Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 21 juillet 2016 [1]

Affaire C-156/15

Private Equity Insurance Group SIA
contre
Swedbank AS

[demande de décision préjudicielle formée par l'Augstākā tiesa (Cour suprême, Lettonie)]

«Rapprochement des législations — Intégration des marchés financiers — Contrats de garantie financière — Directive 2002/47/CE — Champ d'application — Notions de "contrat de garantie financière" et d'"obligations financières couvertes" — Article 2, paragraphe 1, sous a) et f) — Constitution d'une garantie financière — Notions de "possession" ou de "contrôle" de la garantie financière — Article 2, paragraphe 2 — Inapplication de certaines dispositions en matière d'insolvabilité — Articles 4 et 8 — Contrat de compte bancaire courant contenant une clause de nantissement financier en faveur de la banque»

Introduction

1. Le présent renvoi préjudiciel permet à la Cour de se prononcer pour la première fois sur le régime harmonisé applicable aux contrats de garantie financière, instauré par la directive 2002/47/CE [2].

2. La constitution de garanties financières – se présentant sous forme d'espèces ou d'instruments financiers – favorise la stabilité des marchés financiers en permettant de limiter le risque dans les transactions. La directive 2002/47 constitue ainsi un instrument important de l'intégration de ces marchés, en simplifiant la conclusion des contrats de garantie financière, en limitant les formalités s'y attachant et en immunisant ces contrats contre certaines dispositions du droit national des États membres en matière d'insolvabilité [3].

3. Le présent litige, qui implique notamment la contestation de la validité d'une clause contractuelle prévoyant le nantissement des fonds déposés sur un compte courant en faveur de la banque, offre à la Cour l'occasion de préciser le champ d'application de la directive 2002/47 et, de manière plus générale, de se pencher sur l'équilibre instauré par cette directive entre les considérations relatives à l'efficacité du marché et celles liées à la sécurité juridique des parties au contrat et des tiers.

1 — Langue originale : le français.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière (JO 2002, L 168, p. 43).

3 — Voir considérants 7 et 9 à 12 de la directive 2002/47.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

4. L'article 1er, paragraphes 4 et 5, de la directive 2002/47 [4], intitulé « Objet et champ d'application », dispose :

« 4.

a) La garantie financière doit être constituée par des espèces ou des instruments financiers.[...]

5. La présente directive s'applique une fois que la garantie financière a été constituée et que cette constitution peut être attestée par écrit.

L'écrit attestant la constitution d'instruments financiers ou d'espèces en garantie doit permettre l'identification des actifs faisant l'objet de cette constitution. À cette fin, il suffit de prouver que la garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte a été portée au crédit du compte pertinent ou constitue un crédit sur ce compte et que la garantie en espèces a été portée au crédit d'un compte désigné ou constitue un crédit sur ce compte.

[...] »

5. L'article 2 de cette directive, intitulé « Définitions », dispose :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

a) "contrat de garantie financière", un contrat de garantie financière avec transfert de propriété ou un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, qu'ils soient couverts ou non par un accord-cadre *(master agreement)* ou par des conditions et modalités générales ;

[...]

c) "contrat de garantie financière avec constitution de sûreté", un contrat par lequel le constituant remet au preneur ou en sa faveur, des espèces ou des instruments financiers en garantie et où le constituant conserve la pleine propriété de ces actifs lorsque le droit afférent à cette sûreté est établi ;

d) "espèces", de l'argent porté au crédit d'un compte dans n'importe quelle monnaie ou des créances similaires ouvrant droit à la restitution d'argent, tels que des dépôts sur le marché monétaire ;

[...]

f) "obligations financières couverte", les obligations qui sont garanties par un contrat de garantie financière et qui donnent droit à un règlement en espèces et/ou à la livraison d'instruments financiers.

[...]

4 — Les dispositions de la directive 2002/47 applicables à l'époque des faits au principal sont antérieures aux modifications introduites par la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 mai 2009, modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47 concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées (JO 2009, L 146, p. 37).

2. Toute référence à une garantie financière “constituée” ou à la “constitution” d’une garantie financière dans la présente directive désigne sa livraison, son transfert, sa détention, son enregistrement ou tout autre traitement ayant pour effet que le preneur de la garantie ou la personne agissant pour son compte acquiert la possession ou le contrôle de cette garantie financière. Le droit de substitution ou de retrait de l’excédent d’espèces ou d’instruments financiers remis à titre de garantie en faveur du constituant de la garantie ne porte pas atteinte à la garantie constituée au profit du preneur de la garantie visée dans la présente directive. »

6. L’article 4 de la directive 2002/47, intitulé « Exécution des contrats de garantie financière », dispose :

« 1. Les États membres veillent à ce que, dans les cas entraînant l’exécution de la garantie, le preneur de la garantie puisse réaliser d’une des manières décrites ci-après toute garantie financière fournie en vertu d’un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté et conformément aux stipulations de celui-ci :

[...]

b) toutes espèces, soit en compensation du montant, soit pour acquit, des obligations financières couvertes.

[...]

4. Les moyens de réaliser la garantie financière visés au paragraphe 1 ne sont pas, sous réserve des conditions convenues dans le contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, soumis à l’obligation :

a) que l’intention de réaliser la garantie ait été notifiée préalablement ;

b) que les conditions de la réalisation de la garantie soient approuvées par un tribunal, un officier public ou ministériel ou une autre personne ;

c) que la réalisation de la garantie s’effectue par enchères publiques ou selon toute autre forme prescrite, ou

d) qu’un délai supplémentaire se soit écoulé.

5. Les États membres font en sorte qu’un contrat de garantie financière puisse prendre effet selon les modalités qu’il prévoit indépendamment de l’engagement ou de la poursuite d’une procédure de liquidation ou de mesures d’assainissement à l’égard du constituant ou du preneur de la garantie.

[...] »

7. L’article 8 de la directive 2002/47 limite l’application de certaines dispositions du droit national des États membres en matière d’insolvabilité [5].

5 — Je ne cite pas entièrement cet article – de même que l’article 1er, paragraphe 2, sous e), et l’article 3 de la même directive – car ces dispositions, bien qu’évoquées par la juridiction de renvoi, ne sont pas directement pertinentes pour la réponse que je propose de donner aux questions préjudicielles.

Le droit letton

8. La directive 2002/47 a été transposée en droit letton par le Finanšu nodrošinājuma likums (loi sur les garanties financières).

Le litige au principal

9. Le 14 avril 2007, Izdevniecība Stilus SIA, dont le successeur en droit est la Private Equity Insurance Group SIA, a conclu un contrat-type de compte courant avec Swedbank AS.

10. La clause 3.9 de ce contrat est libellée comme suit :

« Les fonds des clients qui se trouvent ou se trouveront sur le compte sont donnés en nantissement à la banque en tant que nantissement financier et garantissent toutes les créances de la banque. Si le client n'a pas versé sur le compte les fonds nécessaires à l'exécution des paiements ainsi que dans tous les autres cas où, conformément au contrat ou à d'autres conventions conclues avec la banque ainsi que sur la base de n'importe quel autre fondement juridique, la banque dispose d'une créance contre le client, elle a le droit de se désintéresser en exécutant le nantissement financier, c'est-à-dire que la banque a le droit, sans en informer préalablement le client, de prélever (transférer) la somme exigible à partir du compte. [...] »

11. Le 25 octobre 2010, Izdevniecība Stilus a été déclarée en faillite. Par la suite, l'administrateur de la faillite a conclu un nouveau contrat de compte courant comportant la même clause de nantissement financier.

12. Le 8 juin 2011, Swedbank a prélevé 192,30 lats (environ 274 euros) du compte courant d'Izdevniecība Stilus, au titre des frais de tenue de compte pour la période allant jusqu'à la déclaration de faillite.

13. La requérante au principal, représentée par l'administrateur de la faillite, a introduit une demande en justice contre Swedbank pour récupérer ce montant, en se fondant sur les principes du droit national garantissant l'égalité du traitement des créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ainsi que sur l'interdiction pour un créancier individuel d'accomplir des actes causant un préjudice à d'autres créanciers.

14. Les juridictions lettones, de première instance et d'appel, ont rejeté la demande en invoquant les dispositions nationales transposant l'article 8 de la directive 2002/47, lesquelles soustraient les garanties financières à l'application du droit de l'insolvabilité.

15. L'Augstākā tiesa (Cour suprême, Lettonie), statuant en cassation, nourrit des doutes quant à la portée de ces dispositions nationales et quant à leur conformité au principe d'égalité consacré par la Constitution lettone. La juridiction de renvoi considère que, préalablement à l'éventuelle saisine de la Satversmes tiesa (Cour constitutionnelle, Lettonie), il convient de dissiper les doutes relatifs à l'interprétation de la directive 2002/47.

16. La juridiction de renvoi observe, à ce propos, que la législation nationale sur les garanties financières prévoit une priorité absolue pour un preneur de garantie financière sur les autres créanciers, même dans la situation de créances privilégiées, telles que les créances de l'État ou des employés. Elle s'interroge sur le fait de savoir si une telle priorité est justifiée par les objectifs de la directive 2002/47.

17. La juridiction de renvoi se demande, à cet égard, si la directive 2002/47 s'applique à une garantie constituée en relation avec un compte courant qui n'est pas utilisé dans le cadre des systèmes de règlement des opérations sur titres visés par la directive 98/26/CE [6]. En outre, elle éprouve des doutes concernant l'interprétation des articles 3 et 8 de la directive 2002/47, en s'interrogeant sur la conformité de la priorité de la garantie financière par rapport à tous les autres types de sûretés, notamment celles inscrites dans un registre telle que l'hypothèque, avec l'objectif visé par cette directive.

Les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

18. C'est dans ce contexte que l'Augstākā tiesa (Cour suprême) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Faut-il interpréter l'article 4 de la directive 2002/47, relatif à l'exécution d'une garantie financière, lu à la lumière des considérants 1 et 4 de cette directive, en ce sens qu'il vise uniquement les comptes destinés à être utilisés dans le cadre des systèmes de règlement des opérations sur titres, ou bien n'importe quel compte ouvert auprès d'une banque, y compris un compte courant qui n'est pas utilisé pour le règlement d'opérations sur titres ?

2) Faut-il interpréter les articles 3 et 8 de la directive 2002/47, lu à la lumière des considérants 3 et 5 de cette directive, en ce sens que cette dernière a pour objectif de garantir aux établissements de crédit un régime prioritaire particulièrement favorable en cas de faillite de leurs clients, et en particulier par rapport à d'autres créanciers de ces clients comme les employés s'agissant des créances de rémunération, l'État s'agissant des créances fiscales et les créanciers privilégiés en vertu d'une sûreté bénéficiant de la foi publique ?

3) L'article 1er, paragraphe 2, sous e), de la directive 2002/47 doit-il être considéré comme une disposition organisant une harmonisation minimale ou totale, c'est-à-dire doit-il être interprété en ce sens qu'il permet à un État membre d'étendre cette disposition à des personnes expressément exclues du champ d'application de ladite directive ?

4) L'article 1er, paragraphe 2, sous e), de la directive 2002/47 est-il une disposition directement applicable ?

5) Si l'objectif et la portée de la directive 2002/47/CE s'avèrent plus étroits que l'objectif et la portée effectifs de la loi nationale, dont l'obligation de transposer cette directive a formellement nécessité l'adoption, est-il possible de recourir à l'interprétation de ladite directive pour déclarer invalide une clause de nantissement financier fondée sur le droit national telle que celle en cause dans l'affaire au principal ? »

19. La décision de renvoi, datée du 11 mars 2015, est parvenue au greffe de la Cour le 1er avril 2015. Des observations écrites ont été présentées par la partie défenderesse au principal, les gouvernements letton, espagnol et du Royaume-Uni ainsi que par la Commission européenne.

20. Ces parties et intéressés, de même que la requérante au principal, ont également participé à l'audience, qui s'est tenue le 11 mai 2016.

6 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998, concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (JO 1998, L 166, p. 45).

Analyse

Sur la première question

Observations liminaires

21. Par la première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2002/47 vise une garantie qui est constituée par des espèces déposées sur un compte courant et qui couvre toutes les créances de la banque envers le titulaire du compte, lorsque ce compte n'est pas destiné à être utilisé dans le cadre des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres visés par la directive 98/26.

22. Bien que la juridiction de renvoi se réfère à l'article 4 de la directive 2002/47, il résulte de la teneur de la question posée qu'elle cherche à déterminer, de manière générale, si une telle garantie relève du champ d'application de cette directive.

23. Cette question nécessite l'interprétation des dispositions des articles 1er et 2 de la directive 2002/47, qui déterminent le champ d'application de cette directive et définissent les notions pertinentes.

24. À cet égard, d'une part, il convient d'examiner si l'article 1er, paragraphe 4, sous a), et l'article 2, paragraphe 1, sous d) et f), de la directive 2002/47 doivent être interprétés comme visant une garantie telle que celle en cause dans l'affaire au principal lorsqu'elle est dépourvue de lien avec les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, visés par la directive 98/26.

25. D'autre part, il y a lieu de préciser les conditions relatives à la constitution d'une garantie financière visées à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47, afin de permettre à la juridiction de renvoi de déterminer si la garantie concernée en l'espèce a été constituée conformément à ces conditions et peut ainsi relever du régime instauré par cette directive.

26. J'observe que, même si lesdites dispositions de la directive 2002/47 ne sont pas visées par le libellé des questions formulées par la juridiction nationale, la Cour se réserve expressément le droit d'étendre la portée des questions préjudicielles afin de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, à condition que soit préservée la substance de la question posée[7].

27. Cette condition est, selon moi, remplie en l'espèce, étant donné que l'interprétation des dispositions concernées des articles 1er et 2 de la directive 2002/47 est nécessaire afin de permettre à la juridiction de renvoi de déterminer si la clause litigieuse relève du régime instauré par cette directive. En outre, l'interprétation desdites dispositions a fait l'objet d'une question écrite adressée par la Cour aux parties au principal et aux autres intéressés, qui ont pu donc utilement s'exprimer sur ce sujet lors de l'audience.

Sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 4, sous a), et de l'article 2, paragraphe 1, sous d) et f), de la directive 2002/47

28. Afin de répondre aux interrogations de la juridiction de renvoi, il convient de se pencher sur l'étendue du régime instauré par la directive 2002/47 en relation avec deux aspects, à savoir l'objet de la garantie et les obligations couvertes.

7 — Voir, notamment, arrêt du 20 mars 1997, Phytheron International (C-352/95, EU:C:1997:170, point 14).

29. En premier lieu, s'agissant de l'objet de la garantie, conformément à l'article 1er, paragraphe 4, sous a), de la directive 2002/47, la garantie visée par cette directive doit être constituée sous forme d'instruments financiers ou d'espèces. La notion d'« espèces » est définie, à l'article 2, paragraphe 1, sous d), de la directive 2002/47, comme étant de l'argent porté au crédit d'un compte ainsi que des créances similaires ouvrant droit à la restitution d'argent [8]. Cette définition est formulée de manière large et couvre les espèces déposées sur un compte courant. En outre, aucune autre disposition de la directive 2002/47 ne limite son application aux seules garanties constituées dans le cadre des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres visés par la directive 98/26.

30. En effet, bien qu'il ressorte des considérants 1 et 4 de la directive 2002/47 que l'adoption de cette directive s'insère dans le contexte juridique constitué, notamment, par la directive 98/26, et que l'expérience ait montré qu'il serait avantageux de soumettre à une réglementation commune les garanties constituées dans le cadre des systèmes visés par cette dernière directive, cette considération ne saurait en elle-même conduire à la conclusion selon laquelle le champ d'application de la directive 2002/47 est limité aux garanties constituées dans le cadre desdits systèmes. Une telle conclusion ne ressort d'aucune disposition de la directive 2002/47. En outre, selon ledit considérant 4 précité, le régime prévu par la directive 2002/47 complète les instruments législatifs en vigueur en traitant d'autres questions et en allant plus loin qu'eux.

31. Cette interprétation est corroborée par les travaux préparatoires, dont il ressort que la proposition ayant conduit à l'adoption de la directive 2002/47 était fondée sur la considération selon laquelle, si la directive 98/26 réglementait les garanties constituées dans le cadre d'opérations financières, d'autres mesures étaient nécessaires pour favoriser une utilisation efficace des garanties financières, allant au-delà des avancées permises par la directive 98/26 [9]. De même, il ressort du rapport d'évaluation établi par la Commission dans le contexte de la transposition de la directive 2002/47 que si la directive 98/26 avait déjà prévu d'accorder une certaine protection aux garanties fournies en relation avec une participation à un système visée par cette directive, l'adoption de la directive 2002/47 était sous-tendue par la nécessité d'une approche plus globale, dans l'objectif d'assurer l'efficacité des garanties financières, surtout dans les transactions transfrontalières [10].

32. En deuxième lieu, en ce qui concerne la notion d'« obligations financières couvertes », il ressort de la définition figurant à l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la directive 2002/47 que les obligations financières concernées sont celles qui donnent droit à un règlement en espèces et/ou à la livraison d'instruments financiers et qu'elles peuvent consister, totalement ou partiellement, en obligations présentes ou futures, en obligations de tiers ou en obligations occasionnelles d'une catégorie ou d'un type déterminé.

33. Cette définition comprend la situation, en cause dans l'affaire au principal, où la garantie couvre toutes les créances du preneur envers le constituant. En effet, il résulte des *travaux préparatoires* de la directive 2002/47 que la notion d'« obligations financières couvertes » devait comprendre l'utilisation des clauses de type *all monies*, qui étendent la garantie à toute obligation présente ou future de l'émetteur envers le preneur [11]. Le gouvernement du Royaume-Uni a d'ailleurs relevé, lors de l'audience, que de telles clauses sont largement utilisées dans la pratique.

8 — Ce qui exclut donc les billets de banque. Voir, également, considérant 18 de la directive 2002/47.

9 — Voir proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de garantie financière [COM(2001) 168, du 27 mars 2001, p. 1]. Voir également, dans le contexte de la transposition de la directive 2002/47 en droit polonais, Pisuliński, J., « Zabezpieczenia finansowe w systemie prawa cywilnego », Przegląd Prawa Handlowego 6/2005, p. 27.

10 — Voir rapport d'évaluation sur la directive concernant les contrats de garantie financière (2002/47/CE) [COM(2006) 833 final, du 20 décembre 2006, p. 3]. J'observe que le champ d'application de la directive 2002/47 n'est pas limité aux transactions transfrontalières.

11 — Voir COM(2001) 168, du 27 mars 2001, exposé des motifs relatif à l'article 2. Dans le cadre de sa première proposition législative, la Commission a examiné quels types de risques de crédit (exposure) devaient être couverts, en concluant qu'il serait à la fois difficile et inutile d'essayer d'opérer une distinction entre différentes transactions à cet égard. Voir document de la Commission européenne : « Working Document on Collateral : First preliminary draft proposal for a Directive », 15 juin 2000, p. 6, ainsi que Yeowart, G., « Purpose of the Financial Collateral Directive », dans Yeowart, G., et Parsons, R., *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral,* Edward Elgar Publishing, 2016, p. 19.

34. J'observe qu'il résulte du rapport d'évaluation sur la directive 2002/47 que certains États membres ont restreint le champ d'application des garanties au regard de certaines obligations financières, dans le cas particulier où le constituant de la garantie n'est pas une personne visée à l'article 1er, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive 2002/47[12]. À cet égard, l'article 1er, paragraphe 3, de cette directive donne aux États membres la faculté de transposer ladite directive en limitant l'application du régime harmonisé aux seuls organismes publics et établissements financiers visés à l'article 1er, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive 2002/47. Cependant, le fait que les États membres aient exercé cette faculté n'est pas pertinent aux fins de déterminer le champ d'application de cette directive en l'espèce, la République de Lettonie ne s'étant pas prévalue de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 2002/47 lors de la transposition.

35. Pour l'ensemble de ces raisons, je considère que la directive 2002/47 ne saurait être interprétée comme visant exclusivement les garanties constituées dans le cadre des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. En outre, ainsi qu'il ressort de l'article 2, paragraphe 1, sous f), de la directive 2002/47, les obligations couvertes ne sont pas circonscrites à celles relatives aux systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, mais peuvent notamment comprendre toute obligation donnant droit à un règlement en espèces. Les charges liées à la gestion d'un compte courant relèvent clairement de cette catégorie d'obligations.

36. Enfin, toutes les parties ayant présenté des observations dans la présente affaire s'accordent sur une telle interprétation large du champ d'application matériel de la directive 2002/47. La Commission a notamment indiqué, lors de l'audience, que l'interprétation selon laquelle toute obligation donnant droit à un règlement en espèces est couverte est nécessaire afin d'assurer l'effet utile de cette directive, eu égard à la grande diversité des obligations pertinentes pour le fonctionnement des marchés financiers.

37. Au vu de ce qui précède, je considère que l'article 1er, paragraphe 4, sous a), et l'article 2, paragraphe 1, sous d) et f), de la directive 2002/47 doivent être interprétés comme visant une garantie, telle que celle en cause dans le litige au principal, qui est constituée par des espèces déposées sur un compte bancaire et qui couvre toutes les créances de la banque envers le titulaire du compte. La question de savoir si ce compte est utilisé dans le cadre des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres visés par la directive 98/26 n'est pas pertinente.

Sur l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47

38. Conformément à l'article 1er, paragraphe 5, de la directive 2002/47, celle-ci s'applique une fois que la garantie financière a été constituée et que cette constitution peut être attestée par écrit.

39. Cette disposition se lit à la lumière du considérant 10 de la directive 2002/47, selon lequel cette directive, tout en soustrayant la conclusion d'un contrat de garantie financière à certaines conditions de forme prévues par le droit national[13], doit concilier l'efficacité du marché et la sécurité juridique des parties au contrat et des tiers. Selon ce même considérant, la directive 2002/47 assure cet équilibre par le fait que son champ d'application ne couvre que les contrats de garantie financière qui prévoient « une certaine forme de dépossession », autrement dit la constitution de la garantie financière, et pour lesquels la constitution de la garantie financière peut être attestée par écrit.

12 — Ainsi qu'il ressort de ce rapport d'évaluation établi par la Commission, le législateur allemand, entre autres, a, pour le cas où le constituant de la garantie n'est pas un établissement financier, limité les garanties couvertes à celles visant à protéger certaines obligations financières précisément définies, en excluant notamment les prêts à long terme consentis en espèces à des entreprises [voir COM(2006) 833 final, du 20 décembre 2006, p. 9].

13 — Voir article 3 de la directive 2002/47.

40. L'exigence de la constitution de la garantie constitue ainsi un quid pro quo pour le fait de déroger, dans l'intérêt de l'efficacité du marché, aux conditions de forme prévues par le droit national [14].

41. Conformément à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47, la notion de « constitution » de la garantie désigne sa livraison, son transfert, sa détention, son enregistrement ou tout autre traitement ayant pour effet que le preneur de la garantie ou la personne agissant pour son compte en acquiert la possession ou le contrôle.

42. Cette condition d'acquisition de la « possession ou de contrôle » est un élément clé permettant de déterminer si le contrat de garantie donné relève du champ d'application de la directive 2002/47. Un contrat de garantie peut seulement être qualifié de « contrat de garantie financière », au sens de la directive 2002/47, si la garantie est constituée, de telle sorte que le preneur de la garantie en acquiert la possession ou le contrôle.

43. Or, à part les contrats de garantie financière avec transfert de propriété, impliquant que, sous réserve des conventions de mise en pension, la pleine propriété des instruments financiers ou des espèces donnés en garantie passent au preneur de cette dernière afin d'assurer l'exécution des obligations financières couvertes [15], l'interprétation des notions d'« acquisition de la possession » ou de « contrôle », dans le contexte des espèces ou des instruments financiers, est problématique. Certains auteurs affirment qu'il s'agit probablement de l'aspect le plus controversé du régime des garanties financières établi par la directive 2002/47 [16].

44. Il ressort des observations du gouvernement du Royaume-Uni et de la Commission que l'application des exigences en cause a suscité des difficultés dans la pratique, reflétées notamment dans deux jugements des juridictions du Royaume-Uni qui interprètent, entre autres, le terme « contrôle », au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47.

45. Dans l'affaire *Gray* [17], concernant la garantie sous forme d'espèces déposées sur un compte bancaire, le débat était concentré sur la question de savoir si la condition relative au contrôle est satisfaite lorsque le compte, bien que géré par le preneur de la garantie, n'est pas bloqué. La juridiction du Royaume-Uni a jugé que la constitution de la garantie présuppose que le preneur puisse empêcher le constituant d'en disposer. En outre, le preneur doit disposer d'un contrôle « légal » sur l'objet de la garantie, un simple contrôle administratif ou pratique étant insuffisant. Ces conditions n'étaient pas satisfaites en l'occurrence, étant donné que le constituant de la garantie pouvait demander le retrait des fonds déposés sur le compte sans restriction.

46. Le problème de l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47 a ressurgi dans l'affaire *Lehman Brothers International (Europe)* [18]. Le juge britannique a observé que l'arrêt *Gray* avait fait l'objet de commentaires critiquant le fait que l'application stricte de l'exigence de contrôle « légal » pourrait soustraire au régime de la directive 2002/47 certains contrats employés dans la pratique et rédigés avec l'intention de les y inclure. Tout en relevant ces critiques, ce jugement a, en substance, confirmé l'approche suivie dans l'affaire *Gray* en ce qui concerne le critère de « contrôle légal », en constatant qu'un simple contrôle administratif de l'objet de la garantie serait insuffisant afin de satisfaire au critère énoncé à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47, notamment lorsque le constituant de la garantie a le droit de disposer sans restriction des fonds concernés.

14 — Voir Parsons, R., « "Possession" or "Control" test to be satisfied when creating a security financial collateral arrangement », dans Yeowart, G., et Parsons, R., *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral,* Edward Elgar Publishing, 2016, p. 168.

15 — Voir article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 2002/47.

16 — Voir Parsons, R., op. cit., p. 167.

17 — *Gray and others v G-T-P Group Limited, Re F2G Realisations Limited (in liquidation)* [2010] EWHC 1772 (Ch), points 60 à 62.

18 — *Lehman Brothers International (Europe) (In Administration)* [2012] EWHC 2997 (Ch), points 119 à 126 et 131 à 137.

47. Dans l'affaire au principal, la Commission observe que la constitution de la garantie financière implique que le preneur exerce un « contrôle légal » sur l'objet de la garantie, entendu comme le pouvoir d'empêcher le constituant d'en disposer. Le droit, pour le constituant, de la garantie de retirer librement des espèces du compte faisant l'objet de la garantie irait à l'encontre de cette condition. Lors de l'audience, la Commission a précisé qu'elle soutient ainsi, en substance, la même position que celle adoptée par les juridictions du Royaume-Uni dans les affaires précitées.

48. Je pense que les considérations qui ont conduit les juridictions du Royaume-Uni à rejeter la thèse selon laquelle un simple contrôle administratif exercé sur l'objet de la garantie serait suffisant sont également pertinentes au regard de l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47 en l'espèce.

49. En effet, ainsi que l'indiquent à juste titre le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission, l'exigence relative à l'acquisition de la « possession ou du contrôle » de la garantie par le preneur, visée à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47[19], serait dépourvue de tout effet utile si elle était interprétée comme couvrant la situation dans laquelle le constituant de la garantie peut continuer à en disposer librement.

50. J'observe que l'article 2, paragraphe 2, deuxième phrase, de la directive 2002/47 valide les techniques de garantie permettant au constituant de la garantie de la substituer ou d'en retirer l'excédent. Il peut en être déduit, a contrario, que des droits plus étendus accordés au constituant signifieraient que l'exigence de la constitution de la garantie n'est pas remplie.

51. Ainsi, selon moi, dans l'hypothèse d'une garantie constituée sous la forme d'espèces déposées sur un compte, l'acquisition de la possession ou du contrôle par le preneur de la garantie implique nécessairement que celui-ci non seulement dispose d'un contrôle pratique sur le compte faisant l'objet de la garantie, mais qu'il ait également le droit d'empêcher le retrait des espèces par le constituant de la garantie, dans la mesure nécessaire afin de garantir les obligations couvertes.

52. En l'espèce, la juridiction de renvoi devrait ainsi examiner si le contrat relatif au compte courant conclu entre les parties au principal contient une clause prévoyant pour Swedbank un tel droit de limiter les retraits des fonds déposés sur le compte concerné. Sans préjudice de cet examen, qui relève du rôle autonome de la juridiction de renvoi, je relève que, lors de l'audience, les parties au principal se sont accordées pour dire que le contrat litigieux ne contient aucune clause permettant à la banque de limiter les retraits ou imposant qu'un certain montant doive rester bloqué sur le compte. Si cette circonstance factuelle était établie, cela conduirait à conclure que la garantie litigieuse ne peut être considérée comme étant constituée conformément aux exigences prévues par la directive 2002/47 et, partant, qu'elle n'est pas couverte par ces dispositions.

53. Au vu de ce qui précède, je considère que l'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47 doit être interprété en ce sens que la constitution de la garantie financière sous forme d'espèces déposées sur un compte bancaire implique l'existence d'une clause contractuelle accordant au preneur de la garantie le droit de limiter l'utilisation des fonds déposés sur ce compte, dans la mesure nécessaire pour garantir les obligations couvertes.

19 — Je note que, bien que cette question n'est pas pertinente dans le contexte de la présente affaire, le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission ont adopté des positions divergentes en ce qui concerne le lien entre ces deux notions. La Commission suggère que la « possession ou le contrôle » constitue une seule condition, alors que, du point de vue de la jurisprudence invoquée par le gouvernement du Royaume-Uni ainsi que de la doctrine du droit anglais, il s'agit des deux critères alternatifs. Voir, également, Parsons, R., op. cit., p. 185.

Sur la deuxième question

54. La juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2002/47, notamment ses articles 3 et 8, doit être interprétée en ce sens qu'elle garantit au preneur de la garantie le droit de réaliser toute garantie financière, indépendamment de l'engagement ou de la poursuite d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement à l'égard du constituant. Elle souligne qu'une telle priorité accordée au preneur de la garantie financiére pourrait paraître contraire au principe de l'égalité de traitement des créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (paritas creditorum).

55. J'observe que si la juridiction de renvoi se réfère aux articles 3 et 8 de la directive 2002/47, la question posée concerne plutôt l'article 4 de cette directive, qui concerne notamment les conditions d'exécution de la garantie financière. La juridiction de renvoi s'interroge sur la possibilité d'apporter d'éventuelles restrictions au droit du preneur de la garantie d'obtenir la satisfaction de ses créances en cas de faillite du constituant. Selon cette juridiction, faute de telles restrictions implicites, le système établi par la directive 2002/47 peut paraître contestable sous l'angle dudit principe de l'égalité de traitement des créanciers.

56. Je note qu'il ressort de l'article 4, de la directive 2002/47, lu à lumière des considérants 3, 5 et 10 de cette directive, que l'un des objectifs du régime instauré par cette même directive consiste en l'immunisation des garanties financières contre l'application de certaines dispositions du droit national en matière d'insolvabilité [20]. À cet égard, l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2002/47 prévoit le droit du preneur de la garantie de réaliser toute garantie financière fournie en vertu d'un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté. Les paragraphes 4 et 5 du même article protègent ce droit des effets des dispositions nationales en matière de l'insolvabilité. D'une part, ce paragraphe 4 permet la réalisation rapide de la garantie en cas de défaillance du constituant, en rendant inapplicables les obligations énumérées aux points a) à d) dudit paragraphe. D'autre part, ledit paragraphe 5 impose aux États membres d'assurer qu'un contrat de garantie financière puisse prendre effet indépendamment de l'engagement ou de la poursuite d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement à l'égard du constituant ou du preneur de la garantie.

57. Ces dispositions ne se prêtent pas, à mon sens, à une lecture selon laquelle le preneur de la garantie ne pourrait réaliser la garantie en cas de faillite du constituant, afin de ne pas compromettre les droits des autres créanciers. Au contraire, elles visent à soustraire la garantie financière à l'application des restrictions prévues par le droit national en matière d'insolvabilité.

58. Selon moi, cette considération ne saurait être remise en cause par l'argument, soulevé par la requérante au principal et par le gouvernement letton, renvoyant à la situation des créanciers privilégiés, tels que l'État, les employés ou les détenteurs d'une sûreté inscrite.

59. En effet, ainsi que l'observe la Commission, du point de vue du système établi par la directive 2002/47, la question du rang du créancier dans la procédure de faillite ne se pose pas, cette directive visant simplement à assurer le droit de réaliser la garantie dans tous les cas entraînant son exécution. Cette solution est justifiée par la nécessité de renforcer la sécurité juridique des contrats de garantie financière et d'assurer leur efficacité [21].

60. Cela étant dit, la directive 2002/47 contient des dispositions permettant de maintenir l'équilibre entre les considérations relatives à l'efficacité du marché et celles liées à la sécurité juridique.

20 — Voir, également, COM(2001) 168, du 27 mars 2001, exposé des motifs relatif à l'article 5.

21 — À cet égard, la directive 2002/47 fait partie du système plus large qu'est le droit de l'insolvabilité de l'Union, comportant notamment les instruments législatifs cités dans son considérant 4.

61. Premièrement, en ce qui concerne le champ d'application ratione personae, l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 2002/47 accorde aux États membres la possibilité d'exclure les contrats dans lesquels l'une des parties n'est pas une autorité, un organisme public, un établissement financier supervisé ou encore une contrepartie centrale, un organe de règlement ou une chambre de compensation au sens de la directive 98/26[22].

62. Deuxièmement, le régime prévu par la directive 2002/47 s'applique uniquement aux garanties « constituées », au sens de son article 2, paragraphe 2, ce qui implique une certaine forme de « dépossession » du constituant de la garantie. Le régime prévu par la directive 2002/47 s'applique donc uniquement si le preneur de la garantie en acquiert « la possession ou le contrôle », au sens de cette directive[23].

63. Troisièmement, l'article 8 de la directive 2002/47 prévoit certaines limitations à l'application des dispositions nationales en matière d'insolvabilité à l'égard des garanties constituées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité mais frappées par l'application de la règle de « l'heure zéro », qui confère un effet rétroactif à une telle procédure (paragraphes 1 et 3), ainsi que, exceptionnellement, à l'égard des garanties constituées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsque le preneur de la garantie prouve sa bonne foi (paragraphe 2)[24].

64. Or, sous réserve des hypothèses visées par ledit article 8, le régime prévu par la directive 2002/47 ne couvre pas les garanties constituées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

65. Cette considération répond, à mon sens, aux préoccupations exprimées par la juridiction de renvoi et par le gouvernement letton, tirées du fait que le traitement spécial des garanties financières pourrait remettre en cause la protection des créanciers hypothécaires. La juridiction de renvoi indique que, dans l'hypothèse où les fonds obtenus par la vente d'un bien appartenant au failli seraient versés sur le compte bancaire concerné par la garantie financière, le preneur de cette garantie pourrait les utiliser pour obtenir la satisfaction de ses créances. Selon moi, cette préoccupation n'est pas fondée, étant donné que les garanties constituées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne sont pas couvertes par le régime instauré par la directive 2002/47.

66. En ce qui concerne l'affaire au principal, ainsi que l'a observé le gouvernement du Royaume-Uni, qui a soulevé cet aspect lors de l'audience, la directive 2002/47 ne s'appliquerait pas dans l'hypothèse où les espèces constituant la garantie seraient arrivées sur le compte bancaire concerné après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

67. Or, bien que cet aspect ne ressorte pas clairement de la décision de renvoi, les parties au principal ont néanmoins indiqué de manière concordante lors de l'audience que les fonds prélevés par Swedbank du compte courant d'Izdevniecība Stilus n'avaient été déposés sur ce compte qu'après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Si cette chronologie était établie par la juridiction de renvoi, force serait de conclure que la garantie litigieuse n'a pas été constituée avant l'ouverture d'une telle procédure et n'est donc pas couverte par les dispositions de la directive 2002/47.

22 — Dans la pratique, ainsi qu'il ressort du rapport d'évaluation sur la directive 2002/47, seule la République d'Autriche a décidé d'appliquer pleinement cette dérogation, et cinq autres États membres l'appliquent partiellement (la République tchèque, la République fédérale d'Allemagne, la République française, la République de Slovénie, le Royaume de Suède). Voir COM(2006) 833 final, du 20 décembre 2006, p. 9.

23 — Voir points 40 et 41 des présentes conclusions.

24 — Voir, également, COM(2001) 168, du 27 mars 2001, exposé des motifs relatif à l'article 9.

68. Je considère donc que l'article 4, paragraphes 1, 4 et 5, de la directive 2002/47 doit être interprété en ce sens que le preneur de la garantie a le droit de réaliser toute garantie financière fournie en vertu d'un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, indépendamment de l'engagement ou de la poursuite d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement à l'égard du constituant de la garantie. Sous réserve des dispositions de l'article 8 de cette directive, ce droit s'applique à la garantie constituée avant l'ouverture d'une telle procédure.

Sur les troisième et quatrième questions préjudicielles

69. La juridiction de renvoi relève que la loi lettonne sur les garanties financières s'applique aux personnes physiques, alors qu'elles sont explicitement exclues du champ d'application personnel de la directive 2002/47 en vertu de son article 1er, paragraphe 2, sous e). Elle se demande, ainsi, par les troisième et quatrième questions préjudicielles, si une telle extension du champ d'application personnel est conforme à cette disposition de la directive 2002/47 et, le cas échéant, si ladite disposition est dotée d'un effet direct. Tout en admettant le caractère hypothétique de ces questions dans le contexte du litige au principal, la juridiction de renvoi les considère importantes, en vue d'un éventuel contrôle de constitutionnalité de la loi sur les garanties financières.

70. J'observe qu'il est constant que le litige au principal n'implique pas des personnes physiques et que, partant, les questions relatives à la possibilité d'étendre le régime prévu par la directive 2002/47 à ces personnes sont hypothétiques.

71. Dans ces conditions, le fait que les mêmes questions pourraient resurgir dans l'avenir, lors de l'éventuel examen de la constitutionnalité de la loi sur les garanties financières par la Satversmes tiesa (Cour constitutionnelle), n'est pas susceptible d'enlever à ces questions leur caractère hypothétique dans la présente affaire. En effet, la justification du renvoi préjudiciel est non pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux [25]. Si la juridiction de renvoi devait saisir la Satversmes tiesa (Cour constitutionnelle) d'une question de constitutionnalité, rien ne ferait obstacle à ce que cette dernière juridiction, si elle l'estime nécessaire, saisisse la Cour d'un renvoi préjudiciel.

72. Il s'ensuit que les troisième et quatrième questions préjudicielles doivent être considérées comme irrecevables.

Sur la cinquième question préjudicielle

73. Par sa cinquième question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à déterminer les conséquences qu'elle pourrait tirer, en termes de validité de la clause litigieuse, dans l'hypothèse où la portée de la directive 2002/47 s'avérerait plus étroite que celle de la législation nationale.

74. J'observe que la pertinence de cette question ainsi que son lien avec les autres questions préjudicielles ne sont pas explicités en détail par la juridiction de renvoi. Il peut néanmoins être déduit du libellé de cette question qu'elle tend à déterminer l'effet de la directive 2002/47 sur le litige au principal, dans le cas où la Cour jugerait, en réponse à la première question préjudicielle, que le champ d'application de cette directive est restreint aux garanties relatives aux systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres.

25 — Voir, notamment, arrêt du 27 février 2014, Pohotovosť (C-470/12, EU:C:2014:101, point 29).

75. En effet, dans l'hypothèse où il ressortirait de la réponse donnée par la Cour à la première question préjudicielle que la clause contractuelle litigieuse n'est pas couverte par la directive 2002/47, la juridiction de renvoi serait ainsi appelée à déterminer les conséquences de cette différence entre la portée de cette directive et celle de la loi nationale, en ce qui concerne la validité de cette clause.

76. Or, il découle de ma réponse à la première question préjudicielle que le champ d'application de la directive 2002/47 ne saurait être considéré comme étant restreint aux garanties relatives aux systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. Dans ces conditions, je considère qu'il n'y aura pas lieu de répondre à la présente question.

Conclusion

77. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par l'Augstākā tiesa (Cour suprême, Lettonie) de la manière suivante :

1) L'article 1er, paragraphe 4, sous a), et l'article 2, paragraphe 1, sous d) et f), de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière, doivent être interprétés comme visant une garantie, telle que celle en cause dans le litige au principal, qui est constituée par des espèces déposées sur un compte bancaire et qui couvre toutes les créances de la banque envers le titulaire du compte. La question de savoir si ce compte est utilisé dans le cadre des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres visés par la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 mai 1998, concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, n'est pas pertinente.

   L'article 2, paragraphe 2, de la directive 2002/47 doit être interprété en ce sens que la constitution de la garantie financière sous forme d'espèces déposées sur un compte bancaire implique l'existence d'une clause contractuelle accordant au preneur de la garantie le droit de limiter l'utilisation des fonds déposés sur ce compte, dans la mesure nécessaire pour garantir les obligations couvertes.

2) L'article 4, paragraphes 1, 4 et 5, de la directive 2002/47 doit être interprété en ce sens que le preneur de la garantie a le droit de réaliser toute garantie financière fournie en vertu d'un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté, indépendamment de l'engagement ou de la poursuite d'une procédure de liquidation ou de mesures d'assainissement à l'égard du constituant de la garantie. Sous réserve des dispositions de l'article 8 de cette directive, ce droit s'applique à la garantie constituée avant l'ouverture d'une telle procédure.