

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur des
universités associé
Avocat à la Cour



**JULIETTE
MOREL-MAROGER**
Maître de conférences
Université Paris
Dauphine



ALINE TENENBAUM
Maître de conférences
Faculté de droit
Université Paris-Est
Créteil



JEAN STOUFFLET
Agrégé des
facultés de droit
Professeur émérite

inaugurée en 2003 dans le numéro 91 de *Banque et Droit*, la chronique de droit bancaire international revient renforcée. D'une part, par l'adjonction du talent et de l'expertise complémentaire de deux nouvelles rédactrices, Juliette Morel-Maroger et Aline Tenenbaum, toutes deux expertes reconnues du droit international de la banque et des marchés financiers ; d'autre part, par l'actualité réglementaire, législative et jurisprudentielle française, européenne et internationale qui démontre la pertinence de toutes les considérations qui nous avaient amenées à créer la chronique il y a douze ans et que nous avions alors détaillées dans notre note introductive.

Rares sont aujourd'hui les opérations de la banque d'affaires et d'investissement qui ne présentent pas d'éléments d'extranéité. La réglementation bancaire et financière est également internationale de source ou d'inspiration. Extraterritoriale par visée ou par répercussion au niveau du réseau bancaire, la jurisprudence bancaire acquiert une portée qui s'affirme au-delà des frontières juridictionnelles du tribunal auteur de l'arrêt. Il ne faut pas oublier non plus la pratique bancaire internationale. Influencée par les standards élaborés par les organisations internationales ou professionnelles (CNUDCI, UNIDROIT, ISDA, Commission bancaire ICC, BAFT IFSA, LMA, etc.), la pratique bancaire s'internationalise dans ses termes, ses normes et ses systèmes opérationnels. Elle est le reflet de l'économie globalisée qui a triomphé du repli centripète que l'on a pu craindre à la suite de la crise financière de 2008.

Mais les défis sont légion. Les lois et réglementations se chevauchent et manquent parfois de coordination.

L'action des régulateurs, sans doute exacerbée par un reproche injuste de complaisance exprimé lors de la crise financière, relève parfois plus de la concurrence que de la cohérence. Un réseau bancaire international se voit exposé à la juridiction de multiples régulateurs exigeant la conformité à leurs propres normes locales ou leur interprétation de normes supranationales. La jurisprudence foisonne, affinant, créant ou remplaçant sans cesse les normes prétorienne. Les multiples facteurs de rattachement territorial, européens, internationaux ou nationaux, obligent l'acteur bancaire et son client ou sa contrepartie à suivre cette jurisprudence bien au-delà des frontières qui semblent limiter l'opération en question.

Comblée par la confiance de ses lecteurs, citée dans les matériels de cours spécialisés et la doctrine autorisée, la chronique de droit bancaire international revient avec l'ambition d'être plus que jamais un vecteur de connaissance indispensable de la règle internationale de droit et des nouveaux standards internationaux bancaires et financiers.

La chronique est également ouverte aux contributions externes qui, limitées à l'arrêt ou à la jurisprudence bruts ou accompagnées d'un commentaire, en français ou en anglais, verront leur source dûment reconnue.

Les rédacteurs de la chronique
de droit bancaire international¹.

1. Une partie de cette chronique a bénéficié de l'assistance en recherche et rédaction d'Antoine Picot, étudiant à Sciences Po.

Bail-in – Contractualisation de l'engagement – Exemption des instruments du financement du commerce international.

Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement – article 55.

Commentaire de Georges Affaki.

1. La crise financière qui a ébranlé l'Europe et le monde en 2008 a mis en évidence la fragilité du système bancaire européen et ses carences en termes de régulation. L'Union européenne (UE) s'est engagée dès 2012 dans la mise en place de l'Union bancaire européenne, ayant pour ambition de donner à l'Europe les moyens de faire face à d'éventuelles nouvelles défaillances, mais aussi de redonner confiance dans un système bancaire européen désormais mieux protégé des risques de crises systémiques.

2. Cette refonte s'appuie sur trois piliers :

– le Mécanisme de surveillance unique (MSU), qui institue la Banque Centrale Européenne (BCE) comme superviseur prudentiel des établissements bancaires et financiers majeurs de l'Union ;

– le Mécanisme de résolution unique (MRU), qui, par le biais d'un Conseil de résolution unique, permettra de remettre à flot les éventuelles banques défaillantes, et ce en s'appuyant sur un fonds de près de 55 milliards d'euros, financé par les banques elles-mêmes ; et

– le Règlement uniforme, qui entend harmoniser les règles que les institutions financières européennes devront respecter.

3. Plusieurs types de mesures sont compris dans ce Règlement uniforme : protection des déposants, exigences de fonds propres, conditions dans lesquelles les institutions émettent des engagements, mais également le redressement et la résolution des institutions financières défaillantes.

4. Si la directive et règlement CRD/CRR IV ont déjà posé bon nombre des principes du Règlement uniforme, la directive 2014/59 du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, aussi connue sous le nom de BRRD, parachève ce Règlement. Les règles qu'elle définit sont de première importance, puisqu'elles définissent les conditions dans lesquelles un établissement défaillant sera traité, en suivant un principe directeur de l'Union bancaire : éviter que les États, et donc les contribuables européens, ne soient appelés à renflouer eux-mêmes ces établissements.

5. **Un nouvel outil de renflouement interne.** Cette directive, dont le délai de transposition a expiré le 31 décembre 2014, met en place un mécanisme qui se trouve au cœur du nouveau système de résolution : l'« instrument de renflouement interne », plus connu sous son nom anglais de « bail-

in ». Innovation majeure de la directive, cet instrument est défini comme « le mécanisme permettant l'exercice par une autorité de résolution [...] des pouvoirs de dépréciation et de conversion à l'égard d'éléments de passif d'un établissement soumis à une procédure de résolution ». Son principe est donc simple : pour éviter que les contribuables européens n'aient à sauver par leurs contributions fiscales les établissements défaillants, les actionnaires pourront voir leurs titres annulés ou transférés, de même que les créanciers de l'établissement en question pourront être tenus d'abandonner ou de convertir tout ou partie de leurs créances. Cet outil de renflouement interne est voué à s'appliquer à au moins 8 % du total des avoirs perdus par l'établissement défaillant, seuil au-delà duquel la banque peut demander d'avoir accès au fonds de résolution dans la limite de 5 % des avoirs perdus. Chaque autorité de résolution nationale aura également pour tâche de définir, pour chaque établissement, une exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles au bail-in (EMFPPE) en prenant en compte l'importance systémique de l'établissement en question et le degré d'interconnexion avec le reste du secteur financier.

6. **Reconnaissance contractuelle du bail-in.** La directive BRRD ne se contente pas de rendre obligatoire l'outil de renflouement interne aux engagements régis par le droit de l'Union. En effet, l'article 55 de la directive dispose que les États membres sont tenus d'imposer aux établissements financiers concernés d'inclure, pour les engagements émis après la transposition de ladite directive et régis par le droit d'un pays tiers, une disposition contractuelle ayant pour objet de reconnaître la possibilité de bail-in de l'engagement émis, si l'autorité de résolution estime que les conditions de sa mise en œuvre sont réunies. En d'autres termes, la directive entend imposer par le biais de cette stipulation contractuelle aux engagements régis par le droit d'un pays tiers les exactes mêmes obligations que celles régies par le droit de l'Union. Cette clause n'est néanmoins pas obligatoire si le droit du pays tiers, ou un accord conclu entre ce pays et l'UE, permet à l'autorité de résolution d'exercer ses pouvoirs de dépréciation ou de conversion dans les mêmes conditions qu'à l'intérieur de l'Union.

7. **Un large spectre d'engagements concernés.** Les considérants de la directive l'exposent clairement : « Pour que cet instrument soit efficace et atteigne ses objectifs, il est néanmoins souhaitable qu'il puisse être appliqué à un éventail aussi large que possible d'engagements non garantis de l'établissement défaillant »². Or, la directive ne définit pas ce qui est entendu par « engagement », et les instruments explicitement écartés de l'emprise de l'outil de renflouement interne sont rares. En effet, le texte ne mentionne que quelques exceptions, parmi lesquelles les dépôts couverts, les engagements entièrement garantis, les engagements ayant une échéance résiduelle de moins de sept jours ou encore les engagements envers les autorités fiscales ou la sécurité sociale³. À ce titre, l'article 55 de la directive confie à l'Autorité bancaire européenne (ABE) la charge d'établir des

2. Considérant n° 70, directive 2014/59 du 15 mai 2014.

3. Article 44, directive 2014/59 du 15 mai 2014.

Normes techniques réglementaires (NTR) pour déterminer une liste plus précise de ces exclusions et notamment pour préciser les conditions dans lesquelles un engagement est considéré comme entièrement garanti. Ces NTR doivent être rendues avant le 3 juillet 2015.

8. Des choix contestés : la question du financement du commerce international. La question de l'opportunité d'inclure les instruments de financement du commerce international parmi les engagements financiers sur lesquels porte le *bail-in* s'est posée avec une particulière acuité. Le FMI reconnaissait déjà en 2012 que le *trade finance* devait être exclu du périmètre des obligations concernées par le *bail-in*, notamment du fait de son importance stratégique et systémique⁴. Outre les raisons stratégiques, celles d'ordre technique sont nombreuses. L'European Savings and Retail Banking Group⁵ a à ce titre souligné que ces instruments ont, dans une très large majorité, une période de maturation très courte et sont largement garantis par le sous-jacent, ce qui rend très probable leur exclusion *de facto* de l'EMFPEE. De plus, une clause de *bail-in* dans des crédits documentaires et des garanties bancaires émis par SWIFT selon des messages standardisés mondialement bouleversera profondément les processus normés des plateformes d'exécution dans les banques. Il apparaît dès lors peu opportun d'imposer à des engagements qui ont peu de chances d'être inclus dans l'EMFPEE l'ensemble des contraintes, notamment en termes de clauses de *bail-in*, que l'article 55 de la Directive entend imposer aux autres types d'engagements. Plus encore, l'absence de caractère purement spéculatif des instruments du commerce international (crédit documentaire, garantie indépendante, etc.) met en évidence le fait que ces engagements n'ont nullement pour but de financer une banque, mais simplement de financer la réalisation d'une opération commerciale. L'aspect aléatoire et le risque encouru ne sont dès lors pas l'objet de l'engagement, mais bien un simple corollaire inévitable.

4. « It may be appropriate to carve out some types of senior unsecured debt from the restructuring process, including [...] some trade-finance obligations. These liabilities may be of systemic or strategic importance and might justify a differential treatment from other senior debt, even if they rank equally in a liquidation context », in *From Bail-out to Bail-in: Mandatory Debt Restructuring of Systemic Financial Institutions*, IMF Staff Discussion Note, 24 avril 2012.

5. *ESBG response to the EBA consultation on the contractual recognition of write-down and conversion powers under Article 55(3) of the Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD)*, European Savings and Retail Banking Group, février 2015.

9. L'attractivité sacrifiée? Au-delà des considérations techniques, l'impact pratique de l'intégration des instruments du financement du commerce international dans le champ du *bail-in* est également sujet à controverse. Ainsi que le souligne la Deutsche Kreditwirtschaft⁶, la lourdeur des obligations et démarches que la directive BRRD fait peser sur les émetteurs de ces instruments rendra indéniablement ces modes de financement plus coûteux, moins disponibles et, partant, découragera les acteurs économiques de se tourner vers les banques européennes pour les émettre. Or, ces instruments de financement sont le véritable poumon du commerce international, tant le nombre de transactions y ayant recours est important. Les rendre moins accessibles revient à prendre le risque de priver les acteurs économiques européens d'une partie de leur activité. Peut-on dès lors considérer que l'attractivité économique de l'UE a en partie été sacrifiée sur l'autel de la stabilité?

Un paradoxe apparaît alors : si le but affiché de la directive BRRD est d'assurer la pérennité des activités financières cruciales d'un point de vue systémique, il ne fait aucun doute que le financement du commerce international devrait être exclu du champ de l'instrument de renflouement interne. Malheureusement, cela ne semble pas être la voie dans laquelle s'engage l'ABE : ses appels à observations lancés aux professionnels ne font que peu de cas de cette question.

10. La Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale a pris l'initiative de saisir le Commissaire européen des services financiers. La lettre rédigée par son comité juridique est postée sur son site⁷. Exprimant sa préoccupation à l'égard de l'exigence de l'article 55 d'obtenir la reconnaissance contractuelle du *bail-in* de la créance sans distinction des engagements liés au financement du commerce international, la CCI demande à l'exécutif européen de clarifier la question et d'avoir une approche qui prendrait en compte la réalité du commerce international et ses instruments de financement. ■

6. *EBA Consultation Paper – Draft Regulatory Standards on the contractual recognition of write-down and conversion powers under Art. 55(3) of the BRRD – EBA/CP/2014/33*, Deutsche Kreditwirtschaft, 4 février 2015.

7. <http://www.iccwbo.org/About-ICC/Policy-Commissions/Banking/Task-forces/Banking-Commission-Legal-Committee/>.

Mécanismes de protection du crédit – Garanties – Exigence d'avis indépendant de droit.

Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, article 194.

Commentaire de Georges Affaki.

1. Le règlement 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, plus connu sous le nom de

CRR (*Capital Requirements Regulation*) marque, avec la directive CRD IV¹, une troisième vague de modifications apportées aux dispositions d'origine, après celles de 2008 (CRD II) et de 2009 (CRD III). S'inscrivant dans l'élaboration du Règlement uniforme (*Single Rulebook*), troisième pilier de

1. Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE.

L'Union bancaire européenne, le règlement entend mettre en place un ensemble d'exigences prudentielles harmonisant les régimes européens censés offrir plus de sécurité juridique à l'activité des établissements concernés.

2. L'un des objectifs de CRD/CRR IV est, rappelons-le, de préciser les exigences en termes de fonds propres et de ratios actif/passif imposées aux établissements financiers, compte tenu des risques qu'ils prennent dans le cadre de leurs activités. L'un des enjeux est ainsi de savoir dans quelle mesure une technique d'atténuation du risque de crédit et la protection supplémentaire qu'elle apporte permettent d'agir sur l'exigence de fonds propres et donc d'offrir plus de marge de manœuvre aux établissements concernés.

3. C'est précisément sur ce point que le règlement CRR apporte une nouveauté de taille. En effet, son article 194 dispose que, désormais, « l'établissement prêteur fournit, sur demande des autorités compétentes, la version la plus récente de l'avis ou des avis juridiques indépendants, écrits ou dûment motivés qu'il a utilisés pour établir si son ou ses mécanismes de protection de crédit remplit la condition énoncée au premier alinéa », c'est-à-dire pour établir que la garantie en question est « juridiquement efficace et exécutoire dans tous les pays concernés ».

4. Jusqu'alors, seule était requise la vérification par les établissements concernés de la validité juridique de ces garanties de crédit. Désormais, l'avis de droit indépendant est obligatoire pour établir leur caractère juridiquement efficace et exécutoire, les établissements de crédit étant tenus de les produire à la demande du régulateur pour pouvoir justifier de leur inclusion parmi les actifs dits éligibles. Entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, cette nouvelle obligation, peu commentée, a fait l'objet de nombreuses discussions entre les différents acteurs du secteur, tant pour déterminer ses modalités que pour établir sa pertinence.

5. **Une obligation au champ d'application particulièrement vaste.** Le champ d'application de l'article 194, qui a vocation à s'imposer à tous les établissements de crédit, est d'autant plus large que cette disposition s'applique à toute « technique de limitation du risque de crédit ». En d'autres termes, aucune distinction n'est opérée entre les différents types de mécanismes de protection, touchant ainsi indifféremment les sûretés (personnelles et réelles) et les mécanismes qu'offrent les marchés financiers ou l'assurance à titre de protection des risques. Les critères très larges énoncés aux articles 213 et 215 du CRR couvrent une très grande variété d'instruments concernés incluant ainsi les hypothèques, les nantissements, les cautionnements, les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by, les remises en pleine propriété à titre de garantie, les cessions de créance à titre de garantie, les *credit default swaps*, les *credit spread derivatives* ou encore les fiducies-sûretés.

6. **Des modalités de mise en œuvre encore incertaines.** 18 mois après l'entrée en vigueur du règlement CRR IV, de nombreuses zones d'ombre persistent sur les conditions pratiques d'émission de ces avis de droit, au premier rang desquelles la question de l'indépendance de l'avis et celle de la possibilité de produire un avis générique.

7. L'article 194 exige, en effet, que l'avis juridique produit soit « indépendant ». On peut se demander ce qu'englobe une telle exigence, et plus précisément la possibilité de faire produire un avis juridique par un juriste interne. Cette question s'est notamment posée au régulateur bancaire de Hong-Kong, *Hong-Kong Monetary Authority* (HKMA), lors de la mise en place d'un mécanisme similaire. HKMA avait alors exigé que l'avis de droit validant l'obtention de garanties soit produit par des conseils externes. Ce problème a également fait l'objet d'une question à l'Autorité bancaire européenne (ABE)², qui n'a, quant à elle, pas émis d'objection au recours à des juristes internes sans, toutefois, se prononcer sur la définition de leur indépendance, la laissant probablement aux régulateurs concernés.

8. Seconde zone d'ombre de cette disposition : l'avis générique. Compte tenu de la lourdeur de cette nouvelle obligation, et de son coût en termes d'honoraires de conseils externes, les acteurs sur lesquels pèse l'obligation ont tout naturellement cherché à rationaliser le processus en étudiant la possibilité de faire émettre un avis générique couvrant un ensemble de techniques d'atténuation du risque similaires. Également objet d'une question à l'ABE³, l'autorité européenne a répondu en indiquant que si l'établissement a recours aux mêmes instruments dans la même catégorie d'opérations, impliquant des parties dans la même juridiction, un avis générique serait acceptable. Une telle réponse n'est pas pour rassurer les professionnels : non seulement les conditions de l'emploi d'un avis générique apparaissent comme très strictes, mais l'exemple donné, à savoir celui des contrats-cadres de compensation sur les marchés organisés, semble peu applicable aux métiers du financement, pour lesquels des modèles existent mais sont variés et souvent adaptés au cas d'espèce au terme de négociations.

L'article 194 du règlement CRR impose une contrainte nouvelle qui risque de rejaillir sur le coût pour l'utilisateur des produits bancaires concernés. Ce coût risquerait de rendre le produit moins attractif et surtout moins compétitif à l'échelle internationale.

9. **Une disposition discutable en l'état?** En réaction à cette situation, certains acteurs sont montés au créneau pour proposer des aménagements de la nouvelle obligation. La Fédération bancaire française (FBF)⁴ a ainsi proposé l'adoption d'une procédure simplifiée pour les produits standardisés (type hypothèques, privilèges immobiliers, gages, cessions Dailly, nantissements, fiducies-sûretés, CDS ou encore assurance crédit à l'export), qui pourraient bénéficier d'une opinion juridique générique, dispensant l'établissement de produire un nouvel avis pour chaque nouvelle transaction. À l'inverse, les techniques plus structurées devraient faire l'objet d'un avis *ad hoc*, rendu soit par un avocat, soit par un juriste interne agissant de façon indépendante. À ce titre, la FBF estime

2. EBA Single Rulebook Q&A, question ID n° 2013_23, disponible à l'adresse https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2013_23.

3. Ibid.

4. Fédération bancaire française, Comité technique du BIM, 18 mars 2014.

que l'opinion du juriste interne pourra être considérée comme indépendante si « le juriste qui la délivre appartient à une direction juridique centrale, indépendante de la ligne de métier ayant structuré l'opération ».

10. La réaction de la Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale s'est située sur un terrain différent. Directement concernée par la nouvelle exigence réglementaire du fait qu'une très grande partie des garanties tombant sous le coup de l'article 194 est régie par les règles de la Commission relatives aux garanties sur demande, aux lettres de crédit *stand-by* ou aux remboursements interbancaires en matière de crédits documentaires, la Commission a décidé de demander un avis de droit générique qui confirmerait la validité et le caractère exécutoire des instruments de limitation de risque de crédit émis conformément aux règles CCI. Suivant en cela le précédent de l'ISDA pour ses contrats de compensation et celui de BAFT IFSA pour ses participations en risque, la Commission bancaire offrira ainsi à ses adhérents un modèle qui pourra être utilisé par les juristes internes ou les avocats qui émettront ensuite l'avis de droit exigé par

l'article 194 sous le droit du pays concerné. Ceci devrait limiter le coût des avis de droit nationaux à obtenir⁵.

11. Aujourd'hui, en l'absence de dispositions fermes éclaircissant les zones d'ombre persistantes et simplifiant le processus, l'obligation posée par l'article 194 du CRR semble ignorée par les professionnels. Elle n'a pas encore été requise par leur régulateur français ou européen. En souhaitant offrir plus de sécurité juridique qu'à l'activité des établissements financiers européens, il semble donc bien que le législateur ne leur ait apporté qu'une nouvelle source d'incertitudes. ■

5. Une difficulté importante à laquelle le cabinet d'avocat sélectionné pour émettre cet avis générique fera face est l'absence d'un modèle standard d'instrument bancaire appliquant les règles précédentes de la Commission bancaire. Si les Règles de la CCI sur les garanties sur demande proposent des modèles, on sait qu'ils ne sont pas universellement utilisés et les règles sur les lettres de crédit *stand-by* et les encaissements ne proposent aucun modèle. Cette difficulté pourra toutefois être résolue par la limitation du champ de l'avis par une série d'hypothèses de travail quant aux termes que l'instrument couvert devra comporter et ceux qu'il devra exclure.

Conflits de juridictions – Marchés financiers – Investisseur – Règlement Bruxelles I – Matière délictuelle.

CJUE, aff. C-375/13, 28 janvier 2015, Harald Kolassa c/ Barclays Bank plc.

Le choc des opérations sur instruments financiers et des règles de compétence européennes : une collision fatale ou une rencontre prometteuse ?

Commentaire d'Aline Tenenbaum.

1. Des affaires récentes tranchées par les juridictions françaises et européennes conduisent à s'interroger sur l'adaptabilité des règles de compétence aux litiges relatifs aux opérations sur instruments financiers.

2. L'affaire *Kronhofer*¹ constituait jusque récemment la référence sur les questions de conflits de juridiction posées par ces opérations exotiques et risquées en placement en instruments financiers complexes et qui conduisaient les investisseurs malheureux à introduire des actions en justice. Ces investisseurs étaient confrontés à la question de savoir quelle était la juridiction compétente en matière délictuelle en application de l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles² applicable aux faits et qui désigne le

« tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ». L'affaire *Madoff* et ses ramifications, en particulier au travers de la commercialisation de la SICAV de droit luxembourgeois LUXALPHA, ont produit leur lot de décisions intéressant également la compétence en matière délictuelle et les modalités de l'application des règles européennes ou issues de la Convention de Lugano (qui s'inspirent très largement de ces dernières)³.

3. Plusieurs décisions concernent ainsi la mise en œuvre des règles de compétence en matière délictuelle. La récente décision en interprétation préjudicielle de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire *Kolassa*⁴ ne se limite pas à l'examen de l'application de la règle optionnelle de compétence prévue en matière délictuelle. La CJUE était également interrogée sur l'interprétation des dispositions du Règlement Bruxelles I sur la compétence en matière contractuelle et en matière de contrats conclus avec les consommateurs. Les faits à l'origine des questions préjudicielles posées étaient les suivants. La

3. Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1968, révisée en 2007. Parmi les arrêts les plus remarquables de la Cour de cassation dans cette affaire, v. Cass. com. 12 juillet 2011, n° 10-24006, nos obs. « Les retombées de l'affaire *Madoff* sur la Convention de Lugano », *Rev. crit. DIP* 2012.45; Cass. com. 7 janvier 2014, n° 11-24157, D. 2014.1967, obs. L. d'Avout, *Rev. crit. DIP* 2014.432, note S. Corneloup, nos obs. « La localisation du préjudice financier au regard des règles européennes de compétence en matière délictuelle », *Bull. Joly Bourse*, mars 2014.145; Cass. com. 3 juin 2014, n° 12-18012, nos obs., v. « La mise en œuvre dans l'affaire *Luxalpha* des règles de compétence européennes et de la Convention de Lugano en matière de responsabilité délictuelle », *Bull. Joly Bourse*, septembre 2014.400.

4. CJUE, aff. C-375/13, 28 janvier 2015, Harald Kolassa c/ Barclays Bank plc; L. d'Avout, « Commercialisation de titres financiers et compétence internationale de proximité », D. 2015.770; J. Morel-Maroger, « Vers une appréciation plus souple de la localisation du préjudice financier ? », *Gaz. Pal.* 15 au 17 mars 2015, n° 74 à 76, Droit bancaire européen et international.

1. CJCE, aff. C-168/02, 10 juin 2004, Rudolf Kronhofer c/ Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius et Zeki Karan.
2. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, modifiée à plusieurs reprises et reformulée dans le Règlement Bruxelles I n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L 102 du 16 janvier 2001, lui-même reformulé dans le Règlement Bruxelles Ibis n° 1251/2012 du 12 décembre 2012, JO L 351 du 20 décembre 2012, applicable depuis le 10 janvier 2015.

banque Barclays, établie à Londres et ayant une succursale à Francfort-sur-le-Main en Allemagne a émis des certificats souscrits par des professionnels, dont une banque établie à Munich, DAB Bank AG. Ces certificats représentent des emprunts émis par des entreprises sous forme d'obligations au porteur. Leur valeur se détermine sur la base d'un indice calculé à partir d'un portefeuille de plusieurs fonds cibles. L'émission de ces certificats réalisée en 2006 a été accompagnée d'un prospectus et de conditions générales publiés et diffusés au public, notamment en Allemagne et en Autriche. La banque Barclays a chargé une société établie en Allemagne de créer et gérer le portefeuille de référence et d'investir l'argent collecté par la souscription des certificats. M. Kolassa, domicilié en Autriche, a investi dans les certificats auprès de la filiale autrichienne de DAB Bank, au travers d'un schéma complexe comme le rappelle la CJUE. La filiale autrichienne a commandé les certificats auprès de la maison mère allemande qui, à son tour, les a acquis auprès de la banque Barclays. Elle a conservé à Munich les certificats en son nom et pour le compte de M. Kolassa : les certificats n'étaient pas transférés à ce dernier qui ne pouvait que réclamer la livraison à hauteur de la part détenue dans le fonds de couverture souscrit. Le gestionnaire de la société allemande chargée de créer et gérer le portefeuille a été condamné pour escroquerie notamment en raison d'une fraude pyramidale dont il a été reconnu responsable. La valeur des certificats est tombée à zéro. L'investisseur alors agi devant les juridictions autrichiennes de son domicile contre Barclays pour réclamer des dommages et intérêts au titre de la responsabilité contractuelle, précontractuelle et délictuelle de Barclays.

4. La décision rendue par la CJUE met à nouveau en lumière les difficultés de localisation du préjudice dans le cadre de l'application de la règle de compétence en matière délictuelle. Elle adopte une interprétation surprenante de la règle de compétence en matière délictuelle, en désignant les tribunaux du domicile de l'investisseur-demandeur (I.). Elle aborde en outre des questions plus nouvelles sur les rapports entre les règles de compétence en matière contractuelle et délictuelle, mais y apporte des solutions décevantes (II).

I. Une solution inédite pour surmonter les difficultés de localisation du fait dommageable

5. L'apport le plus évident de cette affaire réside dans la localisation du préjudice, le délit complexe en matière de conflit de juridictions pouvant justifier, depuis la solution bien établie dégagée dans l'arrêt *Mines de Potasse*, la compétence du tribunal du lieu du fait générateur ou du lieu du résultat. La solution est la suivante : au titre du lieu du résultat, les juridictions du domicile du demandeur sont compétentes « notamment lorsque le dommage allégué se réalise directement sur un compte bancaire du demandeur auprès d'une banque établie dans le ressort de ces juridictions » (pt 57).

6. On peut s'interroger d'une part de manière étroite sur la cohérence de cette solution par rapport à la jurisprudence antérieure et notamment aux affaires précitées (I.) et d'autre part, plus largement, sur la pertinence de

cette interprétation eu égard aux objectifs mêmes de la compétence optionnelle en matière délictuelle rappelés explicitement par la CJUE (2.).

1. Le rôle nouveau du domicile du défendeur comme facteur de localisation du fait dommageable?

7. Dans les décisions précitées, le domicile du demandeur était le plus souvent écarté comme élément désignant le tribunal compétent en matière délictuelle. Ce rejet est d'autant plus visible qu'il constitue pour ainsi dire le ciment commun des affaires en cause, alors même que les actions sont intentées, bien entendu, à propos de litiges variés mais surtout sur des fondements différents susceptibles d'engager la responsabilité des défendeurs concernés.

8. Ainsi, dans l'arrêt *Kronhofer*, le demandeur cherchait à obtenir réparation des pertes financières subies du fait de placements effectués sur des options d'achat spéculatives Londres, à l'aide de fonds transférés en dollars sur un compte auprès d'une banque située en Allemagne : ces placements auraient été souscrits à la suite d'incitations téléphoniques réalisées par les défendeurs, alors même qu'aucune information pertinente et précise sur les risques encourus n'aurait été donnée. Le demandeur avait saisi les juridictions autrichiennes de son domicile en tant que tribunaux du lieu où est survenu le dommage. La CJCE considère qu'aucune interprétation extensive du chef de compétence en matière délictuelle ne doit être adoptée « au point d'englober tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant causé un dommage effectivement survenu dans un autre lieu » (pt 19). Dès lors, le domicile du demandeur où est localisé le centre de son patrimoine ne peut être constitutif du lieu où le fait dommageable s'est produit « au seul motif qu'il y aurait subi un préjudice financier résultant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenue et subie dans un autre État contractant » (pt 21). L'effet de la perte subie sur l'ensemble du patrimoine mentionné par la CJCE est écarté : l'analyse des éléments constitutifs du délit ne semble pas avoir de prise sur la détermination de la compétence. Le fait générateur et le résultat sont donc, selon cette analyse, localisés en Allemagne comme l'a retenu la juridiction autrichienne. Certains commentateurs ont fait remarquer que l'atteinte au patrimoine était pourtant la conséquence directe du comportement des défendeurs, ce qui justifiait la localisation du préjudice au lieu du domicile de l'investisseur demandeur⁵.

9. Dans les affaires *Luxalpha* susvisées, les solutions dégagées cette fois-ci par les juridictions françaises, en application des règles européennes et des règles de la Convention de Lugano, semblent également rejeter la compétence du tribunal du domicile du demandeur au titre de l'option en matière délictuelle. Plusieurs décisions ont été rendues, aboutissant à des solutions complexes et imprévisibles d'autant plus que les fondements des actions étaient diversifiés.

5. V. en ce sens, par ex., H. Muir Watt, « De la localisation du préjudice patrimonial subi à l'occasion de placements financiers à l'étranger », *Rev. crit. DIP* 2005, 326.

10. Dans une première décision du 12 juillet 2011, la Cour de cassation a considéré que les juridictions françaises du lieu d'établissement du souscripteur n'étaient pas compétentes car la souscription était intervenue au Luxembourg : l'action était ici fondée sur le manquement aux obligations d'informations envers les souscripteurs et le domicile de ces derniers, même corroboré par la localisation de leurs comptes, paraît indifférent. Une deuxième action a été intentée par un investisseur particulier domicilié en France : il avait souscrit des titres Luxalpha par l'intermédiaire de son agence bancaire établie à Paris. Il agit contre la banque française et la société de droit luxembourgeois UBS, qui cumulait directement et indirectement au travers de filiales les qualités de promoteur, administrateur, gestionnaire et dépositaire : il souhaite obtenir réparation de la perte subie par ses avoirs enregistrée sur son compte en France et saisit, sur ce fondement, les tribunaux français. Pour justifier la compétence des juridictions françaises, le demandeur lésé s'appuie sur la signature en France des bulletins de souscription et sur la diffusion en France d'informations trompeuses. La Cour de cassation ne considère aucun de ces éléments comme pertinents : le fait dommageable s'entend pour elle de la perte des actifs par la société Luxalpha et cette perte ne peut être localisée qu'au Luxembourg. Une dernière action a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation qui, à nouveau, se montre indifférente à la localisation du domicile du demandeur. Dans le cadre de la même affaire Luxalpha, des souscripteurs ruinés domiciliés en France ont soutenu que la perte de chance de mieux investir ou de désinvestir, due au comportement fautif des sociétés défenderesses en raison des informations trompeuses diffusées, justifiait la compétence des juridictions françaises. Le fondement choisi n'est pas anodin : jusque-là, le manquement aux obligations d'information, la souscription ou encore la perte de valeur des actifs n'ont pas permis de désigner les juridictions françaises. Ce nouveau fondement a paru dans un premier temps prometteur de ce point de vue : la juridiction consulaire en première instance accueille ce raisonnement, confirmé en appel. Mais la Cour de cassation estime, dans un arrêt du 3 juin 2014, que la localisation en France d'un événement causal n'a pas été suffisamment caractérisée.

11. Dans la présente affaire, la CJUE affirme clairement, au rebours de ces différentes affaires, qu'il est loisible de retenir comme lieu où le fait dommageable s'est produit le domicile du demandeur « dans la mesure où le domicile du demandeur constitue effectivement le lieu de l'événement causal ou celui de la matérialisation du dommage » (pt 49). La CJUE prend d'ailleurs soin de concilier cette solution avec celle de l'arrêt *Kronhofer*. Elle rappelle que dans cette dernière affaire, le fait générateur et le résultat étaient localisés dans un autre État membre que celui du domicile. La CJUE ajoute que les tribunaux du domicile de l'investisseur en tant que juridictions du lieu de résultat du dommage sont compétents « notamment lorsque ledit dommage se réalise directement sur un compte bancaire de ce demandeur auprès d'une banque établie dans le ressort de ces juridictions » (pt 51).

12. Deux interprétations de cette référence surprenante au domicile du demandeur peuvent être proposées. On

peut tout d'abord considérer que la CJUE consacre le for du domicile du demandeur en tant que tel, comme lieu du résultat du dommage. Mais on est à notre sens conduit à proposer une interprétation en retrait, en raison même de la formulation retenue. En effet, le *forum actoris* n'est pas visé, à ce seul titre, comme lieu de réalisation du dommage : il doit être renforcé par l'enregistrement de la perte sur un compte du demandeur tenu par une banque établie dans l'État membre du domicile du demandeur. C'est donc, semble-t-il, ce groupement de points de contacts entre la localisation du domicile du demandeur et l'établissement de la banque qui tient le compte qui permet de désigner le tribunal compétent en tant que tribunal du résultat. La CJUE prend soin de noter d'ailleurs que les pertes enregistrées par les certificats résultent non pas des évolutions aléatoires des marchés financiers mais bien de la gestion des fonds dans lesquels l'argent de l'investisseur a été investi : le rôle de la localisation de l'établissement teneur du compte de l'investisseur lésé paraît essentiel. Il est intéressant de relever que l'Avocat général proposait un autre groupement de points de contact : il proposait de retenir la compétence des tribunaux du domicile de l'investisseur « si la publication du prospectus dans l'État membre du domicile du détenteur est à l'origine du préjudice financier » (pt 67 des conclusions).

13. Si la seconde interprétation évoquée devait prévaloir, d'autres questions surgissent. Tout d'abord, la CJUE n'exclut pas que le domicile puisse être groupé avec d'autres points de contact que la localisation dans l'État membre du demandeur du compte qui enregistre directement les pertes : au point 57, elle énonce *in fine* que les juridictions du domicile du demandeur sont « notamment » (c'est nous qui soulignons) compétentes dans ce cas. Il existerait donc d'autres situations dans lesquelles la localisation du domicile serait compétente. On peut se demander quelles hypothèses seraient ainsi visées. Peut-on imaginer que le compte soit localisé dans un autre État membre mais que le centre du patrimoine soit situé dans l'État du domicile... et qu'on réintroduise ainsi la solution pourtant rejetée par l'arrêt *Kronhofer*? Que décider ensuite si le demandeur est titulaire de plusieurs comptes tenus par des établissements dans des États membres différents? La seule indication fournie par la CJUE est que le dommage allégué se réalise « directement » sur un compte du demandeur. Certains commentateurs font déjà remarquer que la référence à la localisation du compte bancaire sera un outil de *forum shopping* entre les mains du demandeur⁶. Ce critère est-il alors compatible avec les objectifs mêmes de l'option de compétence prévue à l'article 5.3 du Règlement Bruxelles I?

2. La compatibilité de la référence au domicile du demandeur avec les objectifs de l'option de compétence en matière délictuelle

14. La CJUE se montre orthodoxe par rapport à la rhétorique européenne : dans les points 46 et 47, elle rappelle

6. V. N. Nisi, obs. sous « Which court is competent for prospectus liability case? », de M. Lehmann : <http://conflictoflaws.net/2015/which-court-is-competent-for-prospectus-liability-cases-the-cjue-rules-in-kolassa-case-c-37513/>.

très classiquement que la règle de compétence optionnelle en matière délictuelle est « fondée sur l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et les juridictions du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire, qui justifie une attribution de compétence à ces dernières pour des raisons de bonne administration de la justice et d'organisation utile du procès ». À ce titre, le facteur de rattachement retenu doit désigner « la juridiction objectivement la mieux placée pour apprécier si les éléments constitutifs de la responsabilité de la personne attraitée sont réunis ». La CJUE rappelle également au point 56 que l'objectif du Règlement Bruxelles I est de renforcer la protection juridique des personnes établies dans l'Union européenne.

15. Le lien étroit entre le litige et la juridiction saisie sur le fondement d'une compétence optionnelle est une condition de mise en œuvre affirmée lors de la rédaction de la Convention de Bruxelles. Cette exigence repose comme le souligne la CJUE sur des considérations liées essentiellement à l'administration de la preuve. La CJUE ne manque d'ailleurs pas de réaffirmer que l'article 5.3 « ne tend précisément pas à offrir à la partie la plus faible une protection renforcée » en désignant la juridiction du domicile de cette dernière⁷. Mais on peut se demander si l'objectif de la protection du demandeur ne prend pas le pas sur ces justifications procédurales.

16. Cet objectif de protection est déjà présent dans d'autres décisions de la CJUE mais était jusqu'à présent mis en avant dans l'interprétation de l'article 5.3 du Règlement Bruxelles I en matière d'atteinte à la vie privée et à l'honneur. Ainsi, dans l'arrêt *eDate Advertising et Martinez*⁸, la CJUE a considéré que la bonne administration de la justice exigeait d'interpréter l'article 5.3 comme désignant notamment la juridiction du lieu où est localisé le centre des intérêts de la victime qui correspond « en général » au lieu de sa résidence habituelle. Le débat a été vif sur la portée de cette solution : certains considèrent cette solution justifiée en raison de la particularité des atteintes à la personnalité, tandis que d'autres y voient l'émergence menaçante d'un *forum actoris* en contradiction directe avec le principe de compétence du domicile du défendeur. La spécificité des atteintes à la vie privée, souvent invoquée par les premiers, résiderait dans leur absence de réalité matérielle : la localisation exigée par les règles de compétence ne peut être alors qu'artificielle, « dans la personne de la victime »⁹.

17. Il est malaisé de déceler de façon certaine dans le raisonnement de la CJUE dans la présente affaire une telle justification de la compétence du domicile de l'investisseur-demandeur. La CJUE ne s'aventure en effet pas sur

le terrain mouvant de la localisation de la perte économique dans des termes trop généraux. Bien entendu, le mécanisme même de la question en interprétation préjudicielle ne l'y invite pas. Mais on peut en outre penser que la question demeure délicate. Toute comme l'atteinte à la vie privée ou à l'honneur, la perte économique subie par l'investisseur malheureux ne se prête pas à une localisation physique¹⁰. Pour autant, cette difficulté ne conduit pas dans la présente espèce la CJUE à retenir comme chef de compétence uniquement le lieu du domicile du demandeur. La CJUE prend soin de préciser que la compétence retenue en faveur du domicile du demandeur, dès lors que se localise également à ce même endroit le compte bancaire utilisé pour acquérir les titres concernés, est prévisible. Cette prévisibilité est établie selon la CJUE pour les deux parties : le demandeur sait facilement déterminer la juridiction compétente et le défendeur s'attend à cette compétence potentielle dans la mesure où le prospectus a été diffusé dans l'État du domicile du demandeur.

18. Les décisions ultérieures de la CJUE viendront sans doute éclairer et compléter la présente décision. Elles permettront de déterminer quelle voie la CJUE a emprunté : sa décision est-elle limitée aux faits particuliers ayant donné lieu au litige en raison du schéma de détention très spécifique des titres et tient-elle seulement à la circonstance que le dommage s'est matérialisé sur un compte tenu dans l'État du domicile du demandeur ? Milite-t-elle en faveur de « la reconnaissance d'un principe de protection juridictionnelle du demandeur concurrent du principe de compétence du pays du domicile du défendeur », pour reprendre les termes de M. d'Avout ?

19. La décision commentée révèle également les difficultés d'articulation entre la compétence en matière délictuelle et la compétence en matière contractuelle.

II. Une solution décevante pour dénouer les intrications de la compétence délictuelle et contractuelle

20. Les questions préjudicielles posées soulevaient la question de l'articulation des chefs de compétence en matière contractuelle et délictuelle. Les deux premières questions concernaient en particulier la mise en œuvre de la compétence en matière contractuelle au titre de l'article 5.1 du Règlement Bruxelles I et au titre de la règle spéciale protectrice des consommateurs édictée par l'article 15 du même texte. La CJUE écarte les règles de compétence contractuelle en raison de la nature des relations entre l'investisseur et l'émetteur (1.) et laisse de ce fait des questions en suspens (2.).

1. L'analyse de la nature des relations entre l'investisseur et l'émetteur

21. Au cœur de ces deux questions, la CJUE était interrogée sur la nature des relations entre l'investisseur et

7. V. notamment, et de façon particulièrement claire, à propos d'un litige relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux, CJUE, aff. C-45/13, 16 janvier 2014, *Andreas Kainz c/ Pantherwerke AG*.

8. CJUE, aff. jointes C-509/09 et C-161/10, 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH c/ X et Oliver et Robert Martinez c/ MGN Limited* ; parmi les nombreux commentaires, v. S. Bollée et B. Hafel, « Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyber délits après l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* », D. 2012.1285.

9. S. Bollée et B. Hafel, note précitée, spéc. n° 10.

10. Pour reprendre les termes très imagés de M. Lehmann, « Finding the geographical location of economic loss seems as impossible as nailing jelly to the wall », in « Where does economic loss occur ? », *Journal of private international law* 2011, vol. 7, n° 3, p. 527.

l'émetteur des titres litigieux. Elle a été tout naturellement, au vu de sa jurisprudence, conduite à distinguer la matière délictuelle et contractuelle et à donner des indications sur la définition de cette dernière, que ce soit dans le cadre du chef de compétence générale de l'article 5.1 ou de celui plus spécifique aux consommateurs, et plus étroit, de l'article 15 du Règlement Bruxelles I. On peut tout de suite noter que la CJUE, tout en considérant que les règles de compétence en matière contractuelle ne s'appliquent pas, n'exclut pas par principe que l'investisseur puisse se placer sur les deux terrains.

22. La matière délictuelle est une notion autonome selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice (v. pt 37). Détachée des définitions nationales, elle doit être envisagée de manière fonctionnelle, pour servir le système et les objectifs des règles de compétence européennes. La matière délictuelle présente de ce fait deux facettes : l'une négative qui constitue l'ombre de l'action contractuelle et l'autre positive qui tente de cerner son contenu. En creux, l'action délictuelle est celle qui ne peut être qualifiée de contractuelle, sans que la CJUE n'affirme clairement que ces qualifications sont exclusives l'une de l'autre ; en plein, l'action relève de la matière délictuelle lorsqu'elle vise à engager la responsabilité du défendeur.

23. Répondant à ces deux exigences, la CJUE énonce que les actions en responsabilité engagées contre l'émetteur du fait du prospectus ainsi que pour la violation d'autres obligations légales relèvent de la matière contractuelle pour autant qu'elles ne sont pas couvertes par la matière délictuelle (pt 44)¹¹. Sur ce dernier point, la CJUE souligne qu'« il n'existe pas d'obligation juridique librement consentie par Barclays à l'égard de M. Kolassa » (pt 40), reprenant ici une définition désormais consacrée pour définir la matière contractuelle par la CJUE. La CJUE par ailleurs considère que les actions en responsabilité fondées sur le prospectus relèvent de la matière délictuelle aussi bien pour ce qui concerne celles visant à engager la responsabilité de l'émetteur que celles découlant de la violation d'obligations légales. Faut-il comprendre alors, comme la CJUE avait déjà eu l'occasion de l'affirmer, que le fondement même de l'engagement de la responsabilité est indifférent ? Viser de manière distincte la violation d'obligations légales pourrait aller dans le sens de l'affirmative.

24. Concernant la compétence en matière de contrat de consommation, la CJUE se contente de constater que l'une des conditions de la mise en œuvre de la règle protectrice fait défaut : M. Kolassa, bien que consommateur agissant hors du cadre de son activité, n'a pas conclu de contrat avec l'émetteur professionnel. Comme le note un commentateur, l'acception du lien contractuel dans le cadre des règles de compétence en faveur des consommateurs est plus étroite que dans celui de

l'article 5.1 qui vise l'obligation contractuelle¹². On peut regretter que des notions similaires utilisées par le Règlement Bruxelles I ne reçoivent quand même pas la même interprétation¹³.

25. La CJUE ne livre pas au final de solutions très fermes sur les rapports entre compétence délictuelle et compétence contractuelle, que ce soit, pour cette dernière, sur le fondement de l'article 5.1 ou 15.

2. Les questions en suspens

26. Il faut d'emblée noter que le schéma de souscription et de détention des titres était particulier dans cette affaire et peut, dans une certaine mesure, justifier la position de la CJUE d'écarter tous les chefs de compétence contractuels. En effet, l'investisseur a souscrit les titres au travers de la filiale autrichienne de la banque allemande DAB Bank AG et n'a jamais détenu directement les titres. Ces deux éléments ne sont pourtant pas clairement distingués par la CJUE qui constate seulement l'absence d'« obligation juridique librement consentie par la banque Barclays à l'égard de M. Kolassa »¹⁴.

27. Deux observations peuvent alors être formulées. D'une part, la CJUE ne donne aucune indication sur l'articulation des chefs de compétence dans l'hypothèse où l'investisseur aurait bien un lien direct avec l'émetteur et pourrait, à ce titre, se prévaloir des dispositions protectrices de l'article 15 du Règlement Bruxelles I. D'autre part, dans la mesure où cette hypothèse est rare, on pourrait conclure de cet arrêt que tout schéma de détention indirecte des titres entraîne nécessairement, et uniquement, une action en matière délictuelle. Et à cet égard, la compétence qualifiée en faveur du tribunal du domicile de l'investisseur trouverait toute sa justification protectrice¹⁵.

28. On peut se demander si la CJUE n'a pas manqué une nouvelle occasion d'éclaircir ces points. La CJCE avait déjà eu l'occasion d'être interrogée sur l'articulation des chefs de compétence contractuelle et délictuelle à propos d'un litige portant sur des opérations boursières dans l'arrêt *Shearson Lehmann Hutton*¹⁶. Les faits à l'origine du litige ayant donné lieu à la question préjudicielle étaient les suivants : un investisseur domicilié en Allemagne avait conclu un contrat de commission avec une société établie aux États-Unis pour réaliser des opérations à terme sur devises, titres et marchandises. La société de droit américain avait fait paraître des annonces publicitaires en Allemagne par voie de presse et les ordres passés par l'investisseur avaient transité par une société établie en

11. On retrouve là l'alternative posée par l'arrêt *Kalfelis*, CJCE, aff. 189/87, 27 septembre 1988.

12. L. d'Avout, note précitée.

13. En ce sens, v. H. Gaudemet-Tallon, « Le professionnel, cessionnaire des droits d'un particulier n'est pas un consommateur au sens de l'article 13 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », note sous CJCE, aff. C-89/71, 19 janvier 1993, *Shearson Lehmann Hutton Inc. c/ TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, Rev. crit. DIP 1993.320.

14. V. en ce sens, M. Gargantini, « Investor protection and issuer confidence after Kolassa », *Conflictolaws.net*, 10 février 2015.

15. En ce sens, v. Louis d'Avout, note précitée.

16. Aff. précitée.

Allemagne détenue indirectement à 100 % par la société américaine. Les opérations sont finalement désastreuses et l'investisseur subit de lourdes pertes. Il cède son droit à une société établie en Allemagne qui intente alors une action devant les tribunaux allemands à l'encontre de la société américaine ; la société cessionnaire réclame le remboursement des sommes perdues et des dommages et intérêts en invoquant divers fondements, relevant aussi bien de la violation d'obligations contractuelles et précontractuelles que délictuelles en raison de l'insuffisance d'informations sur les risques des opérations effectuées. La CJCE s'est concentrée sur la qualité de la société cessionnaire : elle considère qu'il faut trancher à titre préalable la question du statut de cette dernière au regard des règles relatives au contrat de consommation. Se prévalant d'une interprétation stricte des règles protectrices, la CJCE considère que la société cessionnaire n'a pas la qualité de consommateur quand bien même elle tient ses droits d'un consommateur. Compte tenu de cette analyse, la CJCE n'a pas statué sur les questions posées par la juridiction allemande. Les conclusions de l'Avocat général étaient éclairantes : il a estimé que des demandes fondées sur des obligations contractuelles et non contractuelles doivent être rassemblées devant le for contractuel car « ce qui "fédère", "unit" les différentes demandes formées devant le juge a quo est le contrat conclu par les parties » (pt 106 des conclusions). Cette concentration paraissait

même devoir davantage s'imposer selon l'Avocat général, en matière de contrat conclu avec les consommateurs pour éviter la multiplication des chefs de compétence.

29. Concrètement, la CJCE permet en tout état de cause dans la présente affaire à l'investisseur malheureux de saisir les tribunaux de son domicile. Doit-on avec certains commentateurs s'en réjouir en ce sens que cette compétence est d'une part prévisible pour l'émetteur et d'autre part protectrice ? Doit-on aussi s'en inquiéter en considérant qu'une telle solution pourrait conduire à un éclatement du contentieux du point de vue de l'émetteur ?

30. On voit que le présent arrêt tout en adoptant une solution apparemment simple, en faveur de la compétence qualifiée du tribunal du domicile de l'investisseur, ouvre des questions qui nécessiteront sans aucun doute des éclaircissements ultérieurs. L'élaboration de règles spécifiques de compétence pour les actions relatives aux opérations boursières ne paraît pas à l'ordre du jour¹⁷. L'attente commence donc aussi bien pour les spécialistes de contentieux boursier que pour ceux des règles européennes de compétence. ■

17. Sur le terrain voisin des règles de conflits de lois, v. M. Lehmann, « Proposition d'une règle spéciale dans le Règlement Rome II pour les délits financiers », *Rev. crit. DIP* 2012.485.

Banque Centrale Européenne (BCE) – Recours en annulation – Cadre de surveillance de l'Eurosystème – Acte attaquant – Recevabilité – Qualité pour agir du Royaume-Uni – Annulation de l'acte.

TUE, 4 mars 2015, affaire T-496/11, Royaume-Uni soutenu par Royaume de Suède c/ BCE soutenue par Royaume d'Espagne et République française.

Le cadre de surveillance de l'Eurosystème, publié par la BCE le 5 juillet 2011 sur son site Internet, est annulé dans la mesure où il fixe une exigence de localisation au sein d'un État membre de l'Eurosystème aux contreparties centrales intervenant dans la compensation des opérations portant sur des instruments financiers libellés en euros au-delà de certains seuils.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger.

1. Cette décision du Tribunal de l'Union européenne opposant principalement le Royaume-Uni à la BCE est importante à double titre. Il s'agit de la première fois que le Tribunal est amené à se prononcer sur la recevabilité d'un recours en annulation intenté par un État membre à l'égard d'un acte de la BCE, en l'occurrence la publication sur le site internet de cette institution du cadre de surveillance de l'Eurosystème. En outre, ce litige opposant des États extérieurs à la zone euro à la Banque Centrale Européenne (BCE) à laquelle se sont joints la France et l'Espagne, membres de la zone euro, préfigure peut-

être un contentieux qui pourrait connaître des développements importants. En effet, les crises financières qui se sont succédé depuis 2008 ont conduit à des évolutions fondamentales de la régulation bancaire et financière européenne et à des transferts de compétence toujours plus importants aux institutions européennes¹, dont les actes pourraient susciter ce type de recours. La décision du Tribunal montre que ces institutions dotées de nouveaux pouvoirs se doivent d'être particulièrement vigilantes et de respecter scrupuleusement les compétences qui leur sont attribuées pour éviter que leurs actes ne puissent par la suite être remis en cause.

2. En l'espèce, l'acte contesté par le Royaume-Uni concernait la publication le 5 juillet 2011 sur le site internet de la BCE du « cadre de surveillance de l'Eurosystème » ayant pour objet de décrire le rôle du système européen de banques centrales (SEBC) dans la surveillance des « systèmes de paiement, de compensation et de règlement » en euros. La BCE estimait ainsi qu'en application de ses missions générales d'assurer la stabilité du système financier, il lui appar-

1. Pour une appréhension générale des réformes opérées, voir T. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Bruylant, 2014; T. Kirat et J. Morel-Maroger (dir.), *Droit et crise financière, Régulation et règlement des conflits en matière bancaire et financière*, Bruylant, 2015, à paraître. Le Royaume-Uni sera sans nul doute amené à contester un pouvoir qu'il a tendance à considérer comme hégémonique des institutions européennes, voir déjà à propos des prérogatives de l'ESMA, M. Roussille, *L'ESMA dérangerait-elle la perfide Albion*, BJB, avril 2014.

tenait également d'opérer une étroite surveillance des infrastructures participant au règlement des opérations en euros et particulièrement des contreparties centrales. Plus précisément, le Royaume-Uni contestait l'exigence formulée par la BCE d'une localisation au sein de la zone euro des contreparties centrales qui dépassent certains seuils. Saisie d'un recours en annulation de la part du Royaume-Uni, le Tribunal devait déterminer si cette publication était constitutive d'un acte produisant des effets de droit susceptible à ce titre de fonder un recours en annulation. Il lui incombait ensuite de déterminer si le Royaume-Uni, qui ne participe pas à certains aspects de l'Union économique et monétaire avait qualité pour engager un tel recours. Enfin, une fois la recevabilité du recours admise, il lui appartenait de décider si la BCE avait effectivement outrepassé ses compétences.

3. Les juges européens avaient d'abord à se prononcer sur la question très classique et récurrente² de la recevabilité d'un recours en annulation à l'égard d'un acte adopté par une institution qui ne figure pas dans la nomenclature des actes normatifs de celle-ci mais c'est la première fois que la question se posait à propos d'un acte de la BCE. Pour contester le caractère contraignant de cet acte, la BCE estimait qu'il ne produisait pas d'effet de droit et ne faisait que réaffirmer une politique préexistante n'ayant pas fait l'objet de contestation. Conformément à l'article 263 du TFUE et à son interprétation par la Cour de Justice, le Tribunal se livre à une analyse approfondie du contenu de l'acte sans s'arrêter à la dénomination qui en est faite par l'auteur de l'acte. Il examine successivement le libellé, le contexte dans lequel s'inscrit l'acte, sa substance ainsi que l'intention de son auteur. Pour le Tribunal, le caractère précis des termes employés, le fait qu'il soit diffusé publiquement par l'intermédiaire de son site internet ou encore la perception qu'en ont les destinataires permet d'en déduire le caractère impératif. C'est ici non pas le fait que le cadre de surveillance impose directement des exigences aux contreparties centrales situées hors de la zone euro qui fonde son caractère normatif mais le fait que la BCE pourrait en réalité inciter les autorités de régulation des États membres de la zone euro à entraver l'activité des contreparties centrales situées hors de cette zone sous couvert de la préservation du fonctionnement d'une plate-forme de négociation ou d'un marché réglementé. En définitive, le tribunal estime que l'acte de la BCE est bien susceptible de fonder un recours en annulation au motif qu'il pourrait induire en erreur les autorités de régulation nationales des pays membres de la zone euro sur l'étendue des compétences dévolues à l'Eurosystème.

4. Néanmoins, et au-delà des effets de droit éventuellement produits par cet acte, la BCE estimait qu'elle s'était simplement contentée dans cette publication de confirmer une position constamment réaffirmée depuis 2001. La BCE avait déjà émis le souhait que les infrastructures

de marché telles que les contreparties centrales compensant les transactions sur titres et sur produits dérivés en euros soient localisées au sein de la zone euro à raison des risques systémiques qu'elles présentent. Or un recours en annulation ne peut viser une décision purement confirmative d'une décision antérieure non attaquée dans les délais³ car un requérant ne doit pas pouvoir contester une décision devenue définitive. L'argument est toutefois rejeté par le Tribunal qui relève que le texte attaqué se différencie nettement des précédents en ce qu'il fixe pour la première fois des seuils précis à partir desquels cette exigence de localisation dans la zone euro trouve à s'appliquer. Dans ces conditions, le cadre de surveillance doit bien être considéré comme un acte contraignant.

5. Pour contester le recours, la BCE déniait encore toute qualité pour agir au Royaume-Uni au motif que ce dernier n'était pas soumis à l'ensemble des droits et obligations élaborés en matière économique et monétaire. Cet argument n'avait pourtant aucune chance de prospérer car il est acquis que les États membres sont des requérants « privilégiés »⁴ ayant qualité pour intenter un recours en annulation contre tout acte issu d'une institution européenne produisant des effets de droit en application de l'article 263 du TFUE. Le Tribunal reconnaît ainsi le droit pour le Royaume-Uni d'introduire un recours aux fins de vérifier que la BCE n'a pas outrepassé ses compétences.

6. Une fois la recevabilité du recours en annulation acquise, le Tribunal devait encore répondre à la question de savoir si la BCE avait outrepassé ses compétences en exigeant la localisation des contreparties centrales au sein de zone euro au-delà de certains seuils. On comprend bien entendu l'intérêt de cette localisation pour la BCE qui lui permet d'opérer un contrôle plus étroit des institutions localisées au sein de la zone euro. Mais le tribunal opère une distinction entre l'exigence de surveillance des infrastructures qui relève bien des missions de la BCE et le fait de réglementer l'activité des infrastructures en leur imposant de se localiser dans la zone euro qui va, elle, au-delà des prérogatives qui lui ont été accordées. En effet, si la BCE dispose de telles compétences à l'égard des opérations de paiement, fondées sur l'article 127§2 du TFUE, ce n'est pas le cas en matière d'opérations de compensation. Comme il a été observé, la BCE a sans doute eu « une conception non restrictive de ses compétences » en la matière et cette décision constitue sans doute un sérieux avertissement à toute volonté hégémonique de la part de cette institution encore plus puissante aujourd'hui qu'elle ne l'était au moment de la publication du cadre de surveillance.

7. En effet, force est de constater que depuis le 5 juillet 2011, la régulation et surveillance des établissements bancaires et financiers au sein de l'Union européenne a été très largement bouleversée et que de très nombreux pouvoirs ont été accordés aux institutions européennes

2. C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexisnexis, 5^e édition, 2013, n° 870 et s.; CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ AETR*, aff. 22/70, Rec. 1971, p. 263, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 2^e éd., PUF, 2014, n° 6.

3. Voir notamment CJCE *Zunis Holding c/ Commission*, aff. C-480/93, Rec. p. 1.

4. C. Blumann et L. Dubouis, *ouvrage précité*, n° 881.

de surveillance (ABE, ESMA...) et surtout à la BCE dans le cadre de l'Union bancaire⁵. Le Royaume-Uni pourrait

ainsi se muer en véritable vigie du strict respect par les institutions bancaires et financières européennes des compétences qui leur ont été accordées par la refonte de la régulation bancaire et financière. ■

5. Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013 confiant à la Banque Centrale Européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit; Règlement (UE) du 22 octobre 2013 n° 1022/2013 modifiant le règlement relatif à l'Autorité bancaire européenne. V. not. Th. Bonneau, « Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire », JCP E 2012, 1645; A. Gourio et L. Thébaud, « Union bancaire européenne, Propositions pour un cadre financier intégré », RDBF, septembre-octobre 2012, com. n° 164; « Union bancaire: volet supervision », RDBF, mars-avril 2014, com. n° 67; J.-Ph. Kovar et J. Lasserre Capdeville, « Union bancaire. Vers un bouleversement de la supervision bancaire », *Revue Banque*

n° 752, octobre 2012, p. 50; J. Stoufflet et S. Durox, *Vers une union bancaire européenne, Mélanges AEDBF-France*, VI, RB Edition, 2013, p. 667; Ph. Allard et G. Helleringer, « Le rôle de la Banque Centrale Européenne dans la prévention des défaillances des établissements de crédit », RISF 2014/1, p. 61; A.-C. Rouaud, « Union bancaire. Première étape dans la mise en place de l'union bancaire européenne: adoption du mécanisme de surveillance unique », RISF 2014/1, p. 118.

■ ALLEMAGNE

Dette argentine – Rééchelonnement de dette souveraine – État de nécessité – Insolvabilité d'États.

Bundesgerichtshof (BGH), Chambre commerciale et bancaire, arrêts du 24 février 2015, XI ZR 47/14 et XI ZR 193/14

Commentaire de Georges Affaki.

1. Le rééchelonnement de la dette souveraine argentine et la résistance de certains créanciers aux termes du rééchelonnement (*hold-outs*) alimentent les chroniques judiciaires et arbitrales depuis plus d'une décennie¹. Après les tribunaux fédéraux américains² et ceux arbitraux du CIRDI³, c'est à la Cour suprême fédérale allemande, le BGH, de connaître des réclamations de porteurs d'obligations de dette souveraine argentine.

2. On se rappelle l'histoire de la crise de la dette argentine. Confrontée à une crise financière sans précédent, l'Argentine a promulgué le 6 janvier 2002 une loi déclarant l'état de nécessité en matière de politique sociale, économique, administrative, financière et monétaire. Se fondant sur les pouvoirs octroyés par cette loi, l'exécutif argentin déclara un moratorium suspendant le service de sa dette souveraine en vue de son rééchelonnement⁴.

3. Contrairement aux fonds spéculatifs qui ont racheté des titres sur le marché secondaire de la dette argentine pour une fraction de sa valeur nominale pour tenter des actions judiciaires en recouvrement du nominal et des intérêts⁵, les demandeurs allemands qui ont initié la

procédure ci commentée sont des particuliers. Le montant de leurs demandes est d'ailleurs très modeste, sans comparaison aucune avec ceux réclamés par les fonds vautours à l'Argentine. Les demandeurs allemands ont initié une procédure de recouvrement contre le débiteur défaillant, l'État argentin, devant le tribunal compétent, celui de Francfort, pour le principal et intérêts pour le premier demandeur et pour les intérêts et la perte de profit pour l'autre.

4. Le tribunal d'instance de Francfort (*Amtsgericht Frankfurt am Main*) accorda les montants réclamés. L'appel par l'Argentine fut également rejeté par la Cour d'appel de Francfort (*Landgericht Frankfurt am Main*). Devant le BGH, l'Argentine invoqua un principe de droit international public qui permettrait à un État confronté à une crise financière de ne pas payer ses dettes initiales à ceux de ses créanciers qui refuseraient de convenir d'un rééchelonnement accepté par une majorité des créanciers. L'Argentine affirma l'existence d'un tel principe nonobstant l'absence d'une clause de majorité (*collective action clause*) dans l'émission obligatoire qui imposerait aux minoritaires l'avis des majoritaires quant au rééchelonnement.

5. Dans deux arrêts remarquables rendus le même jour⁶, le BGH rejeta le pourvoi de l'Argentine. Abordant d'abord la question en droit international public, la Cour jugea qu'il n'existait pas de principe général ayant acquis une valeur coutumière (*jus cogens*) qui permettrait à un État de refuser l'exécution de ses engagements de droit privé envers ses créanciers. Et de rajouter qu'un État ne pouvait invoquer l'état de nécessité qu'il a déclarée à cause de son incapacité de payer sa dette ni l'accord de rééchelonnement de sa dette conclu avec la majorité des créanciers privés.

6. La Cour cita ensuite un arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) qui avait jugé, à la majorité, à propos d'autres obligations souveraines argentines qu'il n'existait pas de règle internationale coutumière permettant à un État de s'affranchir de ses obligations de droit privé par l'effet de l'État de néces-

1. G. Affaki, « Revisiting the *Pari Passu* clause », in *Sovereign Debt Management*, R. Lastra and L. Buchheit (Eds.), OUP, 2014, pp. 39-49, et les références bibliographiques citées.

2. Récemment l'arrêt de la Cour suprême *Republic of Argentina c/ NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2250 (2014), rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel fédérale de New York, *NML Capital, Ltd. c/ Republic of Argentina*, 727 F.3d 230 (2d Cir. 2013).

3. *Abaclat (and others) c/ The Argentine Republic (ICSID Case No ARB/07/15)*, *Ambiente Ufficio S.p.A. and others c/ Argentine Republic (ICSID Case No ARB/08/19)*.

4. Décret n° 256/2002 du 6 février 2002 sur la restructuration des obligations et le paiement de la dette du gouvernement argentin.

5. G. Affaki, « Du bon sens et du sens des mots : de la bonne interprétation de la clause

pari passu », in *Libre Droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Letourneau*, Dalloz, 2007.

6. BGH, chambre commerciale et bancaire, arrêts du 24 février 2015, XI ZR 47/14 et XI ZR 193/14.

sité qu'il a déclaré⁷. La Cour suprême indiqua dans son arrêt que cette constatation n'avait pas changé avec la crise financière de 2008 et les mesures européennes d'aide financière à la Grèce et à Chypre. Décider autrement, indiqua la Cour, reviendrait à donner des effets à l'état de nécessité en matière d'insolvabilité d'États souverains. Or, il n'existe aujourd'hui aucun régime d'insolvabilité des États.

7. Après avoir examiné le pourvoi du point de vue du droit international public et du droit constitutionnel, la Cour suprême l'aborda du point de vue du droit civil. Elle décida que les réclamations judiciaires des créanciers obligataires ne constituaient pas d'abus de droit à l'encontre des autres créanciers qui avaient participé au rééchelonnement de la dette. La raison, jugea la Cour, est que la législation argentine ne constituait pas un rééchelonnement organisé, mais une mesure unilatérale. Et de rajouter que l'absence de clauses de majorité dans les obligations en litige, contrairement à la situation dans d'autres emprunts obligataires souverains, était précisément une raison pour que les porteurs d'obligations croient que l'État honorera ses obligations malgré ses difficultés financières.

7. *Bundesverfassungsgericht* 8 mai 2007, BVerfGE 118, 124 (NJW 2007, 2610; WM 2007, 1315). Il faut noter l'avis dissident du juge Lübke-Wolff qui avait reconnu que l'état de nécessité est un principe général du droit qui trouve également à s'appliquer dans les relations entre les États souverains et les personnes privées et que la vraie question est de décider si l'Argentine avait suffisamment de fondement pour invoquer l'état de nécessité.

8. Il restait le droit international privé. La Cour suprême rejeta également l'argument de l'Argentine que le moratoire promulgué en 2002 devait être reconnu à titre de loi de police étrangère. Le Règlement de Rome I n'était pas applicable aux obligations émises antérieurement, la jurisprudence de la Cour suprême n'impose le respect de lois de police étrangères promulguées à des fins politiques et économiques que si l'État promulguant est en position d'imposer ces lois, par exemple parce que les biens visés sont situés sur son territoire. Si cet attendu paraît moins finement ciselé que les autres, il n'en demeure pas moins que l'effet à donner à des lois de police étrangère est une faculté laissée au juge que ce soit sous l'empire de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 7.1, ou du règlement Rome I du 17 décembre 2009 qui l'a remplacée.

9. Le principe affirmé dans ces arrêts est clair : le droit allemand ne permet pas à un État de renier ses engagements de paiement en invoquant les mesures d'urgence qu'il a lui-même déclaré. Si l'Argentine peut encore se pourvoir d'un autre recours devant la Cour constitutionnelle, il est peu probable que ce principe soit infléchi. Il est également peu probable que l'Argentine accepte ces arrêts plus qu'elle n'a accepté les arrêts fédéraux américains qui les ont précédés. Les créanciers privés de l'Argentine ont encore de longues années de batailles procédurales devant eux pour faire exécuter leurs jugements. ■

■ ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Chambre de commerce internationale – Commission bancaire – règlement de litiges – modes alternatifs – crédit documentaire – garantie indépendante.

Le nouveau règlement DOCDEX

Commentaire de Georges Affaki.

1. Hors cas exceptionnel de fraude, les opérations de commerce international se dénouent généralement sans encombre par la livraison et le paiement qui vient en remboursement d'un éventuel crédit bancaire. Néanmoins, de temps à autre, des désaccords peuvent surgir sur des points de droit ou de fait. Certains de ces désaccords ne trouvent pas issue par la négociation ; ils dégénèrent alors en conflits et doivent être soumis à un tribunal.

Or, le recours aux tribunaux judiciaires ou arbitraux n'est pas une fatalité. Une alternative existe : il s'agit des modes non contentieux de règlement des litiges

(Alternative dispute Resolution (ADR)), dans le cadre desquels un tiers neutre rend son avis d'expert sur le litige.

Une décision ADR n'est pas contraignante. Cette caractéristique essentielle libère le tiers des règles du contradictoire et lui permet d'élaborer une stratégie flexible pour communiquer avec les parties. En choisissant un ADR, les parties ne concèdent aucun compromis sur leur position, mais elles évitent de devenir ennemies, comme cela est le cas lorsque le conflit est porté devant les tribunaux. Le règlement amiable des conflits devient ainsi un geste de coopération !

2. La procédure DOCDEX de la CCI est l'un de ces modes d'ADR¹. Publié une première fois en 1997 avec un champ restreint aux crédits documentaires régis par les règles de la CCI, le Règlement d'expertise pour la résolution des différends en matière d'instruments documentaires (DOCDEX) a été révisé en 2002 pour y rajouter les garanties sur demande et les encaissements également soumis aux règles de la CCI. DOCDEX est progressivement devenu un système fiable de résolution des différends

1. Nous avons couvert la procédure initiale de DOCDEX dans une chronique précédente : *Banque et Droit*, 2003, n° 92, p. 62.

avec 150 décisions rendues par des panels d'experts qui ont contribué à éviter de coûteuses et laborieuses procédures judiciaires ou arbitrales.

3. Au fil des années, les règles originelles ont montré leurs limites, notamment en ce qui concerne le processus de nomination des experts, qu'il se soit agi de retards injustifiés ou de difficultés à trouver des réponses à des questions de procédure. Si le Centre international des ADR de la CCI, organe d'administration des procédures DOCDEX, et la Commission Bancaire de la CCI ont réussi à trouver une réponse satisfaisante dans chaque situation, une solution pérenne devait être trouvée. Celle-ci ne pouvait être apportée que par une révision complète des règles, à la fois dans leur étendue et dans leur gestion.

4. Écrites conjointement par des délégués de la Commission bancaire et de la Commission de l'arbitrage et ADR de la CCI, les nouvelles règles apportent au financement du commerce international plus de transparence, plus de simplicité, et les outils pour affronter un monde de plus en plus propice aux contentieux, tout en restant fidèles aux caractéristiques bien connues de la procédure DOCDEX.

5. **Une portée étendue.** À l'origine, la procédure DOCDEX se limitait à l'interprétation et l'application des règles de la Commission Bancaire par un panel d'experts, issus de l'organe même qui a rédigé ces règles, dans un contexte où l'existence d'un litige empêchait les parties de demander un avis de la Commission (*Official Opinion*). Aussi louable qu'elle fût, cette approche a laissé hors du champ du système DOCDEX bon nombre de transactions liées au commerce international. C'est le résultat soit de l'absence de règles de la Commission bancaire dédiées à un instrument particulier, comme pour les *trade loans*, les crédits syndiqués, les escomptes, les couvertures de risque ou les opérations de compensation, soit parce que le litige concernait un aspect de la transaction qui n'était pas couvert par les règles applicables de la CCI, tels les conflits de priorité, la loi applicable ou la fraude. Outre la déception qu'elle a pu engendrer auprès de parties dont le litige était inéligible à DOCDEX, cette approche restrictive était également difficile à justifier. Les membres de la Commission bancaire de la CCI disposent en effet d'une expertise reconnue dans le financement du commerce international qui transcende les seules règles édictées jusqu'alors. À titre d'exemple, il est difficile de justifier dans une opération de garantie indirecte que la contre-garantie régie par les RUGD doit éligible au système DOCDEX mais pas la garantie de premier rang qui ne serait pas régie par les RUGD. Dans leur quotidien, source de leur expertise, les membres de la Commission bancaire gèrent à la fois les différends liés à la contre-garantie que ceux de la garantie de premier rang. Se fondant sur cette expertise inexploitée, les nouvelles règles DOCDEX bénéficient d'une portée étendue qui les rend applicable à tout conflit portant sur les opérations du commerce international que les règles de la Commission Bancaire y soient applicables ou non. La seule concession qui a été faite aux esprits conservateurs qui s'inquié-

taient de cet élargissement du champ de DOCDEX est au niveau de l'accord exigé des parties : pour ceux des litiges liés à des instruments bancaires régis par les règles de la CCI, la procédure peut être initiée à la seule initiative du demandeur malgré l'abstention ou le refus du défendeur, le caractère non contraignant de la décision étant une garantie procédurale suffisante. En revanche, pour les litiges nouvellement éligibles aux règles révisées et concernant des instruments du commerce international non régis par des règles de la CCI, l'accord du demandeur et celui du défendeur sont exigés pour accepter la demande, que cet accord soit constaté dans un contrat initial ou conclu pour l'objet de la procédure.

6. **Plus de transparence.** Le processus de nomination des experts a été révisé en profondeur. Les experts présentés sont maintenant tenus d'attester de leur disponibilité, indépendance et impartialité dès le début pour être désignés. Si un expert n'est pas en mesure de se conformer à ces règles, le Centre a le pouvoir de le remplacer. Le Conseiller technique de la Commission bancaire se voit également attribuer de nouveaux pouvoirs, notamment en termes de contrôle de la décision pour s'assurer de sa conformité aux règles et avis rendus par la Commission bancaire. À cette fin, son indépendance fera également l'objet d'une vérification par le Centre dès le début de la procédure.

7. Un certain nombre de garanties éthiques ont été ajoutées à la procédure pour s'assurer qu'une personne ayant exercé en tant qu'expert DOCDEX ne sera pas en mesure d'être impliqué, dans un autre rôle, d'une quelconque manière dans le même litige, à titre d'expert-témoin par exemple. Plus encore, par souci de transparence, mais aussi d'uniformisation et de pédagogie, des décisions DOCDEX rédigées seront publiées plus régulièrement et rapidement après avoir été rendues, tout en assurant l'anonymat des parties à la procédure. Cette jurisprudence désormais plus disponible assurera l'identification aisée des pratiques bancaires internationales standards, source essentielle des normes du commerce international.

8. **Plus de simplicité dans la procédure.** L'un des arguments majeurs de DOCDEX est la rapidité de la procédure : la décision doit être rendue dans un délai maximum de 30 jours à compter de la réception du dossier par les experts. À cette fin, les nouvelles règles offrent un nouveau cadre aux différents mémoires en imposant le principe du dépôt électronique, qui se fondera sur des modèles disponibles en ligne sur un site dédié www.iccdocdex.org. Ce changement est susceptible de juguler les retards administratifs et, *in fine*, aboutira à des procédures plus rapides et plus fiables.

9. **Confirmation des caractéristiques clés de DOCDEX.** Nombre des règles originelles de DOCDEX se sont révélées très opportunes. Elles ont brillamment réussi le test de près de 18 ans d'utilisation variée dans des litiges très techniques. Ces caractéristiques fondatrices de DOCDEX ont été conservées dans les règles révisées et, lorsque nécessaire, clarifiées ou renforcées. Cela est le cas du

caractère non contraignant d'une décision DOCDEX, à moins que les parties n'en décident autrement dans leur contrat ou à tout moment du litige. C'est également le cas de la coopération entre le Conseiller technique de la Commission bancaire et du Centre d'ADR dans le processus de nomination des experts. Enfin, le contrôle de la décision est renforcé pour assurer que, parallèlement au pouvoir dont disposent les experts de juger librement d'un litige, un soin particulier est apporté à l'uniformisation des décisions et à leur conformité avec les règles et avis de la Commission. Ceci est obtenu grâce à la clarification du pouvoir de contrôle du Conseiller technique, directement inspiré du pouvoir de la Cour

internationale d'arbitrage de la CCI de contrôler les projets de sentences.

10. Les nouvelles règles de la procédure DOCDEX ont été unanimement adoptées à la fois par la Commission de l'arbitrage et par la Commission bancaire de la CCI. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} mai 2015 et sont disponibles immédiatement à l'usage des banques et de leurs contreparties dans le cadre de tous les litiges liés aux crédits commerciaux.

Les règles, ainsi que les formulaires à télécharger, sont disponibles librement sur le site dédié www.icc-docdex.org. ■