

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. Bonnaeu, *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/08/9)*.

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.