanderesse, l'Oberlandesgericht de Cologne a pour l'essentiel, par jugement par défaut du 11 août 1977, confirmé la décision du Landgericht de Bonn. Il a jugé que l'exception de jeu prévue par le droit allemand pour les opérations boursières à terme était, en vertu de la clause de l'ordre public de l'article 30 de la loi d'introduction au Code civil allemand (EGBGB), opposable même lorsque le droit applicable est comme en l'espèce le droit français, qui ne connaît pas cette exception. Sur l'opposition formée contre ce jugement par défaut par le défendeur, l'Oberlandesgericht de Cologne a, par ordonnance du 23 janvier 1978, suspendu la procédure et déféré à la Cour de justice les questions préjudicielles suivantes:

1. Les articles 59 et 60 du traité CEE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils excluent l'exception de jeu prévue par le droit allemand (art. 764 et 762 du BGB; art. 61, 58 et 50 de la loi allemande en matière boursière; BGH NJW 75, 1600; 72, 382) dans le cas où, en vertu du droit français, une banque française réclame à son client de nationalité allemande le remboursement d'un crédit accordé aux fins d'opérations boursières à terme effectuées à la Bourse de Paris, conformément à ce qui avait été convenu?

1 — Traduit de l'allemand.

2. La réponse à la première question dépend-elle du point de savoir si le client allemand était ou non habilité en droit allemand, aux termes de l'article 53 de la loi en matière boursière, à effectuer des opérations boursières à terme?

Voici nos observations sur ces questions.

I — Pour commencer, il faut examiner selon nous si l'on se trouve dans cette affaire en présence d'une prestation de services au sens des articles 59 et suivants du traité CEE et, le cas échéant, en quoi cette prestation de services consiste.

Spécialement à l'audience, la Commission a exprimé de sérieux doutes sur l'existence en fait des conditions prévues à l'article 59. Cette question doit, selon nous, être examinée de plus près, d'une part, parce que la demanderesse ne s'est pas bornée à exécuter pour le défendeur une prestation et, d'autre part, parce que l'élément de «franchissement de la frontière» n'est pas en l'espèce évident.

1. Comme, dans le cas d'opérations bancaires, les prestations de services par les établissements de crédit s'accompagnent en règle générale de mouvements de capitaux, la relation entre les dispositions du traité CEE sur la libre prestation des services et ses règles sur la libre circulation des capitaux a présenté dès le début des difficultés particulières de délimitation. C'est pourquoi une distinction a été faite entre les prestations de services bancaires «simples» et les prestations «liées», dont seules les premières sont considérées comme des prestations de services au sens des articles 59 et 60 du traité CEE, et à ce titre jugées soumises aux dispositions du chapitre concernant les sercices, tandis que les prestations bancaires «liées» doivent seulement être libéralisées, conformément à l'article 61, paragraphe 2, du traité CEE, en harmonie avec la libération progressive de la circulation des capitaux. La réponse à la question de savoir s'il s'agit de prestations de services bancaires simples ou liées, ou en revanche d'une pure circulation de capitaux, varie en principe selon que les relations contractuelles entre les parties tournent ou non autour d'un mouvement de capitaux. Lorsqu'au centre de ces relations se trouve un mouvement de capitaux du genre de celui qui est visé dans les directives concernant l'article 67 du traité CEE, on se trouve *exclusivement* en présence d'une circulation de capitaux. Tel est, par exemple, le cas pour les «crédits liés à des transactions commerciales auxquelles participe un résident, à court et à moyen terme» (cf. la liste A de l'annexe I à la première directive pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, du 17 mai 1960, JO 1960, n° 43, p. 921). Les prestations de la banque qui s'y rattachent (transfert, encaissement d'intérêts, etc.) ne sont pas considérées comme des prestations de services *autonomes*, de sorte que la libéralisation de *ce genre* de mouvements de capitaux s'opère uniquement conformément à l'article 67 du traité.

Sont en revanche qualifiées de prestations de services bancaires *simples* les opérations qui n'ont pas de rapport avec des mouvements de capitaux, comme par exemple les contrats de dépôt, les études de marché et prestations similaires.

Comme prestations de services bancaires *liées* au sens de l'article 61, paragraphe 2, du traité sont enfin considérées les prestations pour lesquelles le mouvement de capitaux représente un complément *nécessaire* ou du moins *typique*. Une énumération *exhaustive* des prestations de services bancaires liées qui doivent être libéralisées est donnée dans la 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 (JO 1973, n° L 194, p. 1). Cette

énumération montre qu'il s'agit généralement d'activités non autonomes, qui sont seulement accessoires par rapport au mouvement de capitaux sous-jacent.

Pour la question de savoir si les activités de la demanderesse dans la présente affaire sont en fait régies par les articles 59 et suivants du traité CEE, le critère décisif est par conséquent celui de savoir si ses interventions, et le cas échéant lesquelles de ses activités, peuvent être considérées comme des prestations de services bancaires simples au profit du défendeur. A notre avis, l'entremise en vue d'opérations à terme et la tenue d'un compte à ce sujet constituent des *prestations de services bancaires simples,* auxquelles les articles 59 et 60 du traité CEE s'appliquent. Le crédit de dépassement qui a été accordé dans le contexte de ces prestations représente dès lors un crédit à court terme «lié», au sens de la liste A de l'annexe I à la première directive de 1960 sur la circulation des capitaux. Il est tout à fait impossible de prétendre que l'entremise en vue d'opérations à terme constitue un élément nécessaire ou même seulement typique de l'octroi d'un crédit de dépassement. Or, c'est précisément une pareille absence d'autonomie qui caractérise de manière décisive une prestation de services bancaires «liée» au sens de l'article 61, paragraphe 2, du traité.

Une appréciation différente ne résulte pas non plus de la liste B à l'annexe I à la première directive de 1960 sur la circulation des capitaux, dans la mesure où elle parle des «mouvements de titres négociés en bourse, à l'exclusion des parts de fonds communs de placement». Parmi les prestations de services bancaires «liées» à ce genre de mouvement de capitaux figure aussi, d'après la directive de 1973, la «réception d'ordres d'achat ou de vente». A ce propos, il faut toutefois noter que les opérations du défendeur ne s'inscrivent pas dans le cadre de la circulation de titres au sens de la directive précitée. Par circulation de titres, au sens de cette directive, il faut en effet entendre seulement, d'après la définition donnée dans la liste B de l'annexe I à la première directive de 1960 sur la circulation des capitaux, l'*acquisition* de titres nationaux ou étrangers négociés en bourse, ainsi que le rapatriement ou l'utilisation du produit de la liquidation de pareils titres. Or, il est incontestable que les opérations conclues par l'entremise de la demanderesse n'ont pas conduit à une pareille circulation de titres; les titres constituaient seulement le moyen négociable de réaliser des gains spéculatifs, sans qu'on n'ait jamais assisté à une «acquisition» effective de titres ou à leur «liquidation». L'intervention de la demanderesse en vue de la conclusion d'opérations à terme ne saurait donc pas non plus être analysée comme une prestation de services bancaires «liée» à un mouvement de titres au sens de l'article 61, paragraphe 2, du traité.

2. Un autre facteur important, voire décisif, est selon nous l'élément de «franchissement de la frontière», qui est une condition nécessaire de l'applicabilité des articles 59 et suivants du traité. Ainsi que nous l'avons déjà dit, l'intervention de la demanderesse en vue de la conclusion d'opérations boursières à terme représente une prestation de services bancaires simple, à laquelle se rattache l'octroi d'un crédit. La prestation de services bancaires simple pourrait en soi être considérée comme un fait national français exhaustif, sans élément de franchissement de la frontière, si le défendeur — comme nous devons le supposer — a durant toute la durée des opérations à terme résidé en France. Il pourrait en aller autrement lorsque la somme due pour cette prestation de services bancaires simple, c'est-à-dire les provisions et les frais, n'est pas encore payée. Dans ce cas, on pourrait soutenir que le transfert de résidence par le défendeur avant le règlement définitif des obligations découlant des prestations de services bancaires

simples fait naître a posteriori le nécessaire élément de franchissement de la frontière. Selon nous, cette question peut toutefois demeurer ouverte ici, car la procédure a quo a certes seulement pour objet principal le remboursement du crédit à court terme accordé, c'est-à-dire un mouvement de capitaux qui est régi non pas par les articles 59 et suivants, mais par l'article 67 du traité; mais, pour ce règlement de la relation de crédit dans un autre État membre, le défendeur se reporte à la prestation originaire de services bancaires, et il en déduit l'impossibilité pour la demanderesse de faire valoir son droit en justice. Ce facteur de pénétration montre que l'entremise en vue d'opérations à terme en tant que prestation bancaire simple ne saurait *pas* être considérée comme un fait national français exhaustif. Ainsi donc, même lorsqu'on part de la supposition que le défendeur a seulement eu une résidence en France et que tous les ordres ont été donnés par lui dans ce pays, l'*effet persistant* de la simple prestation de services bancaires originaire suffit pour soumettre les relations d'affaires entre les parties aux articles 59 et 60 du traité.

II — Dans le présent litige, la restriction dont nous devons examiner la compatibilité avec les articles 59 et suivants du traité CEE réside dans le fait qu'un droit civil utilement acquis par la demanderesse en droit français ne peut pas être exercé en justice en république fédérale d'Allemagne, parce que les tribunaux allemands, tout en reconnaissant eux aussi le principe de l'applicabilité en l'espèce du droit français, font jouer — directement ou par le biais de la clause de l'ordre public allemand (art. 30 de la loi d'introduction au Code civil) — certaines règles de leur droit matériel sur l'impossibilité de poursuivre le recouvrement en justice de créances comme celles qui sont ici en cause.

La première question du tribunal de renvoi demande si cette déclaration d'irrecevabilité, fondée en l'occurrence sur l'exception de jeu, est, dans un cas comme celui de l'espèce, contraire aux articles 59 et 60 du traité CEE.

Pour décider si l'application et l'interprétation données au droit allemand par le tribunal de renvoi doivent être considérées comme une restriction à la libre prestation des services interdite par les articles 59 et suivants du traité CEE, il faut se reporter en premier lieu au Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services du 18 décembre 1961 (JO 1962, n° 1, p. 32) qui, pour les cas de libre prestation des services en matière d'activités non salariées des banques et autres établissements financiers, comme celui qui nous occupe, a été exécutée par la directive n° 73/183/CEE du Conseil du 28 juin 1973 (JO 1973, n° L 194, p. 1).

Pour les prestations de services bancaires simples (cf. art. 2, alinéa 1, de la directive), l'article 1, alinéa 1, de la directive renvoie aux restrictions visées au titre III du Programme général, que les États membres doivent supprimer.

1. L'économie et l'objectif du Programme général peuvent le mieux être décrits en rappelant les règles qu'il énonce au titre III/A, alinéa 1, B, C et D, alinéa 1. La section III/A interdit «toute prohibition ou toute gêne aux activités non salariées du prestataire qui consiste en un traitement différentiel par rapport aux nationaux . . .». Cette règle est ensuite concrétisée. Puis l'alinéa A, 3 déclare: «Il en est de même des dispositions et pratiques qui, *à l'égard des étrangers seulement,* excluent, limitent ou subordonnent à des conditions la faculté d'exercer les droits normalement attachés à la prestation de services . . . ».

La section III/B déclare illicite «toute prohibition ou toute gêne au déplacement de l'objet ou du support de la prestation ou de l'instrument, des machines, appareils et autres moyens auxiliaires utilisés pour celle-ci».

Les sections III/C et D interdisent les restrictions au transfert des moyens financiers nécessaires à l'exécution de la prestation et à son paiement, lorsque les échanges de services ne sont limités que par des restrictions aux paiements y afférents.

Ces prescriptions montrent clairement qu'il s'agit en premier lieu de supprimer les restrictions à la libre prestation des services qui découlent de dispositions légales relatives aux *étrangers*, c'est-à-dire de dispositions qui traitent ceux-ci autrement que les nationaux, ou encore — d'après les points B à D — les restrictions qui remontent à des dispositions autres que de nature économique, en particulier à des dispositions en matière de devises.

La présente affaire n'a manifestement pas pour objet des restrictions de cet ordre, puisque la circonstance que la demanderesse est une personne morale *étrangère* n'a absolument aucune importance.

2. Le Programme général contient en outre, au dernier alinéa de la section III/A, une disposition résiduaire, d'après laquelle «constituent des restrictions, les conditions auxquelles une disposition ... subordonne la prestation de services, et qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, gênent exclusivement ou principalement la prestation de ces services par des étrangers». On peut se demander si la restriction constatée dans la présente affaire ne représente pas une des discriminations *de fait* des étrangers qui sont visées dans cet alinéa. Les règles du droit allemand en matière boursière ne doivent pas, selon nous, être analysées comme une condition posée à la prestation de services qui gênerait exclusivement ou principalement les étrangers. Dans la mesure où les dispositions allemandes exposent aussi à l'exception de jeu les opérations effectuées à des bourses étrangères, elles touchent bien sûr principalement en pourcentage les étrangers, mais la règle de la section III/A ne saurait pas être interprétée comme prescrivant de mettre les opérations à l'étranger effectuées par des étrangers et les opérations sur le territoire national effectuées par des nationaux sur le même pied. La place systématique de la norme de la section III montre en réalité que les restrictions interdites doivent se rapporter aux *opérations sur le territoire national* effectuées par des étrangers. Elle ne contient pas une *obligation* universelle de traitement égal.

3. Quant au renvoi par la Commission à la directive n° 63/340/CEE du Conseil du 31 mai 1963 (JO 1963, n° 86, p. 1609) tendant à supprimer toute prohibition ou toute gêne au paiement de la prestation lorsque les échanges de services ne sont limités que par des restrictions aux paiements y afférents, cette directive concerne exclusivement, comme ses considérants et dispositions le montrent, certaines restrictions de droit public aux paiements afférents à des prestations de services — en particulier les restrictions qui remontent à des dispositions autres que de droit économique ou à des dispositions en matière de devises —, et non pas des questions d'effet en droit civil ou d'exercice de droits nés de contrats de prestations de services. En réalité, la «comparaison» qui, d'après le mémoire de la Commission, «s'impose» n'est donc pas possible.

4. De toute évidence, la Commission ne veut du reste pas appliquer les dispositions du Programme général et des directives précitées de manière directe, mais elle utilise ces prescriptions seulement comme des indices, pour pouvoir ainsi, lorsqu'elle prétend que les restrictions découlant du droit allemand sont incompatibles avec l'article 59 du traité CEE, fonder son opinion directement sur cette disposition du traité.

En vérité, le traitement différent qui résulte de la jurisprudence allemande ne constitue pas une restriction interdite

par les articles 59 et suivants du traité CEE, puisque ces dispositions visent simplement — au maximum — le traitement des nationaux. Or, ce n'est bien sûr pas de cela qu'il s'agit dans la présente affaire. Dans une situation comparable, une banque allemande serait tout autant exposée à l'exception de jeu qu'une banque française. Dans la situation inverse d'opérations à terme effectivement conclues sur le territoire national, le spéculateur ne pourrait *pas* se prévaloir de l'exception de jeu, même s'il avait effectué ces opérations par l'entremise de la filiale nationale d'une banque étrangère.

Les articles 59 et suivants du traité CEE n'exigent pas de permettre aux étrangers de fournir des prestations de services qui sont interdites aux nationaux, comme le montrent de manière tout à fait claire l'article 60, alinéa 3, et le Programme général de 1961. L'interdiction *spécifique* de discrimination des articles 59 et suivants, qui concrétisent l'interdiction générale de discrimination de l'article 7 du traité CEE, n'a pas comme corollaire une *obligation* de privilégier les prestataires de services étrangers, laquelle conduirait en effet pour sa part à une discrimination des prestataires de services nationaux.

Ce point de vue est conforme à l'opinion nettement prédominante dans la littérature.

C'est ainsi que, dans le commentaire du traité CEE de von Groeben-Boeckh-Thiesing (note I, 2 b, sur l'article 59), on peut lire que la totale liberté des prestations, c'est-à-dire la possibilité d'offrir des prestations dans la même forme sur le territoire national et à l'étranger — ce qui est finalement ce que la demanderesse réclame ici —, n'est pas réalisable par une libéralisation, mais peut uniquement être obtenue par un rapprochement des législations. Dans son ouvrage sur le droit communautaire européen, Ipsen écrit (p. 645): «L'établissement de libertés vise à la suppression de *discriminations*, et non pas à l'élimination des restrictions qui, dans chaque État membre, s'appliquent *aussi aux nationaux*. La libéralisation dans un État membre n'élimine donc pas les restrictions à une liberté que le droit interne prévoit *de son côté* pour ses *propres* ressortissants. Et dans la mesure où de *pareilles* restrictions existent, elles s'appliquent *aussi* licitement aux ressortissants des autres États membres, sans pour autant les discriminer.» La même opinion est aussi soutenue en fin de compte par Maestripieri (La libre circulation des personnes et des services dans la CEE, 1972, p. 47 à 53).

III — On pourrait encore se demander si l'application du droit allemand en matière boursière, par un recours aux moyens du droit international privé allemand, ne viole peut-être pas d'autres dispositions du traité que les articles 59 et suivants. Comme l'article 7, du fait de l'absence des conditions prévues aux articles 59 et suivants, ne saurait plus jouer, il ne reste plus que la clause résiduaire de l'article 5, alinéa 2, du traité CEE, d'après laquelle les États membres s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité.

Sous ce rapport il s'agit finalement de la question de savoir si celles des discriminations qui découlent nécessairement de la diversité des ordres juridiques des États membres, y compris des différences entre leurs systèmes de droit international privé, entravent le fonctionnement du marché commun de manière telle que les restrictions qui en découlent doivent sans plus être considérées comme interdites. Tel n'est pas le cas. Le traité part de l'existence d'ordres juridiques différents dans les États membres, et il prévoit, en particulier aux articles 100 et suivants, le rapprochement des législations pour éliminer toute perturbation du fonctionnement du marché commun qui est ainsi causée. Dans la présente affaire, la «perturba-

tion» résulte, d'une part, des différences entre les prescriptions administratives des États membres en matière boursière et, d'autre part, du fait que la république fédérale d'Allemagne étend unilatéralement sa réglementation boursière, par les moyens du droit international privé, à des situations de fait qui se localisent à l'étranger. Cette «perturbation» peut donc seulement être éliminée, primo, par une harmonisation des législations en matière boursière et, secundo, par une uniformisation du droit international privé.

Nous voudrions toutefois observer que, lorsque les tribunaux nationaux appliquent leur droit national et le droit international privé de leur État, ils doivent adopter un comportement «inspiré des règles du traité». C'est ainsi, par exemple, qu'une interprétation excessive et, partant, inadéquate du principe de l'«ordre public» pourrait en fin de compte constituer une violation du traité CEE au titre de la disposition fondamentale de l'article 5, qui s'adresse à tous les organes des États membres, y compris par conséquent aux tribunaux. L'Oberlandesgericht de Cologne devra en tenir compte pour sa décision.

IV — En résumé, il faut constater que l'application du droit allemand en matière boursière et du droit civil allemand par l'entremise du droit international privé allemand, dans un cas comme celui de l'espèce, n'enfreint pas *en soi* l'interdiction de discrimination énoncée aux articles 59 et 60 du traité CEE. Dans les limites que nous avons indiquées pour l'interprétation des dispositions allemandes, la même constatation s'impose pour l'article 5 du traité CEE.

De même, la question de savoir dans quelle mesure la capacité d'effectuer des opérations boursières à terme au sens de l'article 53 de la loi en matière boursière allemande peut jouer un rôle, est une question d'interprétation du droit en principe applicable allemand, et cette tâche incombe aux tribunaux allemands.

En conclusion, nous proposons de donner aux questions posées par le tribunal de renvoi la réponse suivante:

«Les articles 59 et 60 du traité CEE n'excluent pas en soi l'application au cas de l'espèce, du droit en matière boursière allemand et du droit civil allemand par le biais du droit international privé allemand.»