

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur associé
à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)
Avocat à la Cour



**JULIETTE
MOREL-MAROGER**
Professeur
Université de Bourgogne
Franche-Comté, CREDIMI



**JÉRÔME
CHACORNAC**
Maître
de conférences
Université Paris 2

Des fatalités de la clause optionnelle de juridiction

Il aura fallu six ans de procédure et deux arrêts de la Cour de cassation afin que la saga *Credit Suisse* trouve son épilogue. D'une durée similaire, la procédure dans l'affaire *Dexia* promet un prolongement puisque la cassation – la deuxième – est accompagnée d'un renvoi. La déception que ces deux arrêts susciteront est à la hauteur de l'espoir que nous avons exprimé dans les colonnes de cette Chronique pour une approche plus réaliste par notre Haute juridiction. La Première chambre civile persiste à nier toute opposabilité des clauses de juridiction asymétriques qui ne désigneraient pas spécifiquement les tribunaux optionnels ou les règles de compétence permettant de les désigner. Cette jurisprudence, désormais en conflit ouvert avec celles de la Chambre commerciale et de la Deuxième chambre civile, est également dissonante par rapport à la jurisprudence dans d'autres États européens et bien au-delà qui, au nom de l'autonomie de la volonté, donne effet aux conventions internationales librement conclues entre professionnels. S'agissant de l'interprétation de la législation de l'Union, un renvoi préjudiciel à la Cour de justice européenne s'impose sans tarder. Il y va également de l'attractivité du droit français à l'international.

Cour de cassation, 1^{re} Civ., 7 février 2018, n° 16-24.497, *Credit Suisse c/ SCI ICH et autres*; 3 octobre 2018, 17-21.309, *Sté Saint Joseph c/ Dexia Banque Internationale*.

Commentaire de Georges Affaki

1. 2018 aura dissipé tout espoir de voir la Première chambre civile reconnaître l'utilité des clauses de juridiction à option unilatérale et de les valider au nom de l'autonomie de la volonté. Les arrêts *Credit Suisse* et *Dexia* sont respectivement

le quatrième et le cinquième arrêt rendus cette décennie par la Première chambre civile¹. Sa jurisprudence est désormais établie : la clause de juridiction exclusive peut prévoir une option asymétrique dès lors que les tribunaux optionnels y sont énumérés ou que les règles d'attribution territoriale de compétence permettent d'identifier précisément ces tribunaux. À défaut, elle est inopposable par le bénéficiaire de l'option. Tant pis si la Chambre commerciale et, avant elle, la Deuxième chambre civile, des tribunaux à l'étran-

1. Voir nos chroniques précédentes sur le sujet dans *Banque et Droit* n° 166, mars-avril 2016, p. 67 et s. et *Banque et Droit* n° 172, mars-avril 2017, p. 60 et s., ainsi que G. Affaki et H. Grigera Naon (dir.), « Jurisdictional Choices in Times of Trouble », ICC, 2015. Les précédents arrêts de la Première chambre civile sont l'arrêt *Banque Rothschild* (Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-26.022 : *Juris-Data* n° 2012-021675 ; J.-B. Racine, « Les clauses d'élection de for asymétriques – Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Lextenso, 2018, p. 1323 ; JCP G 2012, act. 1065, obs. E. Cornut ; JCP G 2013, 105, note L. Degos et D. Akchoti. – et V., parmi d'autres, JCP E 2013, 1134, n° 3, obs. C. Nourissat ; JCP E 2013, 1003, n° 9, obs. Ph. Grignon ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note D. Bureau ; *Banque et Droit* 2013, n° 148, p. 3, note M.-E. Ancel, L. Marion et L. Wynaendts ; D. 2012, p. 2876, note D. Martel ; D. 2013, p. 2293, L. d'Avout ; D. 2013, p. 1503, F. Jault-Seseke ; RDC 2013, p. 661, note J.-B. Racine et p. 565, note J. Klein), le premier arrêt de cassation dans *Credit Suisse* (Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2015, n° 13-27.264 : *Juris-Data* n° 2015-006373 ; JCP G 2015, 600, note L. d'Avout ; D. 2015, p. 2031, S. Bollée ; RTD civ. 2015, p. 844, L. Usunier ; *Banque et Droit* 2015, n° 163, p. 4, M.-E. Ancel ; *Gaz. Pal.* 4 août 2015, n° 236mo, p. 29, J. Morel-Maroger ; *Dr & patr.* 2015, n° 250, p. 78, spéc., p. 90, J.-P. Mattout et A. Prüm ; RLDA 2016/115, n° 5919, p. 39, spéc., p. 43, J. Mestre et A.-S. Mestre-Chami), l'arrêt *eBizuss* (Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 2015, n° 14-16.898 : *Juris-Data* n° 2015-022086 ; JCP G 2015, act. 1123, obs. F. Mailhé ; JCP G 2015, 1322, note L. Idot ; RDC 2016, p. 282, note E. Treppoz ; D. 2015, p. 2620, obs. F. Jault-Seseke ; *Dr & patr.* 2016, n° 256, p. 92, spéc., p. 102, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; *Gaz. Pal.* 14 nov. 2015, n° 247n3, p. 19, C. Dupoirier et V. Bouvard ; *Procédures* 2015, comm. 358, obs. C. Nourissat ; *RD. bancaire et fin.* 2016, étude 4, note A. Vrignaud ; JCP E 2016, 1087, note M.-E. Ancel et L. Marion ; *Resp. civ. et assur.* 2016, étude 5, note N. Ciron ; *Banque et Droit* 2016, n° 166, p. 68, note G. Affaki). Le second arrêt de cassation dans l'affaire *Credit Suisse* ici commenté a déjà fait l'objet de commentaires par nos collègues S. Bollée (D. 2018, p. 1934) et M.-E. Ancel et L. Marion (JDI 2018, comm. 16) qui ont également commenté l'arrêt *Dexia*, également commenté par notre collègue F. Mailhé (JCP n° 50, 10 décembre 2018, 1300).

ger et une doctrine majoritaire avaient validé ces clauses optionnelles sans exiger l'excès de formalisme requis par la Première chambre civile, étant rassurés que les règles de compétences spéciales dans la Convention de Bruxelles, les deux règlements de Bruxelles qui ont suivi, et la Convention de Lugano, bannissaient l'arbitraire d'un choix *ex post* du bénéficiaire de l'option².

Les arrêts *Credit Suisse* et *Dexia* seront présentés sommairement dans les paragraphes qui suivent avant de discuter de leurs conséquences sur la pratique contractuelle et des perspectives de changement à l'avenir.

2. Credit Suisse. 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. 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 SCIICH 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 Zurich qui dispose :

« L'emprunteur reconnaît que le for exclusif pour toute procédure est Zurich 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 SCIICH 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 Zurich. 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 2007³. »

2. Com. 11 mai 2017, *Diemme*, n° 15-18.758, *Juris-Data* n° 2017-018541 ; D. 2017, p. 2054, L. d'Avout, et D. 2018, p. 966, F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 483, note D. Bureau ; 2^e civ., 15 juin 1966 : *Juris-Data* n° 1966-700680 ; *Bull. civ. II*, n° 680 ; D. 1967, p. 84 ; *Gaz. Pal.* 1966, art. 2, p. 184, G. Affaki et H. Grigera Naon (dir.), « Jurisdictional Choices in Times of Trouble », ICC, 2015, et nos chroniques précédentes citées dans la note 1 *supra*. Attendue bientôt, l'étude de l'Académie internationale de droit comparé sur les clauses de compétence optionnelle devrait donner un éclairage intéressant à la question (M.-E. Ancel et L. Marion, *JDI* 2018, comm. 16).

3. 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. »

4. Devant la Cour de Rennes agissant sur renvoi, la SCIICH, 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 Zurich 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 sur le territoire d'un Etat 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. C'est le pourvoi formé par Credit Suisse contre cet arrêt que la Première chambre civile a rejeté dans son arrêt du 7 février 2018. Comme l'on pouvait s'y attendre, le pourvoi avait soulevé la contradiction de motifs dans l'arrêt rendu par la cour de renvoi, car celui-ci a visé la Convention de Lugano et le Règlement de Bruxelles I mais a néanmoins retenu que la clause litigieuse ne renvoyait à aucune règle déterminée de droit interne ou international susceptible de fonder la compétence alternative des tribunaux compétents. Comme nous l'avons indiqué dans notre chronique précédente⁴, les deux textes visés limitaient pourtant bien le choix des tribunaux alternatifs au tribunal de domicile du défendeur, le tribunal du lieu d'exécution du contrat ou le tribunal du lieu de situation de l'immeuble en litige. Ne trouvant pas qu'en supplantant la clause litigieuse, ces textes la rendaient suffisamment précise pour satisfaire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique, la Première chambre civile exigea que la clause contînt un « élément objectif d'identification des juridictions [optionnelles] en renvoyant à une règle déterminée de droit interne ou international susceptible de fonder cette compétence alternative ».

6. À la lumière de cet arrêt, l'on comprend que les praticiens des contrats internationaux puissent prudemment conclure, du moins pour le moment, que seule la rédaction de la clause validée dans l'arrêt *eBizuss* satisfait les critères de la Première chambre civile. Pour rappel, cette clause 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 ».

4. *Banque et Droit* n° 172, mars-avril 2017, p. 60 et s.

7. Sept mois après, la Première chambre civile, sous la même présidence, réaffirma dans l'arrêt *Dexia* cette jurisprudence en termes encore plus emphatiques.

8. *Dexia*. La société Saint Joseph, emprunteur, avait assigné son prêteur, la banque luxembourgeoise Dexia, devant le TGI de Grasse en réparation pour manquement à son devoir de conseil. La banque a excipé de la clause attributive de juridiction pour soulever une exception d'incompétence au profit du juge de Luxembourg au bénéfice duquel il existait un accord de prorogation de compétence. Les conditions générales du prêt comprenaient une clause attributive de compétence qui stipulait :

« Le présent crédit ainsi que tous les rapports juridiques de la banque avec le crédité et les garants sont régis par le droit luxembourgeois et la ville de Luxembourg en est le lieu d'exécution. Toutes les contestations seront soumises aux tribunaux d'arrondissement de et à Luxembourg. Toutefois la banque se réserve la faculté de déroger à cette attribution de juridiction si elle le considère comme opportun. »

Cette clause était doublée, dans la partie spéciale, d'une autre clause, concordante, qui stipulait :

« Chaque fois que les lois françaises le permettent les contestations au sujet des présentes seront soumises au tribunal d'arrondissement du Luxembourg. Toutefois, la banque se réserve la faculté de déroger à cette attribution de juridiction si elle le considère comme opportun. Le présent contrat est soumis au droit luxembourgeois pour tout ce qui n'est pas de la compétence exclusive de la loi française. »

9. La cour d'appel d'Aix déclara le tribunal de Grasse incompétent en application de la clause de compétence dans le contrat de prêt. Elle le fit en jugeant que « cette disposition du contrat permet, tout au plus, à la Banque Dexia de déroger à la clause attributive de compétence sans pour autant lui laisser le choix d'un régime mieux adapté à ses intérêts, cette renonciation renvoyant de fait à l'application du droit commun »⁵. Son arrêt fut cassé par la Première chambre civile pour manque de réponse aux conclusions de l'emprunteur, sans toutefois se prononcer sur la partie de l'arrêt d'appel afférente à la clause de juridiction.⁶ Sur renvoi, les juges de la cour d'appel de Montpellier, tout comme leurs homologues aixois, accueillirent l'exception d'incompétence soulevée par la banque, en jugeant : « la circonstance qu'une seule des parties, en l'occurrence la banque, se soit réservé la faculté de déroger à l'attribution de juridiction prévue par le contrat ne saurait conférer à la clause attributive de juridiction un caractère potestatif excluant sa prise en compte, dès lors que la banque, si elle renonçait à l'application de cette clause, ne pouvait que se référer aux dispositions de l'article 5.1 du règlement n° 44-2001 qui s'imposent lorsqu'une partie écarte la juridiction choisie par les parties, ce qui répond à l'objectif de prévisibilité ».

10. Cet attendu n'est pas approuvé par la Première chambre civile, qui casse, annule et renvoie devant une nouvelle cour d'appel pour être fait droit. Pour justifier cette sanction, la Première chambre civile juge que la cour de renvoi se contredit dès lors que la clause de compétence « ne contenait aucun renvoi à une règle de compétence en vigueur dans un État membre ni aucun élément objectif suffisamment précis pour identifier la juridiction qui pourrait être saisie, de sorte qu'elle ne répondait pas à l'objectif de prévisibilité ».

11. En somme, la Première chambre civile nous dit que, pour être opposable à l'emprunteur, la clause de compétence aurait dû stipuler : « la banque se réserve la faculté de déroger à cette attribution de juridiction si elle le considère comme opportun selon l'article 5.1 du règlement n° 44-2001. » [nous soulignons] Mais comment peut-on légitimer cette exigence formaliste lorsque l'on sait que les règles de compétence en vigueur n'ont pas besoin d'être stipulées pour être applicables⁷? D'ailleurs, l'exigence de renvoi à des règles « en vigueur » vise-t-elle la date de la stipulation ou celle de l'instance? À l'heure du Brexit, la question acquiert une acuité particulière⁸.

12. Comme l'arrêt *Credit Suisse*, l'arrêt *Dexia* est un arrêt de principe et destiné aux honneurs du Bulletin. On aurait pu envisager à la rigueur un arrêt d'espèce qui sanctionnerait l'apparence d'arbitraire des termes malheureux de la clause où la banque Dexia se réserve le droit de choisir un autre tribunal « si elle le considère comme opportun. » La maladresse évidente de la rédaction mise de côté, nous considérons que la référence dans la clause au droit de Luxembourg assure l'équivalent fonctionnel de la clause de juridiction plus usitée ouvrant l'option à « un autre tribunal compétent » car le droit européen des conflits de juridictions – ici le règlement de Bruxelles I et ses règles de compétences spéciales – fait bien partie du droit luxembourgeois. Ni la cour de renvoi sanctionnée ni la Cour de cassation n'ont mentionné ce point.

13. En outre, l'on remarque que, comme dans les arrêts *Rothschild* et *Credit Suisse*, l'inopposabilité de l'option a contaminé aux yeux de la Première chambre civile la totalité de la clause. Or, rien ne justifie cette extension à la partie principale de la clause consistant en une prorogation de compétence à titre exclusif au profit des tribunaux de Luxembourg. Prévisible, objective et précise, elle est en conformité stricte à l'article 23 du règlement de Bruxelles I et aux critères énoncés par la Première civile dans son arrêt de cassation. Une validation par réduction serait plus conforme aux principes de droit visés et, en attendant une solution pérenne, moins préjudiciable à la pratique des contrats internationaux.

14. Pour claire qu'elle soit, la position désormais acquise de la Première chambre civile n'est pas moins en conflit avec celle de la Chambre commerciale et, avant elle, celle de la Deuxième chambre civile⁹. Une chambre mixte s'impose ou, mieux, une assemblée plénière compte tenu des enjeux considérables de ces clauses et leurs conséquences sur la prévisibilité juridique *ex ante*¹⁰. L'on peut toutefois se demander si, compte tenu du visa choisi par la Première chambre civile dans ses deux arrêts ici commentés : le règlement de Bruxelles I, la question ne mériterait pas de recevoir une solution unique, autonome, qui fasse foi dans l'ensemble de l'Union. À défaut de révision prévue

7. M.-E. Ancel et L. Marion, *JDI* 2018, comm. 16.

8. *Ibid.*

9. Com. 11 mai 2017, *Diemme*, n° 15-18.758, *Juris-Data* n° 2017-018541 ; D. 2017, p. 2054, L. d'Avout, et D. 2018, p. 966, F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 483, note D. Bureau ; 2^e civ., 15 juin 1966 : *Juris-Data* n° 1966-700680 ; *Bull. civ.* II, n° 680 ; D. 1967, p. 84 ; *Gaz. Pal.* 1966, art. 2, p. 184, et plus récemment, 1^{er} juin 2017, n° 16-18.739, et nos chroniques précédentes citées dans la note 1 *supra*.

10. Sur l'utilité de ces clauses en pratique, voir notre chronique précédente dans *Banque et Droit* n° 166, mars-avril 2016, p. 67.

5. Citation dans le second moyen de cassation.

6. Civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, 14-14.942.

bientôt du règlement de Bruxelles I bis qui clarifierait les options de la prorogation de compétence, la voie du renvoi en interprétation préjudicielle au titre de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union s'impose¹¹. En attendant, les tribunaux arbitraux internationaux, sans for, continueront à décider de leur compétence tirée de clauses asymétriques sans surprendre les attentes légitimes des

parties et sans avoir à se préoccuper des débats introspectifs de nos juridictions nationales¹². ■

CLAUSES ASYMÉTRIQUES DE JURIDICTION – OPTION UNILATÉRALE – CONVENTION CONCERNANT LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE, LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE SIGNÉE À LUGANO LE 30 OCTOBRE 2007 – RÈGLEMENT (CE) N° 44/2001 DU CONSEIL DU 22 DÉCEMBRE 2000 CONCERNANT LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE, LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE (BRUXELLES I) – RENVOI EN INTERPRÉTATION PRÉJUDICIELLE.

11. En ce sens, M.-E. Ancel et L. Marion, *JDI* 2018, comm. 16, et F. Mailhé, *JCP* n° 50, 10 décembre 2018, 1300.

12. Notre Chronique dans *Banque et Droit* n° 166 ; mars-avril 2016, p. 72, *in fine*.

Quel recours à l'encontre des décisions de la BCE dans le cadre du MSU ?

La Cour de justice est seule compétente pour apprécier si la légalité d'une décision de la BCE s'opposant à l'acquisition d'une participation qualifiée est affectée par d'éventuels vices entachant les actes préparatoires d'une autorité nationale.

CJUE 19 décembre 2018, aff. C-219/17, S. Berlusconi, Fininvest c/ Banca d'Italia, Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS).

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. L'arrêt rendu le 19 décembre 2018 offre pour la première fois à la Cour de justice l'occasion de se prononcer sur les conséquences de la mise en œuvre du mécanisme de surveillance unique (MSU), premier pilier de l'Union bancaire adopté en réponse à la crise de 2008, qui a transféré la surveillance des établissements nationaux des pays membres de la zone euro les plus importants aux autorités européennes et plus spécialement à la Banque centrale européenne. Le règlement n° 1024/2013 du 15 octobre 2013 a ainsi confié des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements à la BCE. Parmi ces compétences figure, aux termes de l'article 6 dudit règlement, l'évaluation des notifications d'acquisitions et de cessions de participations qualifiées dans les établissements de crédit, c'est-à-dire de participations susceptibles d'exercer une influence notable sur la gestion de l'établissement. L'objectif de ce contrôle est d'assurer que les personnes physiques ou morales détenant ces participations ne risquent pas de mettre en péril l'intégrité et le bon fonctionnement du secteur bancaire. Il s'agit plus précisément de vérifier que l'acquéreur jouit d'une bonne réputation et de la solidité financière indispensable à satisfaire les exigences prudentielles imposées à l'établissement. Pour s'acquitter de ces missions, la BCE s'appuie en réalité sur les autorités compétentes nationales¹ qui continuent à jouer un rôle fondamental dans la supervision bancaire. Ces procédures dites complexes – dans lesquelles les autorités de l'Union et celles d'un Etat membre se voient attribuer des fonctions distinctes mais interdépendantes – ne sont pas soumises à un régime prédéfini. La Cour s'est toujours prononcée au

cas par cas sur le contrôle juridictionnel de ces procédures complexes en analysant les rôles respectifs des différentes autorités dans le processus décisionnel et en recherchant quelle autorité dispose d'un réel pouvoir de décision². Si c'est bien encore une fois la méthode utilisée par la Cour, cet arrêt témoigne toutefois de l'importante intégration qui a été réalisée par l'Union bancaire en affirmant que le contrôle de la légalité des actes adoptés dans ce cadre relève du pouvoir exclusif des juges de l'Union.

2. S'agissant en l'espèce plus spécialement des notifications d'acquisitions qualifiées dans les établissements de crédit, les informations sont déposées auprès des autorités nationales du lieu où l'établissement de crédit est établi. Ce sont encore les autorités nationales qui évaluent l'acquisition proposée et transmettent à la BCE une proposition de décision. Dans ces conditions, la question de la répartition des pouvoirs et des juridictions susceptibles d'être compétentes pour les recours susceptibles d'être engagés à l'encontre des décisions des autorités ne manque pas de se poser. C'est dans ce contexte qu'a été saisie la Cour de Justice dans le cadre d'un litige opposant Silvio Berlusconi et sa société Fininvest aux autorités italiennes compétentes, la Banca d'Italia et l'IVASS.

3. Suite à la condamnation définitive de M. Berlusconi par la Cour de cassation italienne pour fraude fiscale le 1^{er} août 2013, les autorités italiennes du secteur bancaire ont décidé que celui-ci avait cessé de remplir la condition d'honorabilité nécessaire à la détention de parts dans une compagnie financière holding mixte, exigeant ainsi qu'il cède sa participation. Cette décision a été attaquée par M. Berlusconi et Fininvest qui ont obtenu gain de cause devant le Conseil d'Etat italien sur des questions d'application de la loi dans le temps. Entre-temps, la Compagnie financière dans laquelle il détenait des parts a été absorbée par sa filiale établissement de crédit, en conséquence de quoi Fininvest est devenue directement titulaire d'une participation qualifiée dans un établissement de crédit. La Banque d'Italie et la BCE ont estimé que cette participation devait ainsi donner lieu à une nouvelle autorisation. La Banque d'Italie a transmis une proposition de décision le 23 septembre 2016 émettant un avis défavorable aux acquéreurs de la participation, invitant la BCE à s'opposer à l'acquisition. Cette dernière, conformé-

1. Le cadre de la coopération entre la BCE et les autorités nationales est fixé par le règlement n° 468/2014 du 16 avril 2014, JO 2014 L 141 p. 1.

2. CJCE 3 décembre 1992, *Borelli c/ Commission*, aff. C-97/91 ; CJCE 18 décembre 2007, *Suède c/ Commission*, aff. C-64/05.

ment à la proposition émise par l'autorité nationale, s'est opposée à l'acquisition, estimant que la condition d'honorabilité imposée aux détenteurs de participation qualifiée n'était pas satisfaite. C'est dans ce contexte que M. Berlusconi et Fininvest ont attaqué la décision de la BCE par la voie d'un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union européenne³, mais aussi saisi les juridictions italiennes, en vue d'obtenir l'annulation des actes de la Banque d'Italie, et le Conseil d'État italien, afin de faire valoir que la proposition de décision de la Banque d'Italie méconnaissait l'autorité de chose jugée de la précédente décision rendue par ce dernier. C'est dans le cadre de cette dernière procédure que le Conseil d'État italien a saisi la Cour de justice par voie de question préjudicielle afin de savoir si les recours engagés à l'encontre des actes préparatoires établis par l'autorité de contrôle nationale devaient être soumis aux juges nationaux ou à la compétence exclusive des juges de l'Union.

4. La Cour fixe les critères de répartition entre les compétences des juges nationaux et des juges de l'Union. Si l'acte pris par l'autorité nationale est une étape nécessaire à l'adoption d'un acte par les autorités de l'Union, les juridictions nationales sont alors compétentes pour en apprécier la légalité. En revanche, lorsque les autorités nationales n'adoptent que des actes préparatoires à une décision finale d'une institution de l'Union – celle-ci ayant alors une compétence décisionnelle exclusive –, seuls les juges de l'Union sont alors compétents. La Cour estime ici à propos de la procédure adoptée dans le cadre du MSU, que l'éventuelle implication des autorités nationales dans le cours de la procédure ne remet pas en cause leur qualification en tant qu'actes de l'Union car la BCE demeure seule titulaire du pouvoir de décision, et dispose en la matière d'un pouvoir d'appréciation total, n'étant pas liée par les propositions présentées par l'auto-

rité nationale. Elle en déduit, se fondant sur l'article 263 du TFUE qui confère aux juges de l'Union la compétence exclusive pour contrôler la légalité des actes pris par les institutions de l'Union, que ceux-ci sont seuls compétents pour statuer sur la légalité des actes adoptés dans le cadre du MSU. Les juges de l'Union – en l'occurrence le tribunal de l'Union européenne – devront ainsi apprécier l'éventuelle illicéité des procédures et propositions des autorités nationales qui ont contribué à la décision prise par la BCE. En outre, et dans la mesure où il s'agit d'une compétence exclusive conférée aux juges de l'Union, les juges nationaux sont totalement mis à l'écart, et ce quelle que soit la procédure engagée. La Cour précise en effet qu'est exclu tout recours devant les juridictions nationales, que celles-ci soient saisies par voie d'action ou par le biais d'une action spécifique pour violation de l'autorité de la chose jugée s'attachant à une décision de justice nationale.

5. Cette solution est ainsi révélatrice de la très forte intégration réalisée par le MSU en matière de supervision bancaire, qui ne conduit pas à un partage des compétences entre BCE et autorités nationales mais bien à une concentration des pouvoirs entre les mains de la BCE, l'intervention des autorités nationales obéissant simplement à une logique d'exercice décentralisée de ses pouvoirs comme le relève l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona⁴. Celui-ci relève d'ailleurs que cette logique figure dans la plupart des procédures complexes créées dans le cadre de l'Union bancaire. Cette décision de la Cour, la première à propos du MSU, conforte ainsi le processus d'intégration européenne voulu par les autorités à la suite de la crise financière de 2008 en matière bancaire. ■

RENOVI PRÉJUDICIEL – SURVEILLANCE PRUDENTIELLE DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT – ACQUISITION D'UNE PARTICIPATION QUALIFIÉE – MSU – POUVOIR DÉCISIONNEL EXCLUSIF DE LA BCE.

3. TUE, 25 octobre 2016, aff. T-913/16. Si c'est en principe le Tribunal de l'Union européenne qui est compétent pour statuer sur les recours en annulation dirigés contre les décisions de la BCE, le recours a été en l'espèce suspendu dans l'attente de l'issue du renvoi préjudiciel.

4. Conclusions du 27 juin 2018, aff. C-219/17, point 104.

Les incertitudes entourant la caractérisation de la connexité internationale

La cour d'appel, en relevant l'imbrication des agissements imputés à la société Assetz finance et au promoteur dont le siège social se situe dans le ressort du juge saisi, les relations entre ces codéfendeurs et leur rôle respectif dans la vente et enfin les responsabilités pouvant être invoquées à l'encontre de la banque et de la société Assetz financier a bien caractérisé l'existence d'un lien de connexité entre les différentes demandes portées devant elle et a pu en déduire, que pour éviter tout risque d'inconciliabilité entre les décisions des juridictions françaises et anglaises, il y avait intérêt à les juger ensemble.

Civ. 1^{re}, 4 juillet 2018 n° 17-19384.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. L'arrêt rendu par la première chambre civile le 4 juillet 2018 porte sur les conditions de mise en œuvre de la connexité internationale telle qu'elle résulte de l'article 8 § 1 du Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 qui permet de regrouper des demandes étroitement liées entre elles. Ce texte permet en effet de déroger aux règles de compétence ordinaire et d'étendre à une demande connexe – notamment en cas de pluralité de défendeurs situés sur le territoire de différents États – la compétence du tribunal du lieu du domicile de l'un des codéfendeurs. La question de la connexité entre les demandes peut souvent se poser en matière bancaire, soit parce que plusieurs établissements sur le territoire d'États différents ont participé à une même opération, soit lorsqu'est invoquée la nullité d'un contrat accompagné d'un financement bancaire. L'arrêt ici en cause mêle d'ailleurs ces deux hypothèses. Un bien immobilier avait été acquis auprès d'un promoteur immobilier et financé par un prêt consenti par une banque française – le Crédit foncier de France – avec l'assistance d'une

société anglaise, Assetz finance, intervenue en qualité de courtier. Les acquéreurs ont assigné le notaire, le promoteur, la banque et le courtier anglais en annulation de la vente devant le tribunal de grande instance de Narbonne, tribunal dont le courtier anglais contestait la compétence au motif qu'il n'existait pas de lien de connexité suffisant entre les demandes formulées par les acquéreurs à l'égard des différents protagonistes permettant d'appliquer l'article 8 § 1 du Règlement Bruxelles I bis.

2. La compétence dérivée fondée sur la connexité, qui peut parfois être instrumentalisée par le demandeur¹ a toujours soulevé des difficultés et a fait l'objet d'interprétations fluctuantes de la Cour de justice de l'Union européenne² et a donné à un contentieux important³. Comment déterminer s'il existe entre les demandes un lien « si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément » ? Il est difficile de trouver des critères toujours opérants pour déterminer si l'on est bien en présence d'une situation de connexité et les solutions paraissent échapper à toute tentative de systématisation. L'arrêt ici en cause l'illustre une fois encore. En effet, la Cour de cassation se contente de vérifier si les éléments relevés par les juges du fond pour admettre la connexité sont suffisants et s'ils ont bien caractérisé le risque d'inconciliabilité entre les juridictions sans fournir de directives précises quant aux éléments permettant d'établir ce risque. En l'espèce, c'est la conjonction de plusieurs éléments de faits qui a, selon la Cour, permis de caractériser la connexité. Il est dès lors difficile d'apprécier la valeur respective de ces dif-

férents indices. Est approuvé par la Cour de cassation le fait que la cour d'appel ait caractérisé la connexité à partir des éléments suivants : « l'imbrication des agissements imputés à la société anglaise et au promoteur dont le siège social est dans le ressort du juge saisi », « les relations entre les codéfendeurs » ou encore « les responsabilités pouvant être invoquées à l'encontre de la banque et de la société Assetz finance ». L'un de ces éléments est-il déterminant, ou est-ce leur accumulation qui permet de conclure à l'existence du lien de connexité ? Faut-il encore que les demandes portent sur le même fondement, qu'elles soient régies par la même loi, ce qui semblait être le cas ici ? Rien ne permet de l'affirmer.

3. L'arrêt ne lève donc pas les interrogations récurrentes entourant l'interprétation de l'article 8 § 1 du Règlement. Peut-on tout de même percevoir un certain assouplissement de l'interprétation souvent restrictive de la connexité retenue par la Cour de cassation⁴ dans la présente affaire ? La Cour refuse en effet de faire droit aux arguments du demandeur au pourvoi qui invoquait au soutien de ses prétentions qu'il ne peut exister de risque d'inconciliabilité que si les demandes « s'inscrivent dans une même situation de fait et de droit » et qui reprochait encore à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié « concrètement l'effet que pourrait avoir l'introduction d'une instance au Royaume-Uni ». Mais une fois encore, il est difficile de déduire du rejet de ces arguments un véritable infléchissement de la Cour, d'autant qu'elle n'a pas jugé utile de publier l'arrêt au bulletin. Seule constante que l'on ne peut que regretter, les décisions portant sur l'application de l'article 8 § 1 du Règlement Bruxelles I bis sont, pour reprendre les termes de Marie-Elodie Ancel⁵ toujours approximatives ou évasives et font naître plus de conjectures que de certitudes. ■

CONNEXITÉ INTERNATIONALE – RÈGLEMENT BRUXELLES I BIS – CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE.

1. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^e édition 2017, n° 215.
2. Voir notamment CJCE 13 juill. 2006, aff. C-539/03, *Roche Nederland*; Rec. CJCE, I, p. 6537; Europe 2006, comm. 299, L. Idot; *Procédures* 2007, comm. 189, C. Nourissat; CJUE 11 octobre 2007, aff. C-98/06, *Freeport*; CJUE 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, *Painer*, Rec. CJUE, I, p. 12533; Europe 2012, comm. 112, L. Idot; CJUE 11 avr. 2013, aff. C-645/11, *Sapir*; RCDIP 2014, p. 110, note M. Laazouzi.
3. Voir notamment Civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, 22 novembre 2005, 4 juillet 2006 et 6 mars 2007, RCDIP 2007 p. 618 et s. M.-E. Ancel, Com. 2 novembre 2016, n° 14-25410, *Gaz. Pal.* 21 février 2017 p. 77 note J. Morel-Maroger.

4. Voir M.-E. Ancel note précitée, qui se montre favorable à un assouplissement de la connexité en cas de codéfendeurs.

5. M.-E. Ancel, note précitée.

La matière civile et commerciale ou l'interprétation autonome au service des contradictions

Après avoir admis, il y a trois ans, son inscription dans la matière civile et commerciale dans le cadre du règlement n° 1393/2007 en matière de notification, la Cour de justice vient désormais exclure le contentieux opposant l'État grec à ses créanciers personnes physiques de la matière civile et commerciale au sens du règlement Bruxelles I bis, révélant ainsi la dimension hautement opportuniste du maniement de l'interprétation autonome des notions du droit de l'Union.

CJUE, 1^{re} ch., aff. C-308/17 du 15 novembre 2018, *Hellenische Republik c/ Leo Kuhn*.

Commentaire de Jérôme Chacornac

Les dimensions juridiques du traitement contentieux international de la restructuration de la dette grecque

sont multiples, ainsi qu'une lecture régulière des colonnes de cette chronique en rend compte. Des possibilités de recourir à l'arbitrage en droit des investissements¹, jusqu'à l'hypothèse – finalement exclue – de mise en œuvre de responsabilité de la Banque centrale européenne², en passant par l'inscription du contentieux opposant la République de Grèce à ses créanciers dans le champ du droit dérivé en matière de procédure internationale³, les difficultés sont aussi variées techniquement que riches en termes d'implications politiques⁴.

1. Les observations de G. Affaki sur la sentence *Postova Banka*, CIRDI, aff. n° ARB/13/18, du 9 avril 2015, cette chron., n° 163, p. 50-56.

2. Les observations de A. Tenenbaum sur TUE, Aff. T-97/13, du 7 octobre 2015, *Alessandra Accorinti et al. c/ BCE*, cette chron., n° 164, pp. 51-52.

3. Les observations de A. Tenenbaum sur CJUE, 1^{re} ch., Aff. Jointes C-226/13, C-245/13, C-578/13, du 11 juin 2015, *Fahnenbrock et al. c/ Hellenische Republik*, cette chron., n° 163, pp. 59-62.

4. Pour une vue de l'ensemble des difficultés techniques soulevées et de très riches pistes d'évolution, le récent travail de Mme F. Giansetto, *Le traitement juridictionnel de l'insolvabilité*

Si ce constat a des allures de truisme, on ne saurait le passer sous silence tant, finalement, sur cette question comme sur d'autres liées à la crise financière, c'est finalement la dimension politique de la question qui conditionne la solution⁵, davantage que des arguments techniques.

La primauté des enjeux et du contexte politique semble en effet rendre compte de l'arrêt Kuhn *c/ République hellénique*, et, au-delà, de l'inscription du contentieux de la dette souveraine dans le champ des instruments de droit dérivé de l'Union, davantage que l'argumentation technique développée à son soutien, ainsi que le révélera, en particulier, la confrontation des motifs de l'arrêt avec l'argumentation développée par l'avocat général Bot⁶, dans ses conclusions. Si la Cour a finalement statué dans le sens préconisé par l'avocat général, c'est finalement son analyse politique de la question qui fournit la seule justification convaincante à la solution adoptée.

Le litige s'est noué dans le cadre désormais connu de la restructuration de la dette grecque dont il est nécessaire de dire un mot. À la suite du constat de son défaut en juin 2010, la Grèce avait convenu avec le FMI et l'Eurogroupe d'un premier plan de sauvetage reposant sur des prêts bilatéraux, en contrepartie de mesures d'austérité. C'est dans le cadre d'un deuxième plan de sauvetage, élaboré à compter du mois de mai 2011, qu'il fut finalement retenu d'opérer une restructuration de sa dette par recours à un mécanisme novateur – à l'époque – de bail in, impliquant la « Participation du secteur privé » (PSP). Pour y parvenir, il fut bien entendu nécessaire de surmonter l'opposition initiale des principales banques créancières de la Grèce au terme de longues tractations⁷. Ce PSP consistait, en substance, en une réduction du nominal et des intérêts de la dette obligataire par échange des obligations d'État grecque existantes avec de nouveaux titres. Signe de l'importance déterminante d'un accord initial des créanciers, le niveau de la décote consenti fut ajusté au fil du temps en fonction du nombre de banques disposées à donner leur accord au plan de restructuration. Ces conditions d'échange firent finalement l'objet d'une loi n° 4050/2012 adoptée le 23 février 2012 précisant la (dis)parité d'échange entre anciennes et nouvelles obligations et instituant, comme support de la décision d'échange, une clause d'action collective, dont l'introduction dans le droit des États membres de la zone euro venait d'être imposée par l'article 12, § 3, du traité instituant le mécanisme européen de stabilité, du 2 février 2012⁸. Par cette clause, édictée par le législateur, les obligataires pouvaient, à majorité et de façon rétroactive, décider de l'échange de leurs titres et l'imposer aux minoritaires qui n'y auraient pas consenti.

de l'Etat, préf. V. Heuzé et H. Muir-Watt, Institut universitaire Varenne, 2017.

5. Comp le traitement des mesures judiciaires de recapitalisation, sous l'angle du droit des sociétés dans CJUE, aff. C-41/15, *Dowling et al. c/ Minister of Finance*, sur lequel les obs. d'A. Tenenbaum, cette chron., n° 171, pp. 47-48.
6. Concl. de l'avocat Général M. Yves Bot, 4 juillet 2018.
7. Qui s'étalèrent entre mai et octobre 2011 et aboutirent à la signature d'un accord le 27 octobre 2011.
8. Comme le précise le considérant 11 du traité, l'introduction de « CAC » standardisées a été initialement préconisée dans une déclaration de l'Eurogroupe. Aux termes de l'article 12, § 3 : « Des clauses d'action collective figurent, à compter du 1^{er} juillet 2013, dans tous les nouveaux titres d'État d'une maturité supérieure à un an qui seront émis dans la zone euro, de manière à leur assurer un effet juridique identique. »

Un tel mécanisme ne pouvait ainsi que susciter de nombreuses contestations quant à sa légalité et à sa conventionalité⁹, pour cette raison technique liée à l'efficacité erga omnes de la réduction de la valeur des titres obligataires imposée à une majorité par une minorité, opposition rendue d'autant plus vive qu'elle reposait – schématiquement – sur une distinction entre petits porteurs et investisseurs institutionnels, évidemment consultés lors des négociations intervenues entre la Grèce et les autres instances. En somme, allaient nécessairement voter pour la restructuration, et ainsi l'imposer à tous les autres, les seuls obligataires ayant concouru à déterminer la réduction du montant de la dette qu'il leur était possible de supporter dans le cadre des discussions conduites entre la Grèce, le FMI et l'Eurogroupe.

Cet arrière-plan de sociologie juridique du mécanisme est pleinement illustré par les faits de l'arrêt Kuhn quoiqu'il n'en ait, finalement, pas déterminé le sens. En l'espèce, c'est un investisseur personne physique autrichien qui avait, par l'intermédiaire d'une banque dépositaire établie en Autriche, placé son épargne en obligations d'État grecques, dont le remboursement arrivait à échéance le 20 février 2012. Ces obligations furent inscrites sur un compte-titres au nom de l'investisseur par la banque dépositaire. Trois semaines plus tard, en conséquence du vote favorable des obligataires réalisé sur le fondement de la clause d'actions collective, la Grèce émettait de nouveaux titres venant se substituer aux anciens, dont ceux du sieur Kuhn... Ayant agi devant les juridictions autrichiennes contre la République de Grèce, pour obtenir alternativement l'exécution des conditions d'emprunt initial ou une indemnisation à hauteur de la décote résultant de la conversion des titres, la discussion s'était d'abord cristallisée sur l'existence d'une relation contractuelle entre M. Kuhn et l'État grec. Ainsi, selon les termes de la Cour suprême d'Autriche – *Oberster Gerichtshof* – M. Kuhn bénéficiait d'un « droit contractuel secondaire », lui permettant d'exercer l'option de compétence ouverte par l'article 7, point 1, du règlement Bruxelles I bis¹⁰. Ce sont donc les termes de cette option de compétence qui formèrent l'objet des trois questions préjudicielles soulevées par la juridiction de renvoi, dont on se bornera à synthétiser qu'elles portaient sur la détermination du lieu d'exécution.

Devant la Cour de justice, le débat s'est noué et fut tranché en amont de la question soulevée, les gouvernements grec et italien ayant soutenu que le litige au principal était hors du champ d'application du règlement car ne relevant pas de la matière civile et commerciale. Compte tenu de l'objet de la demande formée par l'investisseur à l'encontre de l'État grec, le litige relevait de l'ajout opéré lors de la refonte du règlement pour consolider sa jurisprudence¹¹, à son article premier, paragraphe 1, aux termes duquel le règlement ne s'applique pas « à la responsabilité de l'État pour des actes ou omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (*acta iure imperii*) ».

9. Obs. de G. Affaki, n° 163, préc.

10. 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, JOUE L 351, 20.12.2012, pp. 1-32.

11. H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 6^e éd., 2018, n° 38-41, p. 60-66.

Ainsi, alors que les questions préjudicielles soulevaient ainsi une question de fond relative à l'existence d'une relation contractuelle entre créancier et État grec, compte tenu du système des comptes courants de la Banque centrale grecque, ayant conduit l'avocat général à développer à titre subsidiaire d'intéressantes analyses relatives à la portée de l'arrêt Kolassa¹², la Cour de justice a pu se limiter à trancher la question préalable d'inclusion de la demande formulée par les créanciers contre l'État grec au sein de la matière civile et commerciale¹³.

La CJUE a ainsi jugé que l'article 1^{er}, paragraphe 1 du règlement Bruxelles I bis « doit être interprété en ce sens qu'un litige [...] relatif à une action introduite, par une personne physique ayant acquis des obligations émises par un État membre, à l'encontre de celui-ci et tendant à contester l'échange desdites obligations contre des obligations de valeur moindre, imposé à cette personne physique par l'effet d'une loi, adoptée dans des circonstances exceptionnelles par le législateur national, en vertu de laquelle ces conditions ont été unilatéralement et rétroactivement modifiées par l'introduction d'une clause d'action collective permettant à une majorité de détenteurs des obligations concernées d'imposer cet échange à la minorité, ne relève pas de la "matière civile et commerciale", au sens de cette disposition ».

S'il faut approuver le sens de la décision, il semble bien que les raisons avancées par la Cour de justice ne soient pas également convaincantes. S'appuyant sur une notion indéterminée (I.), la Cour déroule une analyse en partie inexacte de la situation (II.), qui conduit finalement à ne devoir approuver cette décision que dans ce qu'elle a d'intuitif en termes politique (III.).

I. La notion de matière civile et commerciale a une fortune qui tient non seulement de son indétermination intrinsèque mais aussi du fait qu'elle a été, avec l'arrêt Eurocontrol¹⁴, le berceau de l'interprétation autonome. Les potentialités de cette méthode d'interprétation se sont d'ailleurs révélées, à propos de la matière civile et commerciale, autour de la distinction fondamentale à opérer entre cette dernière et les activités conduites dans l'exercice de la puissance publique. Ainsi en allait-il tant dans l'arrêt Eurocontrol que dans son importante suite que fut l'arrêt Rüffer¹⁵, ayant posé le critère de distinction entre affaires relevant du droit privé et du droit public¹⁶ à partir de « l'intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique ».

C'est en effet dans l'arrêt Rüffer¹⁷, que la Cour avait énoncé que la qualification retenue au regard de la Convention de Bruxelles ne préjugait pas de celle qui pourrait être envisagée au regard d'une autre convention ou d'un droit national, « solution qui vaut évidemment aussi pour les règlements Bruxelles I et I bis »¹⁸.

La Cour de justice use ainsi, dans l'arrêt Kuhn, de la licence qu'elle s'est elle-même octroyée : donner d'une même notion – la matière civile et commerciale – deux interprétations distinctes en fonction de son appartenance à des textes distincts, soit, finalement, une autonomie en ordre comme en sous-ordres, pourrait-on dire. En effet, dans l'arrêt Fahnenbrock¹⁹, la même formation de la Cour de justice avait à interpréter la notion de matière civile et commerciale telle qu'employée par le règlement (CE) n° 1393/2007 concernant la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires²⁰. Cette affaire s'inscrivait dans un contexte analogue à celui de l'arrêt Kuhn, portant sur l'inscription dans le champ du règlement des notifications de recours adressées à l'État grec par des personnes physiques domiciliées en Allemagne du fait de la restructuration de la dette grecque opérée sur la base de la loi du 23 février 2012. Usant de la méthode d'interprétation autonome, « en se référant notamment aux objectifs et au système de ce règlement » (pt. 39), la Cour de justice avait jugé que « des actions juridictionnelles en indemnité pour trouble de la possession et de la propriété, en exécution contractuelle et en dommages-intérêts, telles que celles en cause au principal, introduites par des personnes privées, titulaires d'obligations d'État, contre l'État émetteur, rentrent dans le champ d'application dudit règlement dans la mesure où il n'apparaît pas qu'elles ne relèvent manifestement pas de la matière civile ou commerciale ». Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'était appuyée de façon déterminante sur le fait que les clauses d'action collective supposaient une décision prise à majorité pour opérer la conversion et ne résultait donc pas, strictement, de l'action de l'État²¹.

Outre l'analyse des subtilités de cette inclusion du litige dans le champ du règlement selon une tournure négative, Mme Aline Tenenbaum avait, dans son commentaire anticipé²² les incertitudes entourant l'application de cette solution en matière de conflits de juridictions et de loi applicable, au sens du règlement Rome I²³. Au fond, la solution rendue sur le fondement d'un texte spécifique ne peut qu'être ramenée aux objectifs qu'il poursuit et, s'agissant du règlement sur les notifications, à l'objectif d'une transmission rapide et efficace des actes. Or, un tel objectif est étranger à ceux du règlement « Bruxelles I bis », tels qu'ils résultent de ses principaux considérants, que rappelle l'arrêt Kuhn (pt.4).

L'arrêt Kuhn conduit ainsi à donner d'une même notion une interprétation inverse de celle de l'arrêt Fahnenbrock sans qu'il ne soit pour autant possible d'affirmer avec certitude que ce dernier se trouve remis en cause.

La double autonomie des notions européennes, à l'égard

12. CJUE 28 janv. 2015, Kolassa, aff. C-375/13, pt 22, *Dalloz actualité*, 19 févr. 2015, obs. F. Mélin ; D. 2015. 770, note L. d'Avout ; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; *ibid.* 2031, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2015. 921, note O. Boskovic ; *RTD eur.* 2015. 374, obs. E. Guinchard.

13. On renverra donc, sur cet élément finalement inopérant aux yeux de la Cour, à l'analyse détaillée qu'en propose Mme F. Giansetto, *Le traitement juridictionnel de l'insolvabilité de l'Etat*, préc.

14. Point 4 de l'arrêt CJCE, 14 oct. 1976, aff. 29/76, *Rev. crit.* 1977, p. 772, note G. Droz.

15. Point 8 de l'arrêt : CJCE 16 déc. 1980, aff. 814/79, *JDI*, 1982, p. 463, note J.-M. Bischoff.

16. Selon la présentation faite par H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, préc., n° 41, p. 62.

17. CJCE 16 déc. 1980, préc., pts 7, 13 et 14.

18. *Ibid.*, n° 56, p. 90.

19. CJUE, Aff. Jointes C-226/13, C-245/13, C-578/13, du 11 juin 2015, préc.

20. Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, *JOUE* L 324, 10.12.2007, pp. 79-120.

21. Les observations préc. de A. Tenenbaum, cette chron., n° 163, p. 61.

22. *Obs. préc.*, p. 62.

23. L'inclusion des répercussions de mesures de réduction du déficit sur les salaires a semblé implicitement mais nécessairement admise dans le champ de la matière civile et commerciale en matière de conflits de lois sur la base du règlement Rome I, par l'arrêt CJUE 18 oct. 2016, *Republik Giechenland c/ G. Nikiforidis*, aff. C-135/15.

des droits nationaux comme entre leurs diverses manifestations en droit de l'Union, conduit à privilégier une lecture téléologique du texte. En évoquant le « système » du règlement auquel appartient la notion autonome, l'arrêt *Fahnenbrock* invite à poursuivre la cohérence interne du texte, davantage que la mise en relation des interprétations d'une même notion au sein d'un ordre juridique.

II. Il n'est ainsi pas surprenant que, pour conclure à l'inapplicabilité du règlement Bruxelles I bis, la Cour de justice s'en soit finalement tenue à une analyse inversée par rapport à celle qu'elle avait proposée dans l'arrêt *Fahnenbrock*.

D'un point de vue technique, c'est finalement le lien entretenu entre la loi grecque introduisant les clauses d'action collective et la décote des titres consécutive à sa mise en œuvre qui cristallise la divergence d'analyse entre les deux décisions. En 2015, sur la base du soi-disant « système » du règlement n° 1393/2007 (pt. 47), la Cour de justice avait envisagé, d'une part, que l'adoption d'une loi n'était « pas déterminante en soi pour conclure que l'État a exercé sa puissance publique » (pt. 56), et, d'autre part, qu'il n'apparaissait « pas de manière manifeste que l'adoption de la loi n° 4050/2012 ait entraîné de façon directe et immédiate des modifications quant aux conditions financières des titres en cause et ait donc causé le préjudice allégué par les requérants », ces modifications procédant d'une décision majoritaire des obligataires (pt. 57). La loi s'était donc bornée à ouvrir une possibilité, dont la mise en œuvre procédait bien d'une décision prise par les seuls créanciers. En 2018, compte tenu du « système » du règlement Bruxelles I bis, la CJUE recule dans la chronologie, pour conférer un rôle déterminant à la loi grecque. Si c'est bien la mise en œuvre de la clause qui réalise la substitution rétroactive des titres, cette clause constitue, elle-même, un effet de la loi grecque, une telle substitution n'étant prévue « ni dans les conditions d'emprunt initiales, ni dans le droit grec en vigueur lors de l'émission des titres » (pt. 38).

Au-delà des incantations tenant à la réalisation des finalités propres du règlement Bruxelles I bis sous l'angle de la recherche d'un « haut degré de prévisibilité » des règles de compétence, il semble bien que la Cour de justice se soit bornée, dans l'arrêt *Kuhn*, à procéder par affirmation inverse de ce qui résultait de l'arrêt *Fahnenbrock*.

On ne saurait dissimuler cependant que, en droit, la décomposition faite du mécanisme en 2015 était probablement plus exacte : la substitution des titres procède – formellement – de la volonté exprimée par la majorité des obligataires, ce qui revient à contester, pour les minoritaires, une décision collective dont les manifestations sont, sans doute sous l'importante réserve de sa portée rétroactive, courantes dans la vie civile et commerciale. En vérité, l'affirmation de l'avocat général dont s'est inspirée la Cour, selon laquelle l'action exercée « trouve sa source matérielle dans un acte de puissance publique par lequel ont été imposées rétroactivement, dans des conditions et des circonstances exceptionnelles, la conversion des titres et la modification des conditions d'emprunt initiales » (pt. 75) se présente comme un raccourci, à un double titre.

Elle est d'abord techniquement approximative. La source matérielle renvoie de manière ambiguë à un fait générateur en même temps qu'à un fondement. Si, comme fondement, la loi ayant introduit les CAC a permis la décote, comme fait

générateur, il semble bien qu'il faille au moins conclure à la complexité du contexte, reposant sur l'expression d'une volonté par les créanciers, selon une décision prise à majorité.

À ce constat, certes très formel, on peut ensuite en ajouter un autre, d'ordre sociologique. Il est frappant d'ailleurs que cet élément, souligné déjà par l'arrêt *Fahnenbrock* ait été repris par l'avocat général, pourtant à l'encontre de sa thèse. En 2015, la Cour de justice observait que « 54 En outre, s'agissant des affaires au principal, il ne ressort pas de manière manifeste du dossier que les conditions financières des titres en cause aient été fixées de façon unilatérale par l'Hellenische Republik et non pas sur la base des conditions de marché qui règlent l'échange et la rentabilité de ces instruments financiers. 55 Il est vrai que la loi no 4050/2012 s'inscrit dans le cadre de la gestion des finances publiques et, tout particulièrement, de la restructuration de la dette publique afin de faire face à une grave situation de crise financière et c'est à ces fins qu'elle a introduit la possibilité d'un échange des titres dans les contrats en question. 56 Il y a lieu cependant de relever à cet égard que [...] la circonstance que cette possibilité ait été introduite par une loi n'est pas déterminante en soi pour conclure que l'État a exercé sa puissance publique ». Au point 66 de ses conclusions, M. Bot observe que « grâce à ces clauses, l'accord conclu entre l'État et les porteurs d'obligations ayant décidé, à la majorité qualifiée, d'accepter les modifications contractuelles proposées par l'État grec, a permis de les imposer à la minorité des porteurs, y compris ceux qui auraient souhaité les refuser ». Là où la Cour envisage les circonstances dans lesquelles la loi grecque est, elle-même, le produit d'une négociation, l'avocat général envisage que, en définitive, c'est bien un accord entre l'État et les plus importants de ses créanciers, au détriment des « petits », dont la loi en cause est le véhicule. Peut-être faut-il voir une prise en compte implicite de cette réalité par l'arrêt commenté qui, à la différence de l'arrêt *Fahnenbrock*, limite apparemment l'énoncé de l'interprétation qu'il livre à l'action introduite par une personne physique. Il est toutefois douteux que cette limitation soit pertinente, compte tenu de la très grande variété de situations que connaissent les personnes morales susceptibles d'acquiescer des obligations « souveraines », comme du fait qu'elles n'ont pas nécessairement toutes consenti, en amont, à une réduction de la valeur de leurs titres.

Quoi qu'il en soit, en amont comme en aval de la loi, sa réalité comme expression d'un exercice de la puissance publique peut largement être nuancée. En vérité, la décote des obligations ne résulte ni de la mise en œuvre de la clause d'action collective, ni de la loi qui l'a instituée, mais de la négociation intervenue sur les termes de la décote, avant même l'adoption de la loi, entre l'État et ses créanciers.

À cet égard, au-delà des apparences formelles de l'intervention d'une loi, il semble bien que la décote soit le fruit d'un accord, dont on pourrait envisager le rattachement à la matière civile et commerciale.

III. Un tel rattachement est pourtant à exclure. Si, d'un point de vue technique, l'analyse de la relation entre loi et mise en œuvre des clauses d'action collective par l'arrêt *Fahnenbrock* est, sinon irréprochable, du moins guère moins convaincante que celle conduite dans l'arrêt *Kuhn*, il faut convenir que l'une comme l'autre s'en tiennent à une approche formelle d'un mécanisme qui n'est pas à même de véritablement résoudre le problème de qualification soulevé.

Pour le dire trivialement, la restructuration de la dette grecque ne relève pas du fonctionnement normal de la vie des affaires, même compte tenu de la nécessaire négociation de ses termes entre la Grèce et ses créanciers. Mais la raison n'en tient pas au fait que la Grèce aurait, par une loi, manifesté sa puissance publique. La raison tient en ce que la renégociation de la valeur des obligations émises a été imposée, tant à l'État grec qu'à ses créanciers mais supposait une adhésion suffisante de ces derniers aux modalités d'abandon d'une partie de leurs créances²⁴. Il existe, au fondement de l'introduction des clauses d'actions collective, des objectifs impliquant le sacrifice des intérêts particuliers des créanciers, au nom d'intérêts supérieurs, indiqués par la Cour de justice²⁵ et repris des conclusions de son avocat général.

Les véritables motifs pour lesquels l'arrêt emporte la conviction sont d'une grande généralité et ne procèdent pas d'une analyse technique des relations entre la loi, la mise en œuvre et la portée de la clause d'action collective. Moins que l'exercice de sa puissance publique par l'État grec, la loi du 23 février 2012 n'est, en dépit de ses termes²⁶, qu'un relais de mise en œuvre d'un accord dont les termes ont été négociés par un État devenu impuissant²⁷, face à ce qu'on a appelé la « Troïka ».

Si une renégociation d'une dette entre un État et ses créanciers n'est pas, par essence, un acte de puissance publique, quand bien même une loi en serait le véhicule, les conditions d'adoption de la loi révèlent assez que la restructuration de la dette grecque procède d'un accord de circonstance imposé aux deux parties, justifié par des motifs d'intérêt général.

L'arrêt Kuhn conduit ainsi à constater, avec d'autres, l'imperfection du critère adopté par la Cour de justice, emprunté au domaine des immunités de juridiction, au regard de la finalité consistant « à protéger le cœur de l'action de la puissance publique »²⁸, qui revient à déduire le rattachement à l'exercice de la puissance publique de la nature de l'acte²⁹. S'il n'est pas nécessairement question d'en conclure, comme eux, que le règlement Bruxelles I bis aurait vocation à s'appliquer aux litiges relatifs à l'insolvabilité des États³⁰, on

pourra observer que l'examen de la nature de l'acte est affecté par une ambiguïté dans l'espèce commentée en ce qu'il n'est pas tant l'expression d'une souveraineté que celle d'un lien contingent entre la loi applicable aux obligations d'État avant leur conversion et les modalités d'acceptation d'une réduction de leurs droits par les créanciers. L'intervention du législateur n'exprime pas, ici, le pouvoir unilatéral exorbitant d'un souverain face à son contractant mais une nécessité technique, faisant intervenir la loi grecque comme seul cadre possible à l'introduction de la clause d'action collective.

Il y a, certes, un paradoxe à conclure qu'une loi puisse ne pas relever de l'exercice de la puissance publique mais, en la replaçant dans son contexte, il semble bien que la loi du 23 février 2012 doive s'analyser davantage comme un procédé de concrétisation d'un accord de la République hellénique avec ses créanciers que comme un exercice souverain de son pouvoir législatif, sur le terrain constitutionnel. On ne saurait en effet nullement y voir des actions « décidées de façon unilatérales et contraignantes par les autorités publiques compétentes », au sens de l'arrêt *Lechouritou*³¹. Au fond, l'insuffisance ne tient sans doute pas au critère lui-même – celui de l'exercice de la puissance publique par une autorité publique – mais de l'acceptation trop rapide que l'on en pourrait avoir comme d'un pouvoir unilatéral de contrainte procédant d'une prérogative souveraine. Moins que la nature de l'acte, sans doute est-ce sa portée sur la situation des personnes privées compte tenu de la finalité qu'il poursuit qui conditionne l'appartenance à la matière civile et commerciale.

Si c'est donc la finalité « d'intérêt » général³², consistant à prévenir un défaut de la Grèce et à maintenir ainsi la stabilité de la zone euro, qui fonde l'exclusion du litige hors de la matière civile et commerciale, reste à s'interroger sur une éventuelle remise en cause de l'arrêt *Fahnenbrock*. À suivre les conclusions de l'avocat général, outre la spécificité des objectifs du règlement n° 1393/2007 consistant à garantir l'accès rapide au juge, il est précisé que les éléments d'analyse donnés par la Cour concernant la relation de l'État avec le porteur ne tendent qu'à identifier les litiges ne relevant pas à l'évidence de la matière civile et commerciale³³. Dit autrement, l'interprétation autonome autorise, en définitive, une analyse à deux vitesses, l'une superficielle, en matière de notification des actes, l'autre, approfondie dans le domaine de la compétence, tout l'intérêt étant de légitimer une contradiction frontale dans l'interprétation de deux textes rédigés à l'identique³⁴. ■

RESTRUCTURATION DE LA DETTE SOUVERAINE GRECQUE – RÈGLEMENT « BRUXELLES I BIS » – MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

24. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler que le principe d'un abandon d'une partie de leurs créances par les banques créancières a nécessité une période de négociation de cinq mois, entre mai et octobre 2011 : « Crise de l'euro. La dette grecque réduite de 100 milliards d'euros », *Le Nouvel Obs*, 27 octobre 2011

25. Pts 40 et 41, spéc., pt 40 : « Ce recours inédit à l'introduction rétroactive d'une CAC et la modification des dites conditions financières qui en a résulté s'inscrivaient dans un contexte et des circonstances exceptionnelles de crise financière grave. Ils étaient notamment dictés par la nécessité, dans le cadre d'un mécanisme intergouvernemental d'assistance, de restructurer la dette publique de l'État grec et de prévenir le risque d'échec du plan de restructuration de celle-ci, afin d'éviter le défaut de paiement de cet État ainsi que d'assurer la stabilité financière de la zone euro. Par des déclarations des 21 juillet et 26 octobre 2011, les chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro ont ainsi affirmé que, s'agissant de la participation du secteur privé, la situation de la République hellénique appelait une solution exceptionnelle. »

26. Pt. 32 des conclusions de l'avocat général Bot, reprenant les termes de l'article 1^{er}, paragraphe 11, de la loi 4050/2012.

27. A. Salles et B. Vitkine, « Fatalisme face à un sauvetage échangé contre une perte de souveraineté », *Le Monde* du 22 février 2012.

28. H. Muir-Watt, E. Pataut, « Les actes *iure imperii* et le Règlement Bruxelles I (à propos de l'affaire *Lechouritou*) », *RCDIP*, 2008, p. 64.

29. Les développements de F. Giansetto, *Le traitement juridictionnel de l'insolvabilité de l'État*, préc., n° 88 et s., p. 78.

30. *Ibid.*, n° 91 et s., p. 79.

31. CJCE 15 févr. 2007, aff. C-292/05, pt. 37, note H. Muir-Watt et E. Pataut, préc. ; *Europe*, n° 4, 2007, p. 32, note L. Idot.

32. Dont on convient qu'elle ne saurait constituer en elle-même un critère d'applicabilité suffisamment opératoire, toute autorité publique étant réputée agir dans une telle finalité.

33. Point 56.

34. Contradiction qui sera d'autant plus difficile à admettre qu'elle n'est pas symétrique. Quand l'arrêt *Fahnenbrock* vise les actions exercées par une personne « privée », l'arrêt *Kuhn* se limite aux personnes physiques.