

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur des
universités associé
Avocat à la Cour



**JULIETTE
MOREL-MAROGER**
Maître de conférences HDR
Université Paris Dauphine
– PSL Research University
– Cr2D



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

Législation américaine – Extraterritorialité – Portée – Sanctions économiques – Banques françaises – Remèdes.

Rapport d'information déposée par la Commission des affaires étrangères et la commission des finances de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2016, Président P. Lellouche, Rapporteuse K. Berger, AN n° 4082.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. Les sanctions imposées par les États-Unis à des entreprises européennes ces dernières années ont exposé au grand jour la question de l'extraterritorialité du droit américain¹, et suscité des réactions virulentes en France depuis les colossales sanctions imposées à la banque BNP-Paribas, contrainte non seulement au versement d'une somme de 9 milliards de dollars mais aussi à la mise à l'écart certains de ses dirigeants, à la réorganisation interne de l'établissement sous le contrôle d'experts indépendants ou encore à l'interdiction provisoire des opérations de compensation en dollars. Le rapport d'information parlementaire de l'Assemblée nationale, présidé par Pierre Lellouche, livre une analyse très complète et approfondie des législations américaines à portée extraterritoriale et de leur mise en œuvre par les autorités américaines. Il formule aussi différentes propositions destinées à permettre à la France et même à l'Europe de se doter d'outils permettant de cantonner ce que les parlementaires considèrent comme des manifestations souvent abusives de l'impérialisme américain.

2. On laissera de côté, dans le cadre de la présente chronique, la question des sanctions prononcées pour

violation des dispositifs anti-corruption (FCPA) qui ont essentiellement visé des grands groupes industriels non américains bénéficiant de filiales aux États-Unis, dont les actions sont cotées au New York Stock Exchange ou qui avaient procédé à des émissions de titres sur les marchés américains², pour s'intéresser à celles qui concernent plus spécialement les établissements bancaires et financiers. Peut-on considérer que les banques européennes ont fait l'objet d'un traitement particulièrement sévère, révélateur d'une volonté d'affaiblir les institutions européennes? Que penser des remèdes envisagés par le rapport parlementaire pour lutter à « armes égales » avec les États-Unis? C'est à ces deux questions que l'on tentera d'apporter quelques éléments de réflexions.

3. Les sanctions les plus emblématiques prononcées par les autorités américaines concernent les violations d'embargos unilatéralement décrétés par les États-Unis et fondés sur le « Trading with Enemy act », qui date de 1917, et l'IEEPA (*International Emergency Economic Powers act*) adopté en 1977, qui permettent au Président des États-Unis d'adopter des sanctions économiques en cas de guerre ou de crise nationale. La liste des pays et des entités visées par ces sanctions tout comme l'ampleur de ces dernières varient au gré des évolutions de la politique étrangère américaine. Ayant pour activité habituelle de transférer des fonds, les banques sont particulièrement exposées à la violation de ces mesures, car leur respect n'est pas lié à la présence sur le sol américain de l'établissement sanctionné, mais à l'utilisation du dollar dans le cadre des transactions réalisées. Il suffit en effet pour justifier la compétence des autorités américaines que l'opération de compensation subséquente à la transaction en dollars soit effectuée par l'intermédiaire d'une chambre de compensation située sur le sol américain. Outre les

1. Cette question n'est pourtant pas nouvelle, voir B. Audit, « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP* 1982 p. 401. Pour des réflexions plus récentes autour de l'extraterritorialité en droit bancaire et financier, voir, « Droit bancaire: supranationalité et extraterritorialité », *RDBF* 2015, dossier 29 à 41; « Les enjeux de l'extraterritorialité en droit financier », *RDBF* 2015, dossier 49 à 55; N. Maziau, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E* 2015, 1343.

2. R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *Annuaire français de droit international*, CNRS édition, 2015.

critiques juridiques formulées à l'encontre de la compétence des autorités américaines fondées sur la seule utilisation de leur monnaie³, c'est le fait que les États-Unis imposent par ce biais leur politique étrangère de manière unilatérale aux institutions bancaires étrangères qui est dénoncé. Le rapport d'information de l'Assemblée nationale relève que les pénalités fondées sur le non-respect des embargos décrétés par les États-Unis ont essentiellement frappé des banques européennes, qui ont versé depuis 2009 environ 16 milliards de dollars aux administrations américaines. Faut-il y voir une volonté délibérée de cibler et d'affaiblir les établissements européens ? Si le rapport semble effectivement considérer que la justice américaine utilise son redoutable arsenal répressif comme arme commerciale, deux raisons peuvent expliquer que l'essentiel des sanctions prononcées pour violation d'embargos ait concerné les établissements européens. En premier lieu, les banques américaines, contrairement aux établissements européens, avaient sans doute parfaitement conscience qu'elles devaient s'abstenir d'opérer des transactions – qui plus est en dollars – avec des entités ou pays visés par les sanctions économiques américaines. En second lieu, les entreprises américaines de manière générale étant plus familières du système répressif américain ont l'habitude d'immédiatement collaborer pleinement avec les autorités, ce qui n'a pas été le cas des établissements européens, et plus spécialement de BNP-Paribas, dont la réaction a pesé sur la sévérité des sanctions prononcées à son encontre.

4. Mais le rapport d'information de l'Assemblée nationale, qui recense de manière exhaustive toutes les sanctions américaines prononcées à l'égard des banques européennes, montre que bien d'autres comportements ont été sanctionnés. HSBC et Commerzbank ont ainsi été pénalisées pour des manquements relatifs à la lutte contre le blanchiment de capitaux, liés notamment aux défaillances dans la prévention et la détection de faits de blanchiment chez des correspondants étrangers. Deutsche Bank et Crédit suisse ont été condamnées en décembre 2016 au paiement d'amendes de respectivement 7,2 milliards et 5,2 milliards pour leur rôle dans la crise des subprimes en ayant distribué des produits toxiques – on relèvera d'ailleurs que les sanctions qui leur ont été infligées sont moins lourdes que celles payées par des banques américaines – la sanction la plus importante ayant été supportée par Bank of America qui a accepté en 2014 de verser près de 16,7 milliards de dollars. Deutsche Bank et UBS ont été sanctionnées pour leur participation aux manipulations frauduleuses des taux interbancaires LIBOR et EURIBOR et enfin Crédit suisse pour son aide à la fraude fiscale des citoyens américains. Dans toutes ces hypothèses, le lien entre les faits sanctionnés et le territoire américain apparaît plus étroit qu'en matière d'embargos. Les sanctions relatives à la lutte contre le blanchiment visent en effet des filiales américaines d'établissements européens ; la distribution de produits toxiques ou les manipulations de taux ont affecté lourdement les marchés américains et la fraude fiscale concernait des citoyens américains. Le

rapport parlementaire met d'ailleurs en lumière les difficultés particulières que soulève la question de la lutte contre la fraude fiscale et plus spécialement la mise en œuvre du *Foreign Account Tax Compliance Act* – connu sous l'acronyme FATCA – résultant de l'utilisation par les États-Unis du critère de la compétence personnelle en matière fiscale. Le rapport constate ainsi que les citoyens américains, même expatriés, restent imposables aux États-Unis sur la base de leurs revenus mondiaux, sous réserve des accords bilatéraux permettant d'éviter les situations de double imposition. En vertu de la loi FATCA, les établissements bancaires étrangers sont ainsi contraints de livrer les informations nominatives de tous leurs clients américains⁴. La mise en œuvre de la loi FATCA a d'ailleurs donné lieu à un accord intergouvernemental signé par la France et les États-Unis le 14 novembre 2013. Mais le rapport parlementaire constate que cet accord n'entraîne pas tout à fait les mêmes obligations pour les institutions financières françaises et américaines et qu'en outre, il a fait naître des situations particulièrement difficiles, celles des Américains « accidentels », ayant pour seul lien avec les États-Unis d'être nés sur le territoire américain et ne disposant pas de numéro d'identification fiscal américain. Pourtant, et en vertu de l'accord FATCA, les institutions financières françaises doivent, à défaut de renonciation expresse de ces personnes à leur nationalité américaine, les signaler comme citoyens américains dans le cadre de l'accord FATCA.

5. Les manifestations de l'extraterritorialité du droit américain à l'égard des banques européennes sont ainsi nombreuses et s'il est vrai que ces établissements doivent se plier à ces contraintes, il est toutefois difficile d'en déduire une volonté systématique d'affaiblir les institutions européennes. Ces sanctions révèlent surtout la très grande intransigeance des autorités américaines en cas de non-respect des réglementations économiques. Le système américain s'appuie en outre sur des mécanismes de justice transactionnels particulièrement efficaces qui conduisent au prononcé de très lourdes sanctions. Est-il possible dans ces conditions de lutter à « armes égales » avec les États-Unis comme le préconise le rapport ?

6. Celui-ci s'efforce de réfléchir aux outils qui pourraient être mis en œuvre pour favoriser un rééquilibrage des relations. Ses auteurs considèrent que la collaboration avec les autorités américaines, si elle est nécessaire sur certains points, notamment pour obtenir la levée des sanctions visant l'Iran, ne peut être la seule réponse des autorités françaises mais que la France doit aussi se doter « d'armes juridiques » similaires à celles dont disposent les États-Unis : extraterritorialité des poursuites en matière de corruption, création de la convention judiciaire d'intérêt public inspirée des mécanismes transactionnels américains⁵, création d'une infraction pénale

3. R. Bismuth, précité.

4. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs considéré que l'atteinte au secret bancaire imposée par ces dénonciations – et par conséquent au droit au respect à la vie privée – était légitime au regard des objectifs poursuivis, voir CEDH 22 décembre 2015, n° 28601/11, *Banque et Droit* n° 166, mars-avril 2016, note J. Morel-Maroger.

5. Ces deux propositions ont depuis la rédaction du rapport parlementaire été adoptées dans le cadre de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016.

en cas de violation d'embargos, d'un OFAC européen, renforcement des moyens alloués au renseignement économique... Mais se doter d'outils comparables à ceux existants aux États-Unis constitue-t-il un rempart contre l'extraterritorialité du droit américain ? Pour quelles raisons les autorités américaines renonceraient-elles à mettre en œuvre leurs procédures de sanctions au motif que le droit français a renforcé ses outils répressifs ? En pratique, les entreprises concernées vont surtout voir le risque d'être sanctionnées pour des mêmes faits par différents États se démultiplier, alors même qu'il est aujourd'hui difficile d'envisager l'application du principe *non bis in idem* au plan international⁶. Le rapport préconise aussi d'engager un véritable rapport de force avec les États-Unis dans un cadre à la fois national, européen et international en reprenant les propositions formulées par un auteur⁷. Au plan national et européen, le rapport propose d'amender les lois de blocage⁸, c'est-à-dire les lois permettant de s'opposer aux visées extraterritoriales d'autres juridictions, en excluant ou restreignant la communication et la transmission d'informations aux autorités étrangères, ou encore en encadrant le *monitoring* imposé par ces mêmes autorités dans le cadre des transactions conclues avec les opérateurs. Au plan international, le rapport préconise un

6. J. Morel-Maroger, « Les difficultés posées par la mise en œuvre du principe *non bis in idem* dans un contexte international », in *Le Principe non bis in idem en droit des affaires, vers une redéfinition du pluralisme répressif*, JCP E 2015, 1397 p. 41.

7. R. Bismuth, article précité.

8. Sont notamment visés la loi du 26 juillet 1968 et le règlement européen du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers adopté en réaction des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy).

recours à l'organe de règlement des différends de l'OMC pour contester l'application extraterritoriale des sanctions économiques unilatérales américaines. Le rapport propose enfin d'adopter des stratégies de « contournement » visant à échapper au champ d'application dans l'espace des textes américains, en privilégiant les transactions en euros ou les cotations boursières en Europe, stratégies qui semblent finalement assez révélatrices d'une certaine impuissance à s'opposer de manière frontale aux effets extraterritoriaux du droit américain...

7. En définitive et à la lecture des remèdes proposés, il apparaît difficile de contrecarrer les effets de l'extraterritorialité du droit américain par des initiatives strictement nationales ou dans le cadre de négociations bilatérales entre la France et les États-Unis. En outre, si le droit est un outil indispensable et parfois redoutable de régulation et de sanction des comportements des opérateurs économiques, il est permis de douter que les remèdes proposés par le rapport parlementaire à l'application extraterritoriale du droit américain soient réellement efficaces. Dans le rapport de force que les rédacteurs souhaitent engager avec les États-Unis, et pour lutter à « armes égales », encore faut-il que les « combattants » soient de force équivalente. C'est pourquoi il paraîtrait plus opportun – mais certes nettement plus compliqué d'un point de vue politique – que les initiatives destinées à répondre aux défis soulevés par l'extraterritorialité du droit américain soient européennes et non strictement nationales. Il n'en demeure pas moins que ce rapport, par son analyse exhaustive et approfondie, constitue un outil particulièrement utile tant pour les praticiens que pour les politiques souhaitant appréhender la question de l'extraterritorialité du droit américain. ■

Mesure provisoire – Voies d'exécution – Immunité d'exécution – Fonds vautours.

Loi n° 2016-1191 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 ») : articles 59 et 60.

Le croisement des mesures conservatoires et d'exécution forcée et du droit financier : la lutte déclarée contre les agissements des fonds vautours.

Commentaire d'Aline Tenenbaum

1. La loi n° 2016-1191 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 ») est particulièrement dense pour répondre aux ambitions affichées dans son intitulé même. Notamment, dans le titre IV consacré au renforcement de la régulation financière, les articles 59 et 60 portent sur les mesures conservatoires et d'exécution forcée sur les biens appartenant à un État étranger. La loi, après des débats ayant conduit dans un premier temps à la suppression des dispositions présentées, vient ainsi codifier partiellement le régime des immunités d'exécution des États, jusque-là dessiné

par la jurisprudence¹. Ce nouveau régime a été considéré conforme à la Constitution².

2. L'article 59 ajoute trois nouvelles dispositions dans le Code des procédures civiles d'exécution³. Les mesures conservatoires ou d'exécution forcée doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du juge⁴ par ordonnance rendue sur requête, autorisation soumise à la réunion de l'une des conditions suivantes : acceptation expresse de l'État concerné d'une telle mesure, réservation ou affectation du bien concerné à la satisfaction de la demande du créancier en question, jugement ou sentence rendu contre l'État concerné et bien utilisé ou destiné à être utilisé autrement qu'à des fins de service public non com-

1. Parmi les commentaires, v. J. Heymann, « La loi Sapin 2 et les immunités d'exécution – À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », JCP 2017, n° 5, 102.

2. Décision n° 2106-741 du 8 déc. 2016.

3. Pour une vision critique de la conformité de cette disposition aux règles de la CEDH et de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (ratifiée en France par la loi n° 2011-734 du 28 juin 2011, mais pas encore entrée en vigueur), v. les obsv. de J. Heymann, *op. cit.* et de S. Bollée, « Les dispositions de la loi Sapin 2 relatives à l'immunité d'exécution », D. 2016.2560.

4. Pour une disposition similaire, v. loi belge du 23 août 2015.

merciales et en lien avec l'entité visée par la mesure (une liste non limitative de biens affectés à des fins de service public non commerciales figure dans le texte). Enfin, l'article 59 précise qu'aucune mesure conservatoire ou d'exécution ne peut être mise en œuvre sur les biens (y compris les comptes bancaires) utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions diplomatiques, postes consulaires, missions spéciales ou auprès des organisations internationales qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des États concernés.

L'article 60 crée en outre un régime spécifique pour les mesures conservatoires ou d'exécution forcée demandées par des créanciers particuliers sur des biens appartenant à un État étranger : il s'agit ici clairement de lutter contre les mesures poursuivies par les fonds vautours. Ce nouveau régime sera applicable aux titres de créance acquis après l'entrée en vigueur de la loi. Cette disposition retiendra notre attention dans le cadre de la présente chronique.

3. Pour comprendre le régime ainsi mis en place, il est utile de rappeler très brièvement la désormais célèbre affaire des fonds vautours sur la dette argentine qui illustre les difficultés posées⁵. Confrontée à une grave et profonde crise économique et monétaire, l'Argentine s'est déclarée en défaut de paiement fin 2001. Ne pouvant faire face au remboursement de sa dette libellée en dollars américains et détenue principalement par des obligataires porteurs de titres émis essentiellement sur les marchés financiers américains, l'Argentine est parvenue à négocier un accord de restructuration de la dette : à l'issue de plusieurs phases de négociation, près de 93 % des créanciers privés ont accepté de subir une forte diminution de leurs créances. Parmi les créanciers restants, les fonds vautours, et particulièrement NML Capital, se sont manifestés de façon virulente. Juste avant la déclaration de défaut de l'Argentine (et d'ailleurs aussi postérieurement), NML Capital, fonds détenu par le fonds d'investissement américain Elliott Management et établi dans un paradis fiscal, a souscrit sur le marché secondaire des obligations argentines pour un prix très faible puis n'a pas consenti aux accords de restructuration et a, en conséquence, demandé le remboursement intégral à la valeur faciale et le paiement des intérêts. Au terme de plusieurs procédures judiciaires, l'Argentine a été reconvenue débitrice d'une somme de plus d'un milliard de dollars. Devant le refus de payer opposé par l'État argentin, NML Capital a initié de multiples contentieux pour saisir les avoirs et biens de l'État argentin, aux États-Unis et dans d'autres pays. À cette occasion a surgi la question de l'immunité d'exécution. Des mesures ont été entreprises ainsi en France : saisie conservatoire de comptes de l'ambassade et de la mission diplomatique argentines auprès de l'UNESCO, saisie de créances de l'État argentin sur des débiteurs localisés en France. Dans les deux cas, la Cour de cassation a considéré que les comptes

des missions diplomatiques comme les créances visées étaient couverts par l'immunité d'exécution, constatant dans ces espèces l'absence de renonciation expresse et spéciale pour les biens concernés⁶. On sait que cette solution a été balayée en 2015 à propos de la saisie de comptes de la mission diplomatique congolaise, la Cour de cassation estimant de façon générale que « le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution »⁷.

4. Certains commentateurs ont réagi négativement à un tel revirement qui non seulement ne réserve plus un sort particulier aux biens des missions diplomatiques mais écarte l'exigence du caractère exprès et spécial de la renonciation de l'État⁸. Certains d'entre eux craignaient de voir apparaître alors des initiatives législatives erratiques pour édicter des cas spécifiques d'insaisissabilité « sans esprit de système »⁹. Doit-on voir dans l'article 60 de la loi Sapin 2 une réalisation de cette prédiction ?

5. L'article 60 pose un principe clair : aucune mesure provisoire ou d'exécution sur un bien appartenant à un État étranger ne peut être autorisée par un juge français dès lors que le créancier demandeur remplit certaines conditions.

Les créanciers visés par l'article 60 sont définis d'une part par la nature des titres détenus et d'autre part des conditions dans lesquels ces titres ont été acquis.

L'article 60 renvoie ainsi en premier lieu aux articles L. 213-1 A et L. 211-41 du Code monétaire et financier. Les titres de créance, objet de la première de ces dispositions, représentent de façon générale un droit de créance sur l'émetteur ; l'article L. 211-41 y assimile tous les instruments financiers équivalents émis sur le fondement de droits étrangers. L'article 61 dans son avant dernier aliéna précise que les créances nées d'une opération de crédit mentionnée à l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier sont assimilés aux titres de créance ainsi définis : toute créance issue d'une opération de crédit sera ainsi soumise au nouveau régime mis en place.

En second lieu, l'article 60 prévoit que les créanciers concernés doivent avoir acquis leurs titres de créance dans certaines conditions énoncées de façon cumulatives. Tout d'abord, l'État débiteur doit figurer sur la liste des bénéficiaires de l'aide au développement de l'OCDE au moment de l'émission des titres. Ensuite, l'acquisition du titre a été réalisée alors que l'État émetteur était en situation de défaut (telle que cette situation est définie contractuellement ou, en l'absence de clauses dans le contrat d'émission, au manquement à l'échéance ini-

5. Cette affaire a donné lieu à une littérature très abondante. On en citera que quelques références en français : C. Kleiner, « L'affaire du siècle : NML c/ République d'Argentine ou la "contribution" des fonds vautours au droit international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ 2015, p. 391. H. Muir-Watt, « Dette souveraine et main visible du marché : de nouveaux enjeux de droit international privé des contrats », *Rev. crit.* 2015, 331.

6. Civ. 1re, 28 sept. 2011, n° 09-72.057, *Rev. crit.* 2012, 124, note H. Gaudemet-Tallon, « De l'insaisissabilité des fonds affectés à une mission diplomatique » ; Civ. 1re, 28 mars 2013, 3 arrêts (n° 11-10450, 10-25938 et 11-13323), note H. Muir-Watt, « De la renonciation à l'immunité de juridiction des États », *Rev. crit.* 2013, 671.

7. Arrêt *Commisimpex*, Civ. 1re, 13 mai 2015, n° 13-17751, v. S. Bollée, « L'abandon de l'exigence de spécialité de la renonciation à l'immunité d'exécution », D. 2015, 1936, M. Laazouzi, « Réactivation des clauses générales de renonciation à l'immunité d'exécution des États », *JCP* 2015, n° 26, 759.

8. V. en faveur d'une limitation des effets de la renonciation d'un État à son immunité d'exécution quand cette renonciation aurait pour conséquence de menacer l'existence même de l'État renonçant, D. Alland et Th. Fleury Graff, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Rev. crit.* 2016, 1.

9. Obsv. de L. d'Avout, chron. « Droit du commerce international », D. 2015, 2031.

tiale) ou avait proposé une modification des termes du titre. Enfin, la demande d'autorisation pour pratiquer une mesure conservatoire ou d'exécution forcée est présentée moins de 48 mois à compter de la date de situation de défaut ou de la date de la première proposition de modification, ou en présence d'une proposition de modification acceptée par des créanciers représentant au moins 66 % du montant en principal des créances éligibles. Le juge peut porter à 72 mois le délai ainsi prévu en cas de comportement manifestement abusif. Par exception, une mesure peut être autorisée dès lors qu'un plan de restructuration a été adopté par des créanciers représentant au moins 66 % du montant des créances éligibles et est entré en vigueur et que le créancier sollicite une mesure pour des sommes dont le montant est inférieur ou égal au montant auquel il aurait pu prétendre aux termes du plan de restructuration.

6. Si l'objectif est clair – mettre à l'abri les biens en France d'État étrangers bénéficiaires d'aides publiques au développement et confrontés à des difficultés financières¹⁰ – les moyens pour y parvenir semblent soulever d'ores et déjà des difficultés d'interprétation, au-delà même des points de savoir si l'obligation d'une autorisation préalable judiciaire et l'exigence d'une renonciation expresse et spéciale pour les biens de mission diplomatiques sont conformes ou non aux engagements conventionnels internationaux de la France¹¹. À cet égard, nous ferons les observations suivantes.

7. Sur la nature des titres visés en premier lieu, sont assimilées aux titres de créance les créances issues d'opérations de crédit. Certaines conditions temporelles prévues par le texte devront être sans doute précisées à l'égard de ces dernières : si on semble devoir se référer à la date de souscription du titre de créance par rapport à la date de défaut ou de proposition de plan de restructuration, on peut imaginer que pour les créances nées d'opérations de crédit, on prendra en compte par principe la date de conclusion de l'opération si elle coïncide avec la date de naissance de la créance.

8. En deuxième lieu, pour ce qui est de la qualité de l'État émetteur, on peut noter que la liste établie par l'OCDE est révisée tous les 3 ans, la prochaine révision devant avoir lieu en 2017. L'article 60 de la loi Sapin 2 précise que l'État débiteur doit figurer sur la liste au moment de l'émission des titres. Même si cette précision temporelle est bienvenue, on peut se demander si elle sert efficacement l'objectif de protection des États vulnérables compte tenu de la périodicité de la révision de la liste : la pilule anti-fonds vautours mise en place ne fonctionnerait pas, par exemple, dès lors que l'État émetteur ne fait pas partie de la liste au moment de l'émission mais y est inclus ultérieurement, pendant la durée de vie du titre émis.

9. En troisième lieu, les délais prévus pour neutraliser la demande de mesure provisoire ou d'exécution forcée

soulèvent des questions. Le régime de ces délais demeure pour une grande partie dans l'ombre. Le point de départ du délai de principe de 48 mois est soit la situation de défaut soit la date de la première proposition de modification. La situation de défaut est établie conformément aux dispositions du contrat d'émission ou, à défaut de stipulation, en cas de manquement à l'échéance initiale. On suppose qu'en cas de difficulté d'interprétation des clauses contractuelles, la loi applicable au contrat devra définir si l'événement litigieux est constitutif d'un défaut ; dans le cas de l'Argentine par exemple, le contrat d'émission soumis au droit new-yorkais et contenant une clause d'élection de for en faveur des juridictions de Manhattan prévoyait que le retard de plus de 30 jours dans le paiement des intérêts était considéré comme un défaut de paiement et la première décision américaine rendue dans ce contentieux a considéré également que le moratoire prononcé par l'Argentine était constitutif à ce titre d'un défaut de paiement. Le juge peut moduler ce délai en le portant à 72 mois en cas de comportement manifestement abusif des titulaires des titres. Le juge a-t-il ainsi un pouvoir d'appréciation entre 48 et 72 mois ? Quels seront les éléments pris en compte pour caractériser le comportement manifestement abusif ? Si l'on s'en tient au cas de l'Argentine, NML Capital a souscrit des obligations argentines avant et après la situation de défaut pour un pourcentage très faible de leur valeur nominale : la valeur des titres souscrits sera-t-elle un élément déterminant ? Seule ou corroborée par d'autres indices ? On sait que NML Capital s'est appuyé sur la clause *pari passu* du contrat d'émission : le traitement égalitaire des créanciers imposé par cette stipulation interdisait à l'Argentine, selon le créancier, de rembourser les créanciers ayant voté en faveur des plans de restructurations tant que NML capital ne serait pas désintéressé. L'interprétation de cette clause a suscité de vifs débats débouchant sur une solution finalement en faveur de l'argumentation développée par NML Capital. Invoquer une interprétation favorable dans ce contexte participe-t-il à un comportement manifestement abusif ? Enfin, certains analystes ont fait valoir qu'il semblerait que NML Capital avait souscrit des *Credit default swaps*¹² qui auraient pu procurer des gains d'autant plus importants que la probabilité de défaut de l'État argentin était élevée : cette souscription est-elle un indice d'un comportement manifestement abusif quant aux actions engagées pour obtenir le remboursement de la créance ?

10. Enfin, l'articulation des droits des créanciers *hold-out* à poursuivre de façon exceptionnelle des voies d'exécution individuelles avec les droits des créanciers *hold-in* provoque elle aussi des interrogations. Selon les dispositions invoquées, si le plan de restructuration a été adopté par au moins 66 % des créanciers, le titulaire des titres pourra demander une mesure pour des sommes inférieures à celles qu'il aurait obtenues en acceptant le plan de restructuration.

10. L'opportunité du texte soulève déjà des questions, l'article 59 ayant été pour sa part qualifié par certains « d'amendement Poutine » par référence aux mesures d'exécution demandées sur les biens de l'État russe en France dans le cadre de l'affaire *loukos* et aux relations tendues entre la Russie et la France dans le contexte de ce contentieux.

11. Sur ces deux questions, v. notamment les obsv. de J. Heymman, *op. cit.*

12. <https://ftalphaville.ft.com/2014/08/21/1938311/argentina-and-elliott-was-it-really-a-bond-play/>, cité par C. Kleiner, *op. cit.*

Le texte n'évoque pas la portée des clauses d'action collectives qui pourraient être insérées dans le contrat d'émission. Ces clauses, qui imposent les plans de restructuration à tous les créanciers dès lors qu'un pourcentage prédéterminé important les accepte, sont l'objet des réflexions les plus récentes. Ainsi, l'« *International capital market association* », une des associations clés qui représente les acteurs des marchés, a révisé ses contrats standards soumis soit au droit anglais soit au droit new-yorkais pour l'émission de titres de créances sur dette souveraine en proposant des clauses standards d'actions collectives et *pari passu*¹³. Le Fonds monétaire international et l'ONU¹⁴ ont aussi adopté respectivement des recommandations et résolutions pour renforcer la protection de l'État emprunteur en incitant à insérer dans les contrats d'émissions de titres des clauses *pari passu* et d'actions collectives renouvelées.

Par ailleurs, l'article 60 ne précise pas le régime de l'immunité d'exécution si une mesure provisoire d'exécution forcée réunit les conditions pour être demandée au juge : ce dernier doit-il se référer à l'article 59, et notamment à l'exigence d'une renonciation expresse et spéciale pour les biens diplomatiques ?

II. Même si des questions demeurent ouvertes, la France n'est pas le seul pays à adopter des mesures législatives pour contenir l'activisme des fonds vautours.

Ces mesures nationales s'inscrivent dans diverses initiatives internationales et européennes dont certaines ont déjà été évoquées ci-dessus. Ces initiatives n'ont pas pour le moment pris la forme de règles contraignantes mais plutôt de recommandations, rapports ou résolutions¹⁵.

La Belgique et le Royaume-Uni ont pris des mesures législatives, avant l'adoption de la loi Sapin 2. Les mesures législatives belges sont particulièrement intéressantes. Ainsi, la loi belge du 6 avril 2008 vise à empêcher la saisie ou la cession de fonds publics destinés à la coopération internationale, notamment par la technique des fonds vautours. Une loi ultérieure, adoptée le 12 juillet 2015 et relative à la lutte contre les activités des fonds vautours¹⁶, fixe une limite aux sommes dont ces fonds peuvent demander le remboursement : en cas d'avantage illégitime, la loi prévoit que les droits du créancier seront limités au prix qu'il a payé pour racheter l'emprunt ou le titre de créance sur l'État concerné. La loi dispose en outre que, quelle que soit la loi applicable à la relation juridique entre le créancier et l'État débiteur, aucune mesure d'exécution ou conservatoire ne peut être demandée en Belgique en vue d'un paiement en Belgique si ce paiement procure un avantage illégitime au créancier. Le

caractère illégitime est défini par deux éléments cumulatifs : d'une part, doit être constatée une disproportion manifeste entre la valeur du rachat de l'emprunt ou de la créance et la valeur faciale dudit emprunt ou de ladite créance ou entre la valeur de rachat et les sommes dont le paiement est poursuivi et, d'autre part, un des critères suivants doit être établi :

- l'État débiteur était en état d'insolvabilité ou de cessation de paiements avérée ou imminente au moment du rachat de la dette ;
- le créancier a son siège dans un paradis fiscal ou dans une juridiction similaire ;
- le créancier fait un usage systématique de procédures judiciaires pour obtenir le remboursement ;
- le créancier a refusé de participer aux mesures de restructuration de la dette de l'État débiteur ;
- le créancier a abusé de la situation de faiblesse de l'État débiteur pour négocier un accord de remboursement manifestement déséquilibré ;
- le remboursement intégral des sommes réclamées par le créancier aurait un impact défavorable identifiable sur les finances publiques de l'État débiteur et est susceptible de compromettre le développement socio-économique de sa population.

Pour sa part, la loi anglaise du 8 avril 2010 sur l'allègement de la dette des pays en développement (« *Debt relief – developing countries – Act 2010* ») limite le montant recouvrable des dettes au-delà du montant considéré comme viable dans le cadre de l'initiative PPTE (pays pauvres très endettés) du FMI et de la Banque mondiale¹⁷, quelle que soit la loi qui régit la dette ou la réclamation.

Comme on peut le voir dans ce très bref aperçu, les législateurs nationaux prennent des initiatives unilatérales, dans un ordre dispersé et en préconisant un encadrement des fonds vautours par des critères différents, ne serait-ce que pour l'identification des États débiteurs à protéger. Ces lois provoquent déjà des débats sur leur efficacité et leur conformité aux engagements internationaux des États auteurs de ces lois¹⁸. Les fonds vautours ne se sont d'ailleurs pas laissés prendre de court : NML Capital a intenté le 2 mars 2016 devant la Cour constitutionnelle belge un recours en annulation toujours pendant. Par ailleurs, même si ces mesures législatives montrent la préoccupation croissante des États pour l'avenir, les fonds vautours semblent avoir devant eux encore des marges d'action confortables : en mars 2016, l'Argentine a conclu un accord avec les fonds vautours permettant notamment à NML Capital de toucher environ 2,4 milliards de dollars pour NML capital. Ce dernier aura ainsi accepté de recevoir 75 % du montant de sa créance quand les créanciers « *hold-in* » auront été remboursés à hauteur de 25 ou 30 % du montant de leurs créances. ■

13. Disponibles à l'adresse suivante : <http://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/Primary-Markets/primary-market-topics/collective-action-clauses/>.

14. Résolution 68/304 de l'AG du 9 sept. 2014, « Établissement d'un cadre juridique multilatéral applicable aux opérations de restructuration de la dette souveraine », complétée par la résolution 69/247 sur les modalités d'application ; rapport du 20 juillet 2016 du Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme de l'ONU sur les activités des fonds vautours et leurs incidences sur les droits de l'homme.

15. V. ces initiatives résumées par J.P. Bohoslavsky et M. Goldmann, « An Incremental Approach to Sovereign Debt Restructuring: Sovereign Debt Sustainability as Principle of Public International Law », *The Yale Law Journal online* 2016, vol. 41, 2, p. 1.

16. Sur cette loi, v. les obsv. de J. Morel-Maroger, *Banque et Droit* n° 164, 2015, p. 50.

17. Initiative lancée en 1996 et qui vise à ramener le ratio d'endettement de ces pays à un niveau soutenable.

18. Pour une discussion sur les lois belge et anglaise, v. P. Wautelet, « *Vulture Funds, Creditors and Sovereign Debtors: How to Find a Balance?* », in M. Audit (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, LGD 2011, p. 103, spéc. p. 154 et suiv.

Clauses asymétriques de juridiction – Option unilatérale – Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I bis).

Rennes 1^{er} avril 2016, n° 15/02999, Société Générale c/ Credit Suisse et al.

High Court (Londres) 3 février 2017, Commerzbank Aktiengesellschaft c/ Liqueur Tankers Management Inc. [2017] EWHC 161 (Comm).

Plutôt que du paso doble, qui consiste en une succession de pas en avant, les tribunaux français semblent être adeptes d'une variété de tango qui implique un pas en avant et deux en arrière. L'amorce de la réhabilitation des clauses asymétriques de juridiction que nous nous étions hasardés à annoncer dans une chronique précédente¹ est emportée par le reflux dogmatique d'une cour de renvoi qui n'a pas perçu l'ouverture entrevue par l'arrêt eBizzuss². Ce retour en arrière et l'incertitude juridique qui s'impose en conséquence offrent un contraste saisissant avec la jurisprudence britannique qui, d'arrêt en arrêt, confirme la prévalence de l'autonomie de la volonté et donne sa place entière à la clause asymétrique de juridiction comme convention de prorogation de compétence dans le règlement Bruxelles I bis.

Commentaire de Georges Affaki

1. De notre précédente chronique sur le sujet l'on retiendra, qu'après l'arrêt Rothschild³, la Première chambre civile avait à nouveau sanctionné dans l'arrêt Credit Suisse⁴ le déséquilibre résultant de l'option unilatérale qu'offrent les clauses asymétriques de juridiction. La Haute juridiction s'était alors demandé si le déséquilibre dénoncé n'était pas contraire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par l'article 23 de la Convention de Lugano du

30 octobre 2007. Ce déséquilibre reposait, selon la Cour de cassation, sur le fait que « la clause litigieuse réservait à la banque le droit d'agir contre l'emprunteur devant "tout autre tribunal compétent" et ne précisait pas sur quels éléments objectifs cette compétence alternative était fondée ». Elle avait laissé à la Cour de renvoi le soin d'y répondre, eu égard aux faits de l'espèce. C'est ce qu'a fait la Cour d'appel de Rennes dans son arrêt ci-commenté.

2. **Les faits :** pour financer des travaux agricoles dans le Maine-et-Loire, la société Danne, agissant par l'entremise d'une société britannique, a conclu en 2007 deux contrats cadres de crédit avec le Credit Suisse pour un montant de 4,5 millions d'euros. La Société Générale a garanti la banque créancière par une garantie autonome. Une partie du concours a servi à souscrire à des placements financiers proposés par la Société Générale et par le Credit Suisse destinés à financer par le revenu généré les intérêts du crédit et les frais de la garantie. Devant le rendement insuffisant des placements, la SCI ICH venant aux droits de la société Danne assigna les deux banques ainsi que l'intermédiaire britannique et son gérant en dommages-intérêts devant le TGI d'Angers. La Société Générale et l'intermédiaire britannique soulevèrent une exception d'incompétence en faveur du TGI de Paris. Le Credit Suisse revendiqua le bénéfice de la clause attributive de compétence stipulée dans les contrats de crédit désignant les tribunaux de Zürich qui dispose : « L'emprunteur reconnaît que le for exclusif pour toute procédure est Zürich ou au lieu de la succursale de la banque où la relation est établie. La banque est toutefois en droit d'ouvrir une action contre l'emprunteur devant tout autre tribunal compétent. »

3. Le juge de la mise en état déclara les exceptions d'incompétence recevables. En appel, la cour d'Angers confirma l'ordonnance attaquée, jugea les demandes formées par la SCI ICH contre l'intermédiaire britannique, son gérant, la Société Générale et le Credit Suisse indivisibles et devant être soumises à une juridiction unique et donna effet à la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux de Zürich. Comme nous l'avons commenté précédemment⁵, la Première Chambre Civile cassa cet arrêt le 25 mars 2015 en reprochant aux juges « de ne pas avoir recherché si le déséquilibre de la clause attributive de juridiction, réservant à la banque le droit d'agir contre l'emprunteur devant tout tribunal compétent sans préciser sur quels éléments objectifs cette compétence était fondée, n'était pas contraire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par l'article 23 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 »⁶.

4. Devant la Cour de Rennes agissant sur renvoi, la SCI ICH, désormais en redressement judiciaire, plaida à nouveau la compétence du TGI d'Angers et, subsidiairement, celle du TGI de Paris. Le Credit Suisse invoqua la compétence des tribunaux de Zürich et la Société Générale celle du TGI de Paris. La Cour commença par rappeler la possibilité pour les parties dont l'une au moins est domiciliée

1. Banque et Droit n° 166, mars-avril 2016, p. 67.

2. Cass. 1^{er} civ., 7 oct. 2015, n° 14-16898, Sté eBizzuss c/ Sté Appel, FS-PB; Marie-Elodie Ancel et Léa Marion, « Clauses d'élection de for : le parcours du combattant », JCP E n° 6, 11 février 2016, 1087; Laurence Idot, « L'efficacité d'une clause attributive de juridiction remise en cause par la simple invocation du droit de la concurrence », JCP G n° 49, 30 novembre 2015, 1322; Véronique Legrand, « Affinage du régime juridique de la clause attributive de juridiction internationale », Petites Affiches, 24 novembre 2015, n° 234, p. 8; Sophie Pellet, « Clauses attributives de juridiction asymétriques : l'éclaircie ? », l'Essentiel Droit des contrats, 6 novembre 2015 n° 10, p. 1; Laurence Usinier, « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction asymétriques », RTD Civ. 2015, p. 844; Clément Dupoirier et Vincent Bouvard, « Clauses attributives de juridiction, asymétrie et droit de la concurrence », Gazette du Palais, 14 novembre 2015 n° 318, p. 19; Fabienne Jault-Seseke, « Validité de la clause attributive de juridiction : un revirement attendu tempéré par de nouvelles exigences », D. 2015, p. 2620.

3. Civ. 1^{re}, 26 septembre 2012, n° 11-26.022, Dominique Bureau, « Clause attributive de juridiction potestative et pluralité de défendeurs dans des actions fondées sur des lois différentes », *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 256; Marie-Elodie Ancel, Léa Marion, Laurence Wynaendts, « Réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques à propos de Cass. 1^{re} Civ., 26 septembre 2012 », Banque et Droit n° 148, mars-avril 2013, p. 3.

4. Civ. 1^{re}, 25 mars 2015, SCI Danne holding patrimoniale et al. c/ Credit Suisse et al., n° 13-27.264; Marie-Elodie Ancel « Clair-obscur sur les clauses d'élection de for asymétriques », Banque et Droit n° 163, septembre-octobre 2015, p. 4; Laurence Usinier, « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction asymétriques », RTD Civ. 2015, p. 844; Louis d'Avout, « Pour une réhabilitation des clauses attributives de juridiction dissymétriques », JCP G n° 21, 25 mai 2015, 600.

5. Voir supra note 1.

6. Voir supra note 4. L'article 23 de la Convention de Lugano dispose : « 1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat lié par la présente Convention pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont compétents ».

sur le territoire d'un État lié par la Convention de Lugano de convenir de la prorogation de compétence en faveur d'un tribunal, mais énonça : « il est de principe que la validité d'une telle clause attributive de juridiction est subordonnée à une exigence de précision afin de satisfaire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par ce texte, ce qui implique que les tribunaux visés, à défaut d'être nommément désignés, doivent être identifiables à partir d'éléments objectifs et suffisamment précis ». Et la Cour d'ajouter : « Or, en l'occurrence, en permettant au Credit suisse, qui impose à son cocontractant d'agir devant les juridictions zurichoises, d'agir de son côté devant "tout autre tribunal compétent", la clause litigieuse ne précise aucun élément objectif d'identification de ces autres juridictions, dès lors qu'elle ne renvoie à aucune règle déterminée de droit interne ou international susceptible de fonder cette compétence alternative et qu'ainsi, rien ne démontre que les parties se sont mises d'accord de façon claire et précise pour choisir le ou les tribunaux auxquels elles entendaient soumettre leurs différends. »

La Cour décida alors que la clause attributive de juridiction n'est pas opposable à l'emprunteur.

5. En dehors de toute règle impérative de protection des consommateurs, inapplicable en l'espèce, et de toute allégation de vice du consentement, comment peut-on conclure à l'absence d'un quelconque « élément objectif » permettant d'identifier le tribunal choisi par les parties alors que la Convention de Lugano demeure applicable et que l'ensemble de ses règles de compétence figurent dans son Titre I sans ambiguïté ou aléa⁷? Concernant un contrat de crédit, outre le tribunal de Zürich choisi par les parties, la référence à « tout autre tribunal compétent » ne peut s'entendre qu'au bénéfice :

– du tribunal du lieu de domiciliation du défendeur, au titre de la règle de compétence générale de l'article 2 de la Convention, ou

– du tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, au titre de la règle de compétence spéciale en matière contractuelle de l'article 5(1)(a) de la Convention, c'est-à-dire au lieu de la mise à disposition de l'emprunteur français des fonds du crédit octroyé par la banque suisse.

Or, dans les deux cas, l'alternative au tribunal de Zürich nommé dans la clause de juridiction sera les tribunaux français, et plus particulièrement ceux d'Angers, compétents au titre de la règle générale de l'article 2 ou celle spéciale de l'article 5(1)(a) de la Convention. La référence dans la clause à « tout autre tribunal compétent », lue à la lumière des règles de compétence objectives de la Convention de Lugano, permet d'identifier objectivement les autres juridictions compétentes que le prêteur pourrait potentiellement choisir à défaut du tribunal de Zürich. Il n'y a là aucun arbitraire qui irait à l'encontre de l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique visé par la Convention.

6. L'aléa de la règle de compétence dérivée de l'article 6 de la Convention de Lugano⁸ permettant d'attirer une

pluralité de défendeurs devant le domicile de l'un d'eux pour éviter les solutions inconciliables à des demandes liées serait-il ce manque d'élément objectif « d'identification des autres juridictions compétentes » qui a amené la Cour de Rennes à déclarer la clause de juridiction inopposable? On ne saurait soutenir un tel raisonnement. D'abord, la neutralisation de la clause de juridiction doit se fonder sur un vice intrinsèque à la clause au moment où elle est convenue entre le prêteur et l'emprunteur, et non résulter du choix de l'emprunteur d'intenter une action en dommages-intérêts contre l'intermédiaire britannique, le prêteur suisse et le garant français au titre des services d'investissement qu'ils lui auraient vendus. Ensuite, l'on ne saurait appliquer l'article 6 de la Convention à des conventions indépendantes, telle que la garantie de la Société Générale indépendante des contrats de crédit du Credit Suisse⁹. Enfin, la compétence dérivée de l'article 6 de la Convention est subsidiaire¹⁰ et ne saurait jouer en présence de règles de compétence générales ou spéciales, dont celles de l'article 2 et de l'article 5(1)(a) de la Convention précédemment évoquées.

7. En l'absence de vice dans la clause de juridiction elle-même, la Cour de renvoi a-t-elle entendu sanctionner le principe même de l'option unilatérale en faveur de l'une des parties au contrat? Si tel est le cas, elle irait à l'encontre de la *ratio decidendi* énoncée dans l'arrêt *eBizzcuss* par la Cour de cassation¹¹. En l'espèce, les parties à un contrat de distribution d'équipements informatiques avaient convenu de soumettre leurs litiges potentiels à la compétence des tribunaux irlandais tout en offrant au fournisseur irlandais la faculté de saisir les juridictions du lieu du siège social de son co-contractant ou celles de tout pays où il subirait un préjudice du fait de son co-contractant. La clause de juridiction était ainsi rédigée : « [...] les parties se soumettent à la compétence des tribunaux de la République d'Irlande. Apple se réserve le droit d'engager des poursuites à l'encontre du Revendeur devant les tribunaux dans le ressort duquel est situé le siège du Revendeur ou dans tout pays dans lequel Apple subit un préjudice. »

8. Assigné en concurrence déloyale devant les tribunaux de Paris, le fournisseur a soulevé l'exception d'incompétence au profit des juridictions irlandaises, exception accueillie tant en première instance qu'en appel. Un pourvoi en cassation a alors été formé par le distributeur, sans plus de succès. En effet, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir exactement déduit que la clause « répondait à l'impératif de prévisibilité auquel doivent satisfaire les clauses d'élections de for ». ¹² Pour la Cour, la clause était

règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (JOCE 20 décembre 2012) auparavant prévues par l'article 6 du règlement (CE) n° 44/2001 du 20 décembre 2000 (JOCE 16 janvier 2001), dont les termes sont eux-mêmes extrêmement proches de ceux de l'article 6 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (n° 72/454/CEE : JOCE 31 décembre 1972).

9. Com. 6 mars 2001, 98-15-239; TGI Paris 13 mai 1980, JCP G 1981, II, 19550; Trib. com. Paris 12 avril 1991, D. 1992.

10. CJCE 22 mai 2008, aff. C-462/06, *GlaxoSmithKline* : Rev. crit. DIP 2008, p. 847, note F. Jault-Seseke; RDT 2008, p. 867, obs. E. Pataut; RDC 2009, p. 221, note P. Deumier.

11. Voir *supra* note 2 et notre chronique citée *supra* note 1.

12. Si, finalement, cet arrêt a prononcé la cassation de l'arrêt de la cour d'appel dans la mesure où la clause attributive de juridiction « ne se référait pas à des pratiques anticoncurrentielles » et était donc inapplicable en l'espèce, il n'a pas moins affirmé la

7. Article 3 de la Convention de Lugano.

8. L'article 6 de la Convention dans ses deux versions du 16 septembre 1988 (JOCE du 25 novembre 1988) et du 30 octobre 2007 (JOCE du 21 décembre 2007) reprend pratiquement à l'identique les règles de compétence dérivées de l'article 8 du

valable dans la mesure où elle permettait « d'identifier les juridictions éventuellement amenées à se saisir d'un litige ».

9. Nous soutenons qu'il n'y a aucune différence objective entre la clause de juridiction objet de l'arrêt *Credit Suisse* et celle de l'arrêt *Bizcuss*. Si, dans *Bizcuss*, le fournisseur se réserve l'option entre les tribunaux irlandais, ceux du siège du revendeur et ceux du lieu du préjudice subi, la clause *Credit Suisse* n'est pas moins précise lorsqu'elle se réfère à « tout autre tribunal compétent » et doit nécessairement être lue à la lumière de la Convention qui demeure exclusivement applicable et qui limite l'option du prêteur au tribunal nommé dans la clause, celui du lieu de mise à disposition des fonds ou celui du domicile de l'emprunteur. Dans ces circonstances, il est difficile d'identifier l'imprévisibilité ou l'insécurité juridique qui permettrait aux tribunaux d'anéantir l'accord de parties professionnelles à un contrat international. À moins d'être amené à exiger désormais un codicille qui grefferait à la référence par les parties dans leur clause de juridiction à « tout autre tribunal compétent » les termes « selon la Convention de Lugano », un formalisme que rien ne justifie.

10. **Le contraste avec la jurisprudence britannique persiste.** Nous avons souligné dans notre précédente chronique le contraste entre la jurisprudence française invalidant la clause asymétrique de juridiction et la jurisprudence anglaise qui les reconnaît pleinement¹³. En effet, dans l'arrêt *Pittalis*¹⁴ d'abord, il a été admis que la clause litigieuse résultait d'un accord bilatéral et qu'il importait peu que l'exercice de l'option soit laissé à la discrétion de l'une des parties seulement. Cette faveur à l'égard des clauses asymétriques n'a cessé d'être confirmée depuis. Ainsi, dans l'affaire *Three Shipping*¹⁵, les juges britanniques ont admis la validité de la clause attributive de compétence aux juridictions étatiques offrant à l'une des parties l'option de soumettre un litige à l'arbitrage. Ensuite, dans l'affaire *Elektrim Finance*¹⁶, le contrat contenant une clause compromissaire tout en permettant à l'une des parties de saisir les juridictions anglaises a été validé également.

11. Appliquant le droit mauricien – qui est largement fondé sur le droit français – à l'occasion de l'affaire *Mauritius Commercial Bank Limited*, les tribunaux britanniques sont allés jusqu'à affirmer que leurs homologues français ont appliqué à tort les droits européen et français¹⁷. Refusant de voir dans le Règlement de Bruxelles I une condamnation des clauses asymétriques, la High Court a précisé que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant l'égal accès à la justice n'est pas un fondement adéquat pour attaquer la clause asymétrique de juridiction. En effet, cet article entend protéger l'égalité d'accès à la justice au sein de la juridiction

choisie par les parties et non pas le choix du forum. Or, il n'est pas démontré que devant un for identifié, l'accès à la justice ne serait pas égalitaire pour les deux parties au motif que l'une d'elles disposerait d'un choix du for. C'est cette ligne de jurisprudence constante en Grande-Bretagne que vient de confirmer avec éclat l'arrêt *Commerzbank c/ Liquimar Tankers*.

12. ***Commerzbank c/ Liquimar Tankers***¹⁸. Dans le cadre d'une série de crédits bancaires de financement de construction de navires octroyés par *Commerzbank* à des sociétés libériennes constituées pour le besoin de détenir la propriété des navires concernés, la société de gestion dont le centre d'administration est en Grèce a garanti deux de ces crédits. Les garanties prévoyaient des clauses asymétriques de juridiction en faveur des tribunaux britanniques avec l'option pour le prêteur d'intenter une action à l'encontre du garant « devant n'importe quel autre tribunal compétent ». À l'appel des garanties pour défaut de remboursement des crédits, le garant initia une action à l'encontre de la banque devant les tribunaux du Pirée en déclarant qu'il n'était pas tenu au titre des garanties. La banque répondit par une action en paiement de la garantie qu'elle intenta devant les tribunaux de Londres en application de la clause de juridiction¹⁹. La procédure devant *Cranston J* ne portait que subsidiairement sur la validité de la clause asymétrique. L'argument principal invoquait en effet la litispendance au titre de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, repris à l'article 27 du règlement de Bruxelles I puis, avec un changement notoire, au règlement de Bruxelles I bis. Cette disposition, on le sait, impose aux tribunaux des États membres autres que le tribunal premier saisi de surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal premier saisi d'une même cause d'action entre les mêmes parties ait statué sur sa compétence, nonobstant l'éventuelle prorogation de compétence convenue entre les parties en faveur d'un tribunal spécifiquement désigné²⁰. Or, l'on sait que les abus de l'application stricte de cette disposition ont amené à la refonte du règlement de Bruxelles I qui prône à l'article 29 la prévalence de l'autonomie de la volonté sur l'application stricte de la litispendance²¹. Les tribunaux grecs se devaient dès lors de décliner leur compétence en faveur des tribunaux britanniques désignés dans la clause de compétence... à moins que celle-ci, asymétrique, ne soit inopposable au garant. C'est ce point que plaïda subsidiairement le garant au cas où son premier argument que la clause asymétrique ne peut être considérée comme le choix d'une juridiction exclusive dérogeant à la règle de litispendance de l'article 29(1) du règlement bis ne soit pas retenu.

validité de la clause asymétrique de juridiction.

13. Voir supra note 1.

14. *Pittalis c/ Sherefettin*, 1986, AQB 868.

15. *Three Shipping Ltd c/ Harebell Shipping Ltd*, 2005, 1 AER 200.

16. *Law Debentures Trust Corporation plc c/ Elektrim Finance BV and Others*, 2005, 2 AER 476.

17. High Court of Justice Queen's Bench division, Commercial Court, 24 mai 2013, *c/ Hestia Holdings Limited and Sujana Universal Industries Limited*, paragraph 43.

18. High Court (Londres), 3 février 2017, *Commerzbank Aktiengesellschaft c/ Liquimar Tankers Management Inc.* [2017] EWHC 161 (Comm).

19. En pratique, il y avait quatre procédures en cours dont deux pour chaque navire : celles à l'initiative du garant et du propriétaire de chaque navire devant les tribunaux du Pirée, et celles en paiement des garanties et en dommages-intérêts à l'initiative de la banque devant les tribunaux de Londres.

20. C-116/02, *Erich Gasser GmbH c/ MISAT Srl*.

21. G. Affaki et H. Grigera Naon (Dir.), « Jurisdictional Choices in Times of Trouble », ICC Publ., 2015.

13. En rejetant l'argument, Cranston J commença par reconnaître que les accords de juridiction asymétriques « are a long established and practical feature of international financial documentation »²². Il nota également la remarquable étude publiée récemment par Financial Markets Law Committee qui traite, en droit anglais et comparé, de la fonction de la clause et de son statut devant les tribunaux de divers pays²³. En analysant la clause litigieuse, le juge opta pour une interprétation autonome du règlement européen qui, seule, assure une application uniforme dans l'Union²⁴. Or, si le juge avait considéré, comme il avait été plaidé dans l'arrêt *Rothschild*²⁵, que le passage de la Convention de Bruxelles au Règlement de Bruxelles I avait éliminé la clause de compétence asymétrique du champ du règlement, il aurait sans doute appliqué le droit anglais à l'interprétation de la clause. De cette prémisse une conclusion logique s'imposait : la clause asymétrique de juridiction est valide, trouve sa place dans le Règlement Bruxelles I bis et impose à toute juridiction autre que celle nommée

dans la clause de se dessaisir au nom de la prorogation de compétence issue de l'article 29. Et le juge de rendre hommage à la pratique bancaire établie en ajoutant : « it would need a strong indication that Brussels 1 Recast somehow renders what is a regular feature of financial documentation in the EU ineffective »²⁶.

14. **L'avenir?** La fin des péripéties que vie la clause asymétrique de juridiction en droit français viendra-t-elle d'une confirmation par la Cour de cassation de l'ouverture amorcée par l'arrêt *eBizcuss* ou d'une interprétation du Règlement de Bruxelles I bis sur renvoi préjudiciel par la Cour de Justice de l'Union européenne qui, dans les deux cas, réhabiliterait la licéité de principe de la clause, confinant son inopposabilité aux seuls cas d'arbitraire laissés à l'une des parties²⁷? En attendant l'une ou l'autre de ces solutions, un dialogue entre les milieux professionnels et notre Haute juridiction s'impose pour expliquer la nature de la pratique contractuelle en cause et les enjeux considérables, y compris quant à l'attractivité du droit français. ■

22. Commerzbank, parag. 41.

23. Issues of Legal Uncertainty Arising in the Context of Asymmetric Jurisdiction Clauses, juillet 2016 (http://www.fmlc.org/uploads/2/6/5/8/26584807/paper_on_unilateral_jurisdiction_clause.pdf).

24. C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik KG c/ Palumbo*.

25. Voir *supra* note 3.

26. Commerzbank, parag. 80.

27. Nous sommes informés qu'un second pourvoi aurait été formé en septembre 2016 contre l'arrêt de la Cour de renvoi. S'il est déclaré recevable, l'Assemblée plénière aura alors à statuer. Ce sera l'occasion pour réhabiliter une fois pour toutes la clause asymétrique de juridiction dans son principe.