

ayant subi les conséquences d'une décision de résolution pourraient arguer que la mise en œuvre de la résolution viole les engagements internationaux de protection des investissements pris par l'État de l'autorité de résolution.

Un fondement possible pour leur action pourrait être l'expropriation : l'annulation ou la conversion de la dette prive le créancier de son bien. Cela pourrait constituer une expropriation quand bien même le créancier obtiendrait de nouveaux titres en contrepartie. Une réclamation d'indemnisation pourrait alors être justifiée si le requérant démontre que l'expropriation répond à un motif étranger à l'intérêt public, qu'elle est discriminatoire, ou qu'elle est mise en œuvre sans indemnisation adéquate.

35. À l'image de la CEDH, un tribunal arbitral devrait reconnaître aux autorités de résolution la latitude de décider du moment de la mise en œuvre de la résolution. Cependant, s'il est démontré que la résolution a été prise alors que la banque n'était pas défaillante, la

latitude de décider des mesures à prendre en cas de crise et de l'indemnisation à accorder aux actionnaires qui ont subi des pertes suite à la nationalisation, cf. *Dennis Grainger and others v UK*, ECHR, app. 34940/10, 10 juillet 2012, parag. 39.

réclamation du créancier ou de l'actionnaire ayant subi le *bail-in* pourrait prévaloir.

36. Comme alternative à l'expropriation, les créanciers renfloués pourraient arguer d'une violation du principe du traitement juste et équitable. L'issue d'une telle stratégie dépendra, en grande partie, du point de savoir si ces créanciers ont le droit de contester la décision de résolution devant les juridictions judiciaires, lesquelles protègent leur droit au procès équitable. Le manque de transparence des procédures de *bail-in* et l'absence de consultation préalable des créanciers fonderaient alors la réclamation du créancier renfloué et sont susceptibles de devenir un défi majeur des autorités de résolution. Quant à l'exigence de proportionnalité de la décision au regard de l'atteinte aux droits des créanciers, la BRRD impose que le *bail-in* ne soit mis en œuvre que si les autres outils de résolution envisagés par son article 37 (3) ne permettent pas de recapitaliser la banque. Ceci accentue la subsidiarité du *bail-in*, pourtant l'instrument le plus tentant pour l'autorité de résolution. L'avenir nous dira comment les tribunaux d'arbitrage évalueront ces paramètres complexes. ■

## Résolution bancaire – Directive BRRD – Reconnaissance mutuelle des mesures de résolution – Champ d'application – Règlement Bruxelles 1 bis – Applicabilité – Portée de la clause attributive de juridiction.

High Court of Justice, Queen's bench division, 7 août 2015, Commercial Court, Case n° 2015-213 et 2015-215, *Goldman Sachs international c/ Novo Banco SA*.

La High Court est compétente au regard de la Directive Résolution et du Règlement Bruxelles 1 bis pour statuer sur la demande en paiement engagée par Goldman Sachs et les autres investisseurs ayant prêté la somme de 835 millions de dollars américains à Banco Espírito Santo (BES), à l'égard de Banco Novo, entité créée à la suite de la faillite de BES par l'autorité de résolution portugaise.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. Nul doute que la faillite de la Banque portugaise Banco Espírito Santo (ci-après, BES), la deuxième banque du pays à l'été 2014 et les conditions de son démantèlement et de son sauvetage par l'État portugais susciteront dans les années à venir un contentieux abondant<sup>1</sup>, permettant d'éprouver les nouveaux mécanismes mis en place par l'Union européenne pour éviter les crises bancaires systémiques. Avant même de s'intéresser plus précisément au contentieux engagé par la banque Goldman Sachs devant la High Court de Londres, il convient de rappeler le contexte dans lequel

s'inscrit ce litige. À la suite d'irrégularités comptables constatées au sein de la holding luxembourgeoise de la banque et de pertes de plus de 3,5 milliards d'euros, le Portugal, afin de sauver la banque, a injecté 4 milliards d'euros et opéré la scission de l'établissement en deux branches afin d'isoler ses actifs toxiques. La nouvelle structure réunissant les actifs sains a été baptisée Novo Banco et sa gestion placée sous le contrôle de la Banque du Portugal en tant qu'autorité de résolution au sens de la directive 2014/59/UE<sup>2</sup> dite directive « BRRD » par une décision du 3 août 2014. Celle-ci doit désormais être vendue afin de permettre à l'État portugais de récupérer les sommes investies dans le cadre de ce sauvetage. Si cette décision transfère les avoirs et dettes de BES à Novo Banco<sup>3</sup>, son annexe 2 exclut de ce transfert les dettes détenues par des entités actionnaires d'au moins 2 % du capital de BES dans les deux ans ayant précédé son démantèlement.

2. Le 30 juin 2014, soit un mois avant la faillite et le démantèlement de la BES, la banque Goldman Sachs avait avec d'autres investisseurs clients de la banque et par l'intermédiaire de OAK Finance Luxembourg, véhicule financier de Goldman Sachs prêté la somme de 835 millions de dollars à la BES. Alors même que la Banque du Portugal avait affirmé que ces engagements allaient être transférés entre les mains de Novo Banco, elle a finalement décidé le 22 décembre 2014 de considérer qu'ils relevaient de la *bad bank*. Cette dernière décision de l'autorité portugaise visait à rappeler

1. Des milliers de petits épargnants de la Banque, détenteurs de titres toxiques, sont en effet directement affectés par les mesures de résolution engagées par la Banque du Portugal.

2. Directive 2014/59/UE du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

3. Celle-ci doit désormais être vendue, afin de permettre à l'État portugais de récupérer les sommes investies dans le cadre de ce sauvetage.

qu'aucune dette détenue par des entités actionnaires ou des entités tierces agissant au nom d'actionnaires détenant au moins 2 % du capital de BES dans les deux ans ayant précédé son démantèlement n'avait été transférée à Novo Banco. Elle considérait que la dette de BES à l'égard de OAK finance résultant du contrat signé le 30 juin 2014 relevait bien de cette exclusion<sup>4</sup>.

Tout l'enjeu du bras de fer engagé entre Goldman Sachs et Novo Banco vise ainsi à déterminer si cette dernière entité est effectivement tenue de cette très importante créance ou si, au contraire, il est possible de considérer qu'elle a bien été reléguée dans la *bad bank* avec les actifs toxiques de la BES rendant évidemment leur remboursement très hypothétique et affectant considérablement la valeur des titres émis adossés à ce prêt. Les prêteurs ont engagé une action afin d'obtenir l'annulation de la décision de la Banque du Portugal du 22 décembre 2014 devant les juridictions administratives portugaises, mais ils ont parallèlement saisi les juridictions anglaises afin d'obtenir remboursement des sommes prêtées à la suite du non-paiement de la première échéance qui devait intervenir le 29 décembre 2014. La décision rendue par la High Court de Londres le 7 août 2015 porte ici sur la compétence des juridictions britanniques pour examiner la demande de remboursement engagée par les créanciers et ne constitue ainsi qu'une première étape d'un important contentieux. La High Court devait en l'espèce examiner le bien-fondé de la demande au regard de la directive BRRD et du Règlement 1215/2012 dit Bruxelles 1 bis du 12 décembre 2012 relatif à la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale.

**3. Cette décision constitue ainsi une des toutes premières applications** par les juridictions d'un État membre de l'Union européenne de la directive BRRD, qui fixe des règles harmonisées pour répondre aux difficultés des établissements de crédit fragiles ou défaillants<sup>5</sup>. Ce texte, destiné à faire face aux défaillances bancaires repose notamment sur la création d'autorités nationales de résolution dotées de pouvoirs très importants. S'agissant du Portugal, ces pouvoirs ont été confiés à la Banque centrale. Dans le cadre de la procédure de résolution engagée à l'égard de BES, les mesures adoptées ont été nombreuses : transfert des actifs de la banque défaillante à une autre entité, établissement relais au sens de l'article 40 § 2 de la directive, recapitalisation de l'établissement, séparation des actifs considérés comme toxiques dans un établissement distinct. En application de la directive, les pouvoirs confiés à l'autorité de résolution ne sont assujettis à aucune restriction et ne sont notamment pas subordonnés à l'approbation ou au consentement des actionnaires ou créanciers

de l'établissement et laissent a priori peu de place à la contestation. Les recours à l'égard des mesures de résolution sont en effet strictement encadrés<sup>6</sup>. Dans quelles conditions la décision d'une autorité nationale de résolution et plus spécialement celle considérant qu'une créance doit être reléguée dans la *bad bank* peut-elle être remise en cause ? L'article 85 de la directive prévoit les conditions dans lesquelles un recours peut être engagé devant les juridictions de l'État membre de l'autorité de résolution concernée, mais celui-ci n'a pas de caractère suspensif et la décision de l'autorité de résolution est immédiatement exécutoire. Est-il néanmoins possible d'agir devant les juridictions d'un autre État membre ? Quel contrôle peut opérer une juridiction étrangère des mesures prises par une autorité de résolution nationale ?

**4. L'article 66 de la directive** met en place un système de reconnaissance mutuelle des transferts d'actions, de titres de propriété, d'actifs, de droits et engagements opérés par une autorité de résolution. Tout transfert doit en principe produire ses effets dans les autres États membres. Mais toute décision prise par l'autorité de résolution est-elle visée par ce texte ? Si incontestablement, la décision prise par la Banque du Portugal le 3 août 2014 opérant le transfert d'une partie des actifs de BES vers Novo Banco, établissement relais spécialement créé pour les accueillir relève de cette catégorie, la question se posait s'agissant des décisions ultérieures de l'autorité de résolution. Plus précisément, la décision du 22 décembre 2014 de la Banque du Portugal affirmant que la créance ici en cause n'avait pas été transférée à Novo Bank pouvait-elle être considérée comme un transfert au sens de ce texte ? Si l'article 2 de la directive ne contient pas moins de 108 définitions, la notion de transfert susceptible de relever de l'article 66 n'y figure pas. De son côté, la High Court retient ici une interprétation restrictive de ce texte. Elle considère que la décision contestée était en réalité une déclaration de non-transfert, échappant au principe de la reconnaissance mutuelle, limitant ainsi sérieusement la portée de ce texte. Elle refuse dès lors de considérer que toute décision d'une autorité de résolution doit être reconnue dans un autre État membre. Ayant ainsi exclu toute reconnaissance de la décision du 22 décembre 2014, restait encore à déterminer si les juridictions anglaises étaient compétentes sur le fondement du Règlement Bruxelles 1 bis.

**5. D'emblée, la High Court** devait déterminer si le litige opposant les parties relevait bien de la matière civile et commerciale au sens de l'article 1<sup>er</sup> du règlement. Question récurrente, la notion de matière civile et commerciale est une notion autonome<sup>7</sup> dont les contours sont précisés par la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>8</sup>. Cet argument n'avait toutefois que peu

4. La qualité d'actionnaire à hauteur de plus de 2 % de BES est d'ailleurs contestée par Goldman Sachs, point n° 87 de l'arrêt.

5. Pour un commentaire de ce texte, A. Gourio, « Le mécanisme de résolution unique : les nouveaux instruments et pouvoirs des autorités de résolution bancaires », RDBF juillet 2014, dossier 30 ; Th. Bonneau, « Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières », RDBF novembre 2014, dossier 48 ; A. Prüm, « Le nouveau cadre européen du traitement des faillites bancaires à vol d'oiseau », RDBF novembre 2014, dossier 52.

6. Voir Th. Bonneau, art. préc. n° 11.

7. CJCE 14 septembre 1976, *Eurocontrol*, aff. 29/76.

8. Voir encore récemment sur la notion de matière civile et commerciale, mais cette fois-ci au sens du Règlement n°1393/2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et

de chance de prospérer. En effet, pour admettre qu'un litige échappe au champ d'application du règlement, il faut qu'une des parties soit une autorité publique qui agit dans l'exercice de sa puissance publique. Dès lors que le litige concerne des personnes privées et même s'il est soumis à des règles de droit public<sup>9</sup>, il entre dans le champ d'application du règlement. La High Court relève que Novo Banco n'est pas une entité publique ou exerçant des prérogatives de puissance publique et que le litige relève bien de la matière civile et commerciale au sens de ce texte.

**6. Une fois l'applicabilité du Règlement Bruxelles I bis admise**, restait à apprécier la compétence des juridictions britanniques sur le fondement de la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat conclu entre Goldman Sachs et BES. Lorsqu'un contrat fait l'objet d'une cession, le cessionnaire qui recueille les droits et obligations d'une partie peut se voir opposer la clause attributive de juridiction<sup>10</sup>. La High Court a estimé que la question du consentement à la clause devait être régie par la loi applicable au contrat, la loi anglaise en l'espèce, tout en précisant qu'en droit anglais, l'opposabilité de la clause à un tiers suppose le consentement de celui-ci à la clause. Cette clause pouvait-elle alors être opposée à Banco Novo ? La High Court s'appuie sur la décision de la Banque du Portugal du 3 août 2014, dont elle reconnaît les effets sur le fondement de l'article 66 de la directive BRRD, et qui a opéré le transfert des créances de BES vers Novo Banco, estimant qu'elle valait acceptation de la clause.

**7. Pour contester la compétence de la High Court**, Novo Banco tentait encore d'invoquer les exceptions de litispendance et de connexité entre la présente action et la procédure engagée devant les juridictions administratives portugaises. Les conditions de la litispendance n'étaient manifestement pas réunies car aux termes de l'article 29 du Règlement Bruxelles I bis, elle suppose l'identité de litiges, de parties, d'objet et de cause. Or l'instance pendante devant les juridictions portugaises portait uniquement sur la validité d'un acte administratif et ne visait pas à obtenir remboursement de la créance. Mais pouvait-on admettre l'existence d'une situation de connexité entre les deux instances ? L'article 30 du Règlement définit la connexité comme des « demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Mais à la différence de la litispendance, la connexité n'entraîne aucune obli-

gation pour le juge saisi. Estimant que le bien-fondé de la demande en remboursement des créanciers ne pourrait en tout état de cause pas relever de la compétence des juridictions administratives portugaises et qu'en vertu de la clause attributive de juridiction, la High Court disposait d'une compétence exclusive, les arguments de Novo Banco sont encore une fois rejetés.

8. En admettant sa compétence pour examiner la demande de remboursement du prêt consenti par Goldman Sachs entre les mains de Novo Banco, la High Court sème incontestablement le trouble. Qu'advient-il si la validité de la décision du 22 décembre 2014 prise par l'autorité de résolution portugaise devait être confirmée ? La High Court sera-t-elle alors tenue de prendre en compte la décision excluant le prêt consenti par Goldman Sachs du bilan de Novo Banco ? De manière générale, se pose ainsi la question de la reconnaissance et de la portée accordées à des mesures de droit public adoptées dans un État membre dans un contentieux de droit privé soumis aux juridictions d'un autre État. Elle montre encore que la directive BRRD, aussi volumineuse soit-elle, est loin d'avoir réglé toutes les questions que soulèvent les faillites de banques européennes. Voulu comme un instrument harmonisé efficace et une étape importante dans le renforcement du marché intérieur, ce texte est ainsi bien loin d'avoir réglé toutes les difficultés soulevées par les situations transfrontières que poseront inévitablement les mesures de résolution adoptées par les autorités nationales à l'égard d'établissements défaillants. Il serait dans ces conditions sans doute opportun que la Cour de Justice ait l'occasion de préciser la nature des mesures des autorités de résolution soumises au principe de la reconnaissance mutuelle. Si l'harmonisation réalisée par la BRRD visait à permettre de faire face plus efficacement aux difficultés des établissements de crédit et entreprises d'investissement, une de ses premières applications révèle les limites du système mis en place dès lors que sont en jeu des situations transfrontières.

**9. La mise en place du Mécanisme de résolution unique** devrait permettre de dépasser en partie ces obstacles entre pays membres de la zone euro, car c'est à l'avenir le Conseil de résolution unique qui sera directement en charge de l'élaboration des plans de résolution et de l'adoption de décisions pour les établissements d'importance systémique<sup>11</sup>. Mais les conséquences de la défaillance d'un établissement soumis au Mécanisme de résolution unique et la portée des décisions du Conseil de résolution unique devant les juridictions des États tiers soulèveront sans doute encore des difficultés<sup>12</sup>. ■

commerciale, CJUE 11 juin 2015, *Stefan Fahrenbrock c/ État Grec*, aff. C-226/13, C-245/13, C-247/13 et C-578/13, et la note d'A. Tenenbaum dans le cadre de la présente chronique.

9. CJCE 15 mai 2003, *Préservatrice foncière Tiaré SA*, aff. C-266/01, JDI 2004, p. 646, note J.-M. Bischoff ; CJCE 5 février 2004, *Frahuil SA*, aff. C-265/02 ; CJUE 23 octobre 2014, *FlyAl – Lithuanian Airlines*, aff. C-302-13.

10. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., n° 161.

11. Règlement n°806/2014 du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique. Voir A. Prüm, art. préc.

12. Voir A. Gourio, « Le traitement international de la résolution », RDBF novembre 2014, dossier 53.