

fois, la Commission fait valoir son inquiétude quant au fait que le principe du passeport unique reconnu dans la directive CRD IV ne fasse régir la succursale par la loi du siège rendant alors difficilement transposable l'option A<sup>29</sup>. En revanche, selon la Commission, l'option B donnerait effet à la loi choisie par la banque dans la convention de compte et serait au surplus compatible avec la règle de conflit retenue par la Convention de La Haye sur les titres. D'où encore une conséquence du choix par la Commission de traiter les créances et les titres dans le même instrument.

**26. La feuille de route à venir.** La Commission a mobilisé un groupe de 15 experts, universitaires et praticiens du droit, qui doivent se réunir tout au long de l'année en cours pour suivre la consultation et traiter les

réponses qu'elle engendrera. Un projet de proposition sera alors publié par la Commission mi-septembre et, selon les commentaires reçus, pourrait être adopté en décembre 2017.

**27.** Les personnes intéressées ont jusqu'au 30 juin 2017 pour répondre à la consultation publique directement sur le site dédié<sup>30</sup>. De nombreuses organisations internationales et professionnelles se préparent à participer à la consultation, y compris la CNUDCI et la Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale. La communauté bancaire en France et en Europe se doit de formuler ses attentes également car il n'est pas sûr qu'il soit proposé de sitôt d'autres occasions sérieuses pour enfin doter l'Union de la règle uniforme de conflit manquante quant à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance. ■

n° 145, septembre-octobre 2012, p. 21.

29. Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

30. [http://ec.europa.eu/info/finance-consultations-2017-securities-and-claims\\_en](http://ec.europa.eu/info/finance-consultations-2017-securities-and-claims_en). Le questionnaire ne semble être proposé qu'en langue anglaise.

## Titres de créance – Règlement Bruxelles I – Qualification du contrat de souscription – Fait dommageable – Localisation du préjudice financier.

Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n° de pourvoi 14-25426.

### La qualification des instruments financiers et la localisation du préjudice financier au regard des règles de conflit de juridictions : suite d'une série sans fin... et sans cap ?

Commentaire d'Aline Tenenbaum

**1.** Le croisement des instruments financiers et des règles européennes de conflit de juridictions suscite un contentieux nourri : ce sont aussi bien les qualifications que les questions de localisation qui soulèvent des difficultés. C'est un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 1<sup>er</sup> mars 2017 qui retient à cet égard l'attention : l'arrêt casse pour manque de base légale un arrêt de la cour d'appel de Paris au visa de deux dispositions du Règlement Bruxelles I, texte applicable aux faits de l'espèce<sup>1</sup> : l'article 5.1.b relatif à l'option de compétence en matière de contrats de service et l'article 5.3 qui porte sur l'option de compétence en matière délictuelle.

**2.** Le litige concerne la réorganisation de la société de droit autrichien Kommunalkredit<sup>2</sup>. Il oppose une société mutualiste française, l'Union mutualiste retraite (UMR), à deux sociétés autrichiennes, la société Kommunalkredit Austria (Société KA) et la société KA Finanz AG (Société

KF). Ces deux entités autrichiennes viennent aux droits et obligations de la société Kommunalkredit, nationalisée et réorganisée en 2009, à la suite de la crise financière de 2008. L'UMR avait souscrit en 2006 et 2009, par l'intermédiaire de la succursale française de la société Barclay's Plc établie en Angleterre (Barclay's), des « capital certificates » émis par une fiducie en échange de « capital notes », titres de créance émis au bénéfice de cette dernière par la société Kommunalkredit. L'UMR a estimé que la souscription avait été réalisée sur la base d'une information partielle et erronée et qu'elle n'a pas pu faire valoir ses droits lors de la restructuration de Kommunalkredit en raison de l'écran constitué par la fiducie. L'UMR a assigné devant les tribunaux français Barclay's et les Sociétés KA et KF en annulation des souscriptions pour vice du consentement et subsidiairement en réparation du dommage résultant de la violation par Barclay's de ses obligations de loyauté et d'information, les sociétés KA et KF étant complices de ce manquement. Le Tribunal de commerce de Paris s'est déclaré compétent et la cour d'appel de Paris a rejeté le contredit formé par les sociétés KA et KF. Les pourvois formés par ces dernières ont été accueillis par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt des juges d'appel pour manque de base légale.

**3.** Le premier moyen vise à dénier toute compétence aux tribunaux français en tant que tribunaux du lieu d'exécution du contrat de services qui aurait été conclu entre l'UMR et Kommunalkredit. L'article 5.1.b du Règlement Bruxelles I offre en effet au demandeur, en matière contractuelle, la possibilité de saisir un for spécifique pour les contrats de service : le tribunal compétent est celui de l'État membre « où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ». L'application de cette disposition repose sur la qualification du contrat litigieux comme contrat de fourniture de services. Pour retenir

1. Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

2. Sur un autre aspect de cette restructuration, v. CJUE 7 avril 2016, aff. C-483/14, KA Finanz AG c/ Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group, notre note, *Revue des contrats* 2017-149.

cette qualification, la cour d'appel de Paris a considéré que la souscription devait s'analyser en un contrat de prêt « constitutif d'une prestation de services du prêteur au bénéfice de l'emprunteur ». Pour les juges d'appel, l'émission d'obligations est un contrat de prêt au regard du droit français, ce qui le qualifie au regard des règles européennes en contrat de fourniture de services car « il n'est pas par définition une vente de marchandises ».

Ces deux étapes du raisonnement appellent les observations suivantes.

Tout d'abord, concernant l'analyse conduite en vertu des catégories du droit français, on ne peut que s'étonner. Comme le souligne le pourvoi, la notion de contrat de fourniture de services, comme nombre de notions utilisées dans le Règlement Bruxelles I, est une notion dite autonome : dégagés des contingences engendrées par les qualifications nationales parfois divergentes, voire incompatibles, les concepts visés par le texte européen sont interprétés au regard du système et des objectifs des règles posées<sup>3</sup>. La circonstance que le droit français à lui seul – dont la légitimité d'application n'est en outre pas justifiée – considère l'émission en cause comme une variété de contrat de prêt est dès lors indifférente.

Ensuite, la cour d'appel de Paris considère que le contrat de services est une catégorie résiduelle, délimitée par un principe binaire : puisque le contrat de prêt n'est à l'évidence pas une vente de marchandises, alors ce serait nécessairement un contrat de services. Les deux catégories – ventes de marchandises et contrat de services – seraient des vases communicants : si un contrat ne peut être considéré comme une vente de marchandises, alors c'est un contrat de services. En tenant ce raisonnement, la cour d'appel ignore tout à la fois la lettre du texte de l'article 5.1 et le contenu positif donné par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à la notion de contrat de services. L'article 5.1.c dispose en substance que, si le litige en matière contractuelle ne concerne ni un contrat de vente de marchandises ni un contrat de fourniture de services, alors le for général du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande s'appliquera. Ainsi, si un contrat n'est pas qualifié de vente de marchandises, ce n'est pas pour autant qu'il tombe automatiquement, à titre résiduel, dans la catégorie des contrats de services : il peut tout simplement relever du for général visé au point a) de l'article 5.1. La jurisprudence tant nationale qu'européenne offre une vision de la qualification moins péremptoire que l'analyse binaire proposée par la cour d'appel. Ainsi, la Cour de cassation semble hésitante sur la qualification du contrat de prêt de contrat de fourniture de services<sup>4</sup>. Elle a ainsi considéré, en application des règles françaises de compétence internationales que « la délivrance d'une somme d'argent en exécution d'un contrat de prêt ne peut,

en elle-même être tenue pour une prestation de services au sens de l'article 46 du NCPC »<sup>5</sup>. Dans un arrêt postérieur de 2006, elle a qualifié le contrat de prêt de contrat de services pour les besoins de l'application de l'article 13-3 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (telle que modifiée avant son reformatage par le Règlement Bruxelles Ibis) relatif à la compétence protectrice en matière de contrats conclus avec les consommateurs<sup>6</sup>. La CJUE, interrogée sur la notion de services dans l'arrêt *Falco*<sup>7</sup>, a considéré que le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit d'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération, n'est pas un contrat de fourniture de services : ce n'est pas un contrat de ventes de marchandises mais pour autant, ce contrat ne relève pas des règles prévues pour le contrat de fourniture de services. Dans ce même arrêt, la CJUE a dégagé les éléments d'une définition positive du contrat de fourniture de services. La partie qui fournit le service doit effectuer une activité déterminée – il faut comprendre positive – en contrepartie d'une rémunération.

Dans le présent arrêt, la chambre commerciale se réfère expressément aux éléments ainsi posés : elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir « caractérisé l'existence de l'activité du fournisseur de services en contrepartie d'une rémunération » et de ne s'être fondée que sur la qualification française de contrat de prêt. Les arguments développés dans le pourvoi sont à cet égard intéressants et devront être sans doute davantage analysés par les juges de renvoi. La souscription y est analysée comme un placement financier perpétuel, qui ne comporte aucune activité déterminée de la part du souscripteur : les titres sont des obligations subordonnées, perpétuels et donnant lieu à remboursement éventuel en cas de réalisation de bénéfices distribuables suffisants et au rang *pari passu* avec les droits des porteurs de titres de capital de l'émetteur.

4. Sur le terrain subsidiaire de la compétence en matière délictuelle, le raisonnement de la cour d'appel de Paris ne rencontre pas plus de succès auprès de la Cour de cassation. La cour d'appel avait considéré que le fait délictueux invoqué consistait en la diffusion d'informations incomplètes ou erronées par des messages électroniques à destination de la France. Les juges en avaient déduit que les faits délictueux étaient ainsi réputés commis en France, ce qui justifiait la compétence des tribunaux français sur le fondement de l'article 5.3 du Règlement Bruxelles Ibis. La Chambre commerciale casse là encore l'arrêt pour manque de base légale : la cour d'appel n'a pas caractérisé le fait délictueux reproché aux sociétés KA et KF qui serait localisé en France ni les éléments de la localisation en France du dommage en résultant pour UMR.

On voit clairement émerger de cet attendu la difficulté liée au délit complexe en matière de conflit de juridictions. La Cour de cassation exige en effet d'être en mesure de contrôler le raisonnement qui permet d'identifier le fait

3. Sur les méthodes et les critiques de l'interprétation autonome, v. M. Audit, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, n° 3, doct. 100025.

4. Sur les hésitations doctrinales, découlant notamment du rapport explicatif de la Convention de Bruxelles dans lequel il a été expressément considéré qu'« une opération de crédit n'a pas pour objet la fourniture de services », v. P. Berlioz, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement « Bruxelles I » », *JDI* 2006, n° 3, doct. 16.

5. Cass. com. 9 mars 1999, n° 96-14-259, D.2000.769, note J. Beauchard, « Compétence territoriale en matière de prêt d'argent et de tenue de compte bancaire ».

6. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 novembre 2006, n° 04-13392, Bull. 2006 I n° 518, p. 459.

7. CJUE, aff. C-533/07, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch c/ Gisela Weller Lindhorst*, D. 2010.1592, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. des contrats* 2009.1558, obs. E. Treppoz.

générateur et le résultat et de localiser au moins l'un de ces deux éléments constitutifs en France pour justifier la compétence des tribunaux français<sup>8</sup>.

Il est délicat toutefois de cerner avec précision la position de la Cour de cassation quant à ces deux questions. La cour d'appel avait considéré que les sociétés KA et KF étaient complices de la diffusion d'informations erronées par la société Barclay's ; le « fait délictueux » à prendre en compte résidait donc dans le comportement « primaire » imputable à la société Barclay's. La cour d'appel poursuit en affirmant que le « fait délictueux » ainsi défini est situé en France : ces informations inexacts étaient diffusées sur le marché français, à l'aide de messages électroniques à destination de la France. Cette construction ne dissipe pas les ambiguïtés de la terminologie employée : les juges d'appel ont-ils considéré le délit comme un délit simple – par cette dénomination assez inhabituelle de « fait délictueux » – entièrement « réputé avoir été commis en France », ou ont-ils voulu viser le fait générateur localisé en France ? Par ailleurs, la référence aux messages électroniques « à destination de la France » fait écho à la théorie de la focalisation développée dans le cadre de la localisation des cyber-délits. Là encore, les termes employés sont inhabituels : la CJUE a sans équivoque consacré la théorie de l'accessibilité pour localiser le résultat du délit<sup>9</sup>.

La Cour de cassation a peut-être voulu sanctionner ces flottements. Présupposant que le délit concerné en l'espèce est complexe, elle semble en premier lieu exiger qu'un fait générateur propre aux comportements des sociétés KA et KF soit isolé. La configuration de l'action en l'espèce était spécifique : si le contredit a été formé par les sociétés KA et KF, les faits tels que rappelés par la chambre commerciale font ressortir que l'action était intentée par UMR contre la société Barclay's et ces deux sociétés autrichiennes, codéfenderesses considérées comme complices du comportement délictueux de la société Barclay's. La CJUE a déjà eu l'occasion de se prononcer dans des hypothèses de faits générateurs imputables à une pluralité d'auteurs. Une affaire plus particulièrement, qu'on ne peut manquer de rapprocher de la présente espèce, concerne des opérations financières à terme : l'affaire *Melzer*<sup>10</sup>. Dans cette affaire, un investisseur domicilié en Allemagne a été démarché au téléphone par un établissement financier établi en Allemagne qui a ouvert au nom de l'investisseur un compte auprès d'un courtier établi à Londres. Des opérations à terme ont été exécutées par le courtier. Ces opérations ont généré des pertes financières importantes et l'investisseur a alors agi devant les juridictions allemandes en réparation de son préjudice contre le courtier, sur le terrain de la responsabilité délictuelle. L'investisseur estime en effet d'une part avoir été insuffisamment informé des risques liés aux opérations à terme et d'autre part ne pas avoir

été informé de la convention de commissions occultes conclue entre le courtier et l'établissement financier allemand alors même que cet accord aurait créé un conflit d'intérêts : le courtier, selon l'investisseur, a été complice de la commission d'un dommage par l'établissement financier allemand. Les juridictions allemandes ont soumis une question préjudicielle à la CJUE quant à l'interprétation de l'article 5.3 du Règlement Bruxelles I : les juridictions compétentes envers un coauteur, non attrait dans l'action, en raison de la localisation d'un fait générateur sur leur territoire, peuvent-elles être compétentes à l'encontre d'un autre auteur supposé qui n'a pas agi dans le ressort de la juridiction saisie ? La CJUE répond par la négative, s'appuyant sur le fondement de proximité et de bonne administration de la justice de l'article 5.3 ainsi que sur la nécessité d'assurer la sécurité juridique. Ce faisant, comme le fait justement observer M. Chacornac, « dissocier l'investissement réalisé sur la base d'un défaut d'information initial suite à un démarchage des opérations qu'ils (les prestataires de services d'investissement) réalisent sans s'être acquittés de leurs propres obligations paraît exagérément rigoureux pour le demandeur ». Ce raisonnement rigoureux pourrait avoir été tenu en l'espèce par la Cour de cassation : bien que le fait générateur soit unique – le non-respect des obligations d'information – le comportement des coauteurs défendeurs à l'action doit être localisé en France pour justifier la compétence des tribunaux français dans le cadre de l'article 5.3 du Règlement Bruxelles I.

Ensuite, selon la Cour de cassation, la localisation en France du résultat dommageable pour UMR doit être justifiée. L'attendu très succinct à cet égard ne permet pas de savoir quelle est la position de la Cour de cassation quant à la localisation du préjudice financier : plus spécifiquement, la localisation au lieu où sont tenus les comptes de l'investisseur qui enregistrent les pertes financières est-elle pertinente ? On sait que récemment, la réponse à cette question a suscité des débats à la suite d'arrêts rendus par la CJUE, d'abord dans l'affaire *Kolassa* puis dans l'affaire *Videndi Universal*<sup>11</sup>. Dans la première affaire, les juridictions du domicile de l'investisseur en tant que tribunaux du lieu du résultat étaient compétentes dès lors que le dommage se réalise directement sur le compte bancaire de l'investisseur tenu par une banque établie dans ce même lieu ; la portée de cette solution nouvelle semble contenue dans la seconde affaire et réservée aux cas où des circonstances particulières pourraient être caractérisées. En outre, la Cour de cassation ne se prononce pas sur la pertinence des arguments liés à la diffusion en France de messages électroniques retenus par les juges d'appel, dont elle casse la décision pour manque de base légale.

Le flou n'est donc guère dissipé et on attendra avec impatience l'arrêt de renvoi. En attendant, on doit se contenter de ces attendus de cassation lapidaires et d'une approche qui demeure casuistique. ■

8. Conformément aux solutions jurisprudentielles dégagées par la CUE dans le célèbre arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* (aff. C.21/76, 30 novembre 1976).

9. CJUE 25 octobre 2011, aff. jointes C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertisng GmbH c/ X et Olivier Martinez et Robert Martinez c/ MGN limited*.

10. CJUE 16 mai 2013, aff. C-228/11, *Melzer c/ MF Global UK Ltd*, *Rev. crit.* 2013, 933, note J. Chacornac ; v. aussi CJUE 3 avril 2014, aff. C-387/12, *Hi Hotel HCF SARL c/ Uwe Spoering*.

11. CJUE 28 janvier 2015, aff. C-375/13, *Harald Kolassa c/ Barclays Bank Plc* et CJUE 16 juin 2015, aff. C-12/15, *Universal Music International Holding BV*.