

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.14.0322.F

1. J.-P. A. et consorts,

demandeurs en cassation,

représentés par Maître Paul Alain Foriers, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 149, où il est fait élection de domicile,

contre

1. ROYAUME DES PAYS-BAS, représenté par le ministre des Finances, dont le cabinet est établi à La Haye (Pays-Bas), Korte Voorhout, 7,

représenté par Maître Isabelle Heenen, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise 480, où il est fait élection de domicile,

2. DE NEDERLANDSCHE BANK, société de droit néerlandais dont le siège est établi à Amsterdam (Pays-Bas), Westeinde, 1,
représentée par Maître Michèle Grégoire, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de la Régence, 4, où il est fait élection de domicile,
défendeurs en cassation,

en présence de

AGEAS, société anonyme dont le siège social est établi à Bruxelles, rue du Marquis, 1,
partie appelée en déclaration d'arrêt commun,
représentée par Maître Jacqueline Oosterbosch, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Liège, rue de Chaudfontaine, 11, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 17 janvier 2013 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le 5 octobre 2015, l'avocat général Thierry Werquin a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Michel Lemal a fait rapport et l'avocat général Thierry Werquin a été entendu en ses conclusions.

II. Les moyens de cassation

Les demandeurs présentent deux moyens libellés dans les termes suivants :

Premier moyen**Dispositions légales violées**

Articles 813, 1042 et 1056 du Code judiciaire

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt dit irrecevables les appels introduits par les demandeurs sub 167, 364, 470, 636, 652, 809, 810, 861, 867, 915, 919, 937, 966 et 1057 par les motifs suivants :

« B. Sur l'appel introduit par les [demandeurs sub 167, 364, 470, 636, 652, 809, 810, 861, 867, 915, 919, 937, 966 et 1057]

7. Les [demandeurs précités] ont interjeté appel du jugement entrepris (où ils étaient à la cause) par conclusions déposées au greffe le 16 février 2012 ;

[Les défendeurs] contestent la recevabilité de l'appel ;

8. L'article 1056, 4°, du Code judiciaire dispose que l'appel peut être formé par voie de conclusions à l'égard de toute partie présente ou représentée à la cause ;

Cette disposition a un champ d'application limité. Si une partie non intimée peut former appel par conclusions, c'est à la condition qu'elle soit présente à la cause en instance d'appel (J. van Compernelle, Examen de jurisprudence (1971-1985). Droit judiciaire privé, les voies de recours, R.C.J.B., 1987, 157 ; A. Fettweis, Manuel de procédure civile, n° 767 ; Mons, 16 mars 1994, J.L.M.B., 1994, 666). Il est donc exclu qu'un appel principal qui ne constitue pas un simple complément à un appel régulièrement formé par requête ou par acte d'huissier soit formé par voie de conclusions à l'initiative d'un nouvel appelant. On n'imagine d'ailleurs pas comment une partie qui n'est pas à la cause puisse déposer valablement des conclusions ;

L'appel [de ces demandeurs] n'est donc pas recevable ».

Griefs

1. Selon l'article 1056, 4^o, du Code judiciaire, l'appel peut être formé par conclusions à l'égard de toute partie présente ou représentée à la cause.

2. Selon l'article 813, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, rendu applicable en degré d'appel par l'article 1042 du même code, l'intervention volontaire est formée par requête, qui contient, à peine de nullité, les moyens et conclusions.

Toutefois, cette disposition n'exclut pas que, lorsqu'une partie a déposé devant la cour d'appel des conclusions contenant ses moyens, sur lesquels les parties se sont expliquées, elle devient alors partie à la cause et peut dès lors former appel principal par conclusions, conformément à l'article 1056, 4^o, précité, à l'égard de toute partie présente ou représentée à la cause.

3. Il ressort des motifs de l'arrêt reproduits en tête du moyen ainsi que des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard que :

- les [demandeurs sub 167, 364, 470, 636, 652, 809, 810, 861, 867, 915, 919, 937, 966 et 1057] étaient parties à la procédure devant le premier juge ;*
- par conclusions déposées au greffe de la cour d'appel le 16 février 2012, ils ont interjeté appel du jugement rendu par le premier juge ;*
- ces conclusions contenaient leurs moyens sur lesquels les autres parties se sont expliquées.*

4. Il résulte de ces constatations que les [demandeurs précités] étaient devenus parties à la procédure d'appel et pouvaient dès lors valablement interjeter appel principal du jugement entrepris par voie de conclusions à l'encontre d'autres parties à la cause.

L'arrêt, qui décide le contraire, viole l'ensemble des dispositions visées en tête du moyen, spécialement l'article 1056, 4^o, du Code judiciaire.

Second moyen

Dispositions légales violées

- *article 38, § 1^{er}, b), du Statut de la Cour internationale de Justice annexé à la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, approuvé par la loi du 14 décembre 1945 approuvant la Charte des Nations Unies et le Statut de la Cour internationale de Justice, signés à San Francisco le 26 juin 1945, et, en tant que de besoin, sa loi d'approbation ;*

- *articles 15, 24 et 27 de la Convention européenne sur l'immunité des États, faite à Bâle le 16 mai 1972, approuvée par la loi du 19 juillet 1975, et, en tant que de besoin, sa loi d'approbation ;*

- *règle coutumière internationale de l'immunité de juridiction des États étrangers ;*

- *article 87 du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, modifié par le Traité de Maastricht du 7 février 1992, approuvé par la loi du 26 novembre 1992, et consolidé par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, approuvé par la loi du 10 août 1998, avant son remplacement par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, et, en tant que de besoin, ses lois d'approbation ;*

- *article 149 de la Constitution.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt dit les appels introduits par les [demandeurs autres que ceux concernés par le premier moyen] recevables mais non fondés et les en déboute par tous ses motifs tenus pour être ici expressément reproduits, et spécialement par les motifs suivants :

« 2. Sur l'immunité de juridiction

A. Quant à l'État néerlandais

a) Grievs à l'encontre de l'État néerlandais

(i) *Violation de l'accord de recapitalisation intervenu le 28 septembre 2008*

9. *Les actionnaires considèrent que l'État néerlandais a souscrit, le 28 septembre 2008, un engagement ferme, irrévocable et non conditionnel de recapitaliser Fortis Bank Nederland jusqu'à concurrence de quatre milliards d'euros en échange de 49 p.c. du capital. Cet engagement devait permettre, outre l'injection de liquidités dans la trésorerie, d'augmenter les ratios de solvabilité de cette banque et ainsi rassurer les contreparties sur les marchés, afin qu'elles maintiennent ou rétablissent les lignes de crédit interbancaires ;*

Ils font grief à l'État néerlandais d'avoir refusé d'exécuter cet engagement, à l'opposé des États belge et luxembourgeois qui l'ont honoré ;

N'étant ni partie à ni bénéficiaire de l'engagement verbal qu'aurait souscrit l'État néerlandais, le fondement de l'action des actionnaires ne peut être trouvé que dans une faute quasi-délictuelle qui serait en lien causal avec le préjudice que les actionnaires prétendent avoir subi, à savoir la diminution de valeur du titre Fortis ;

(ii) *Non-respect des statuts de Fortis*

10. *Les actionnaires soutiennent que c'est en pleine connaissance de cause que l'État néerlandais a procédé au rachat des actions des entités néerlandaises de Fortis, alors qu'une telle opération nécessitait, selon eux, l'accord des actionnaires du groupe en exécution du Fortis Governance Statement ;*

L'État néerlandais serait, dès lors, tiers complice de l'excès de pouvoirs commis par le conseil d'administration de Fortis ;

Le fondement de la théorie de la tierce complicité doit également être trouvé dans l'article 1382 du Code civil ;

(iii) *Violation du principe de bonne foi*

11. *Les actionnaires affirment que, pendant toute la période au cours de laquelle s'est décidée la restructuration du groupe Fortis, tant l'État néerlandais que la [défenderesse] ont adopté une attitude non conforme au principe de bonne foi ;*

Ils leur font grief de ne pas avoir donné suite à l'augmentation de capital, d'avoir refusé de mettre les moyens financiers à la disposition de Fortis, d'avoir écarté la Deutsche Bank de la data room d'ABN-AMRO qui était mise en vente conformément aux accords conclus, de menacer de mettre les entités bancaires néerlandaises sous tutelle et de forcer la vente des activités d'assurances qui ne souffraient, selon eux, d'aucun problème. Ils en déduisent que l'État néerlandais et la [défenderesse] ont engagé leur responsabilité ;

(iv) Abus de la faiblesse de Fortis

12. Enfin, les actionnaires estiment que l'État néerlandais et la [défenderesse] ont abusé de la faiblesse de Fortis (acte pénalement répréhensible en vertu de l'article 38 de la loi du 2 août 2002), dès lors qu'ils ont racheté les actions des filiales néerlandaises à des conditions manifestement hors de proportion avec la valeur réelle de ces instruments financiers ;

Cette faute pénale, qui est également une faute civile, engage la responsabilité de l'État néerlandais et de la [défenderesse] en raison de sa complicité ;

13. En résumé, la demande des actionnaires consiste en l'octroi de dommages et intérêts réparant le préjudice qu'ils auraient subi en raison de fautes quasi-délictuelles commises par l'État néerlandais à l'occasion du rachat par lui des actions des entités néerlandaises du groupe Fortis ;

b) Nature et étendue de l'intervention de l'État néerlandais

14. L'intervention de l'État néerlandais entre le 28 septembre et le 3 octobre 2008 ne se limite pas à un simple rachat d'actions ;

Eu égard au caractère systémique du groupe Fortis, et plus particulièrement de son pôle bancaire, et à l'absence de repreneurs ou d'investisseurs privés, le sauvetage de cette entreprise ne pouvait se faire que par les pouvoirs publics. C'est ainsi que, depuis le début de la crise de 2008, dans tous les États, et encore aujourd'hui, les banques privées sont soutenues

par les banques centrales et les États, dont l'intervention se réalise sous diverses formes, comme, par exemple, l'octroi de prêts, le rachat d'instruments financiers, l'effacement de tout ou partie de la dette, l'émission de garanties, l'entrée dans le capital ou la nationalisation. Toutes ces interventions n'ont qu'un seul but, celui d'éviter les dommages collatéraux pour l'économie nationale ou internationale [résultant] d'une défaillance de ces grandes banques. Elles nécessitent également l'intervention des autorités de contrôle (en l'espèce la Commission bancaire, financière et des assurances, actuellement Autorité des services et marchés financiers) et, au niveau européen, l'agrément de la Commission européenne en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence ; celle-ci a par ailleurs mis au point des mécanismes de coopération entre les autorités concernées par la présence dans plusieurs pays d'institutions financières systémiques ;

Tant l'intervention de l'État néerlandais que celle de l'État belge (qui n'est pas en cause dans la présente espèce) s'inscrivent dans le cadre d'une politique de soutien aux banques, fragilisées par la crise mondiale. C'est ainsi que, outre le rachat pur et simple des actions des entités néerlandaises du groupe Fortis, l'État néerlandais a fourni un financement de 34 plus 16 milliards d'euros pour permettre le remboursement des dettes à court et long terme de Fortis Bank Nederland (Holding) envers Fortis Banque, portant ainsi le montant total de sa participation dans l'opération de restructuration à 66,8 milliards d'euros ;

c) Sur la Convention européenne sur l'immunité des États, signée à Bâle le 16 mai 1972

[...] (ii) Sur l'article 24

17. L'article 15 de la Convention de Bâle dispose qu'un État contractant bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État contractant si la procédure ne relève pas des articles 1^{er} à 14, ce qui est le cas en l'espèce ;

Toutefois, l'article 24 introduit une exception si les États ont fait une déclaration que leurs tribunaux peuvent connaître de procédures engagées contre un autre État contractant, ce qui est le cas en l'espèce pour les États belge et

néerlandais. Cette déclaration ne peut cependant porter atteinte à l'immunité de juridiction dont jouissent les États étrangers pour les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (acta iure imperii) ;

Il convient dès lors de vérifier quelle fut la nature de l'intervention de l'État néerlandais ;

18. La Convention de Bâle ne définit pas ce qu'il y a lieu d'entendre par actes iure imperii. Dans son introduction, elle justifie comme suit la nécessité pour les États de conclure à cet égard une convention internationale :

'L'immunité des États est une notion de droit international qui s'est développée à partir du principe « par in parem non habet imperium » en vertu duquel un État n'est pas soumis à la juridiction d'un autre État.

[...] Actuellement deux théories sont en présence : celle de l'immunité absolue, ultime conséquence du principe énoncé, et celle de l'immunité relative, qui tend à prévaloir en raison des nécessités de la vie moderne. Selon cette théorie, l'État bénéficie de l'immunité pour les actes iure imperii mais non pour les actes iure gestionis, c'est-à-dire lorsqu'il participe comme une personne privée à des rapports de droit privé. Cette divergence d'opinions provoque des difficultés dans les relations internationales.

[...] La question s'est posée si la convention n'aurait pas pu se limiter à l'immunité de juridiction en déterminant uniquement les cas dans lesquels un État n'aurait pu invoquer son immunité. À l'appui de cette thèse, on a fait valoir [...] qu'une telle convention constituerait déjà un progrès important par rapport à la situation actuelle [...].

Il n'a toutefois pas paru indiqué de s'engager dans cette voie. En effet, pour les États qui connaissent la distinction entre les actes iure gestionis et les actes iure imperii, l'élaboration d'un catalogue dans lequel l'État n'aurait pu invoquer l'immunité n'aurait pas apporté d'avantages par rapport à la situation actuelle' ;

Dans ces conditions, il faut s'en référer aux sources extraconventionnelles du droit international que sont la coutume internationale, les principes généraux du droit, la jurisprudence et la doctrine la plus qualifiée ;

19. Dans son arrêt du 11 juin 1903 (*Pas.*, 1903, I, 294), la Cour de cassation a dit pour droit, à l'époque, que 'la compétence dérive non du consentement du justiciable mais de la nature de l'acte et de la qualité en laquelle l'État y est intervenu'. Pour apprécier la qualité en laquelle l'État y est intervenu, il n'est pas inutile de rappeler que, dans le cas soumis à la Cour de cassation, l'État néerlandais était à la cause en qualité d'industriel ou de commerçant, effectuant à prix d'argent le transport des voyageurs et des marchandises. Il traitait, d'égal à égal, avec un autre entrepreneur de transports et 'ne met[tai]t pas en œuvre la puissance publique mais fai[sai]t ce que des particuliers peuvent faire et, partant, n'agi[ssai]t que comme personne civile ou privée'. Le premier avocat général Terlingen précisait par ailleurs que l'État s'était comporté comme un commerçant et qu'il importait de vérifier si, 'par l'acte qui sert de base à l'action, le gouvernement défendeur [avait] exercé son imperium, sa publica auctoritas, ou [était] entré dans le domaine des intérêts particuliers, non pour soumettre ces intérêts à son action régulatrice, mais pour y mêler sa personne' ;

Les arrêts de la cour d'appel de Bruxelles, cités par les actionnaires sont fondés sur les mêmes distinctions ;

Quant aux autres États, ils divergent dans la détermination des critères permettant de qualifier une activité de iure gestionis, notamment en ce qui concerne la prise en compte additionnelle du but de l'acte (S. El Sawah, *Les immunités des États et des organisations internationales*, Larcier, 2012, pp. 146 et sv.). En ce qui concerne les opérations financières, cet auteur conclut que les solutions sont tributaires des faits de chaque espèce et des intérêts en présence et qu'il est difficile de soutenir qu'elles constituent une exception coutumière à l'immunité de juridiction de l'État étranger (*ibidem*, p. 151) ;

Il est également intéressant de remarquer que l'article 2.2 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité de juridiction des États et leurs biens du 2 décembre 2004 dispose que, 'pour déterminer si un contrat ou une transaction est une « transaction commerciale » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1^{er}, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais qu'il faudrait aussi prendre en considération son but si les parties au contrat ou à la transaction en sont ainsi convenues, ou

si, dans la pratique de l'État du for, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction' ;

Il s'en déduit qu'en droit international public, la seule nature de l'acte, pris isolément de son contexte, ne peut constituer le seul critère prépondérant pour opérer une distinction entre les actes de iure imperii et ceux de iure gestionis ;

20. En l'espèce, il convient de rappeler que, dans leurs domaines de compétence, les États sont garants de la stabilité financière du pays, laquelle est indispensable pour assurer la pérennité de l'activité économique et sociale ; à ce titre, il est de leur responsabilité d'intervenir d'autorité en cas de crise systémique ; une telle intervention ressortit à l'exercice de la puissance publique ;

Or, il ressort des pièces soumises à la cour [d'appel] et des débats que :

- il n'est pas contesté qu'une faillite du groupe Fortis aurait eu, tant en Belgique qu'aux Pays-Bas, des conséquences catastrophiques pour l'économie de ces deux pays ;

- aucun investisseur privé ne disposait des capacités financières suffisantes pour venir raisonnablement en aide au groupe Fortis, sous la forme soit de reprise d'actifs, soit d'augmentation de capital, soit de prêt ou encore d'émission de garantie, raison pour laquelle les États ont été contraints de se substituer au marché et d'intervenir en urgence, après avoir été prévenus par leurs banques centrales et autorités de contrôle ; il ne peut donc être soutenu que des particuliers auraient pu faire ce que les États ont fait ;

- aux dires mêmes des actionnaires, les négociations ont été menées d'État à État, sans l'intervention du conseil d'administration, qui aurait été mis devant le fait accompli, ayant à choisir entre la solution adoptée par les États ou la faillite ;

- l'acquisition des actions des entités du groupe Fortis a été dictée par l'urgence et la complexité de sa structure binationale, ce qui a fait dire, à bon droit, au premier juge qu'elle s'apparentait à une nationalisation dans l'intérêt du pays ; il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'État néerlandais

entendait prendre le contrôle de ces entités pour les gérer lui-même dans un but de lucre et entrer ainsi, d'égal à égal, dans ce domaine d'activité économique comme aurait pu le faire tout opérateur financier ordinaire ; au contraire, dans son communiqué du 3 octobre 2008, le ministre des Finances néerlandais ne manquait pas de préciser que cette opération tendait à stabiliser le système financier de son pays, à sécuriser les déposants et tous les intéressés, et à maintenir la bonne marche des fonctions financières vitales de l'économie néerlandaise ; il précisait qu'elle était temporaire et que les entités seraient privatisées après le retour au calme, ce qui s'est d'ailleurs produit ;

- l'acquisition des actions des entités néerlandaises de Fortis ne constituait qu'un des volets du plan de sauvetage, puisque, en vue de rétablir la confiance des marchés, l'État néerlandais s'est également engagé, outre la prise en charge des dettes de Fortis Bank Nederland (Holding) jusqu'à concurrence de 34 milliards d'euros, à refinancer la dette à long terme de cette société par le biais d'une émission d'obligations d'État, ce qui ressortit, par sa nature, de l'exercice de la puissance publique ;

- ce paquet de mesures octroyées entre le 29 septembre et le 5 octobre 2008 par la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas à Fortis Banque et Fortis Banque Luxembourg a été approuvé par la Commission européenne au titre d'aide d'État en vertu des règles du traité CE relatives aux aides d'État, comme suite à la crise sur les marchés financiers ; la Commission a précisé que, 'compte tenu de la taille de Fortis Banque, sa part du marché de la banque de détail et la crise ambiante sur les marchés financiers, une défaillance de la banque aurait entraîné un risque systémique dans le secteur financier. Les mesures sont limitées au minimum nécessaire et ont rétabli la viabilité à long terme de la banque. Afin de limiter les distorsions de concurrence, Fortis Banque a, en particulier, vendu ses opérations aux Pays-Bas, qui représentaient 40 p.c. de sa taille, et a été par la suite achetée par BNP Paribas. L'aide est dès lors compatible avec les règles de l'Union européenne sur les aides d'État (article 8, § 3, b), du traité CE), telles qu'elles sont explicitées dans la communication de la Commission sur l'application desdites règles aux banques en temps de crise', ce qui démontre, a contrario, que l'État néerlandais n'a pas agi comme un investisseur privé, à défaut de quoi la Commission n'aurait pas

qualifié l'opération d'aide d'État ; au demeurant, une aide d'État constitue une mesure générale de politique économique, raison pour laquelle la Commission européenne a, dans le cadre de la crise économique et financière qui sévit depuis 2008, adopté un cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière ;

Il s'en déduit que les actes reprochés à l'État néerlandais s'inscrivent dans l'exercice de sa puissance publique ou ont été accomplis dans l'intérêt du service public. Ils ne ressortissent pas au ius gestionis. C'est donc à bon droit que l'État néerlandais a soulevé l'immunité de juridiction. Il ne peut en effet être admis que l'État belge, par l'intermédiaire de ses cours et tribunaux, puisse s'immiscer dans les prérogatives de l'État néerlandais, qui lui sont conférées en vue d'assurer la stabilité de son système financier et de protéger son économie, et, le cas échéant, puisse ainsi être amené à le censurer dans ses activités régaliennes ;

21. L'appel n'est pas fondé sur ce point ;

B. Quant à la [défenderesse]

22. D'une manière générale, les actionnaires considèrent que la [défenderesse] est complice de l'État néerlandais dans sa volonté de démanteler le groupe Fortis et de s'accaparer, à vil prix, le pôle néerlandais. Ils lui reprochent plus particulièrement d'avoir refusé d'accorder un prêt à Fortis, d'avoir écarté la Deutsche Bank de toute reprise en 'l'éjectant de la data room' et d'avoir participé aux manœuvres de l'État néerlandais 'attentatoires à la bonne foi' ;

Ces griefs sont identiques à ceux qui ont déjà été formulés à l'encontre de l'État néerlandais lui-même ;

23. La [défenderesse] est une société fondée par l'État néerlandais qui en est l'unique actionnaire. Son activité et son fonctionnement sont établis par la loi (Bankwet du 26 mars 1998). Elle est notamment chargée du contrôle des institutions financières. Elle combine le rôle de banque nationale et d'autorité de contrôle des institutions financières néerlandaises ;

Elle est, dès lors, considérée comme une 'entité' visée à l'article 27 de la Convention de Bâle et, à ce titre, bénéficie de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis par elle dans l'exercice de la puissance publique, ce qui n'est pas contesté par les actionnaires ;

24. Par identité de motifs avec ce qui a été décidé pour l'État néerlandais, c'est à bon droit que la [défenderesse] soulève également l'immunité de juridiction ;

Que la [défenderesse] ait ou non excédé ses prérogatives est sans incidence pour apprécier si sa conduite relève ou non de l'acte iure imperii. En effet, dès lors que les actionnaires agissent sur la base d'une prétention qui a sa source dans un acte de puissance publique (ce qui a été démontré plus haut), la circonstance que l'action s'analyserait en un recours en responsabilité de nature civile est dépourvue de toute pertinence. Le caractère illégal d'un acte ne saurait justifier une interprétation différente (C.J.C.E., 15 février 2007, Lechouritou, C-292/05, n^{os} 40 à 43) ;

En ce qui concerne la [défenderesse], il en est plus particulièrement ainsi en ce qui concerne le refus d'accorder un prêt aux entités bancaires néerlandaises et de menacer de les mettre sous tutelle ou encore d'exercer un droit de regard sur les conditions éventuelles de reprise de la banque néerlandaise ABN-AMRO ;

25. L'appel sur ce point n'est pas fondé ».

Griefs

1. Selon l'article 15 de la Convention de Bâle, un État contractant bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État contractant si la procédure ne relève pas des articles 1^{er} à 14 ; le tribunal ne peut connaître d'une telle procédure même lorsque l'État ne comparait pas.

Toutefois, selon l'article 24, § 1^{er}, de la Convention de Bâle, nonobstant les dispositions de l'article 15, tout État peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion ou à tout

autre moment ultérieur, par notification adressée au secrétaire général du Conseil de l'Europe, déclarer qu'en dehors des cas relevant des articles 1^{er} à 13, ses tribunaux pourront connaître de procédures engagées contre un autre État contractant dans la mesure où ils peuvent en connaître contre les États qui ne sont pas parties à la convention. Cette déclaration ne porte pas atteinte à l'immunité de juridiction dont jouissent les États étrangers pour les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (acta iure imperii).

L'arrêt constate que tant l'État belge que l'État néerlandais ont fait une telle déclaration.

2. Selon l'article 27 de la Convention de Bâle :

« § 1^{er}. Aux fins de la présente convention, l'expression 'État contractant' n'inclut pas une entité d'un État contractant distincte de celui-ci et ayant la capacité d'ester en justice, même lorsqu'elle est chargée des fonctions publiques.

§ 2. Toute entité visée au paragraphe 1^{er} peut être attraitée devant les tribunaux d'un autre État contractant comme une personne privée ; toutefois, ces tribunaux ne peuvent pas connaître des actes accomplis par elle dans l'exercice de la puissance publique (acta iure imperii).

§ 3. Une telle entité peut en tout cas être attraitée devant ces tribunaux lorsque ceux-ci, dans des circonstances analogues, auraient pu connaître de la procédure si elle avait été engagée contre un État contractant ».

3. Il ressort tant de ces dispositions que de la règle coutumière internationale relative à l'immunité de juridiction des États étrangers, dont le caractère de source du droit est reconnu par l'article 38, § 1^{er}, b), du Statut de la Cour internationale de Justice, qu'un État étranger ou une entité distincte de celui-ci ne bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux belges que pour les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (actes iure imperii).

Au regard de ces règles de droit, la question si un acte a été accompli dans l'exercice de la puissance publique s'apprécie exclusivement au regard de la nature de cet acte, à l'exclusion de tout autre critère. En particulier, il importe peu que l'acte ait été accompli dans un but d'intérêt général,

qu'aucune personne privée n'aurait en l'espèce eu les capacités financières d'accomplir cet acte, que l'acte ait été négocié d'État à État, qu'il ne présentait qu'un caractère temporaire ou qu'il ne constitue qu'un volet d'un plan de sauvetage impliquant dans d'autres volets l'exercice de prérogatives de puissance publique, pour autant, à chaque fois, que l'acte concerné ait pu, par nature, être également accompli par une personne privée.

Il est également indifférent que l'acte puisse être qualifié d'aide d'État. En effet, les aides d'État sont définies par l'article 87, § 1^{er}, du Traité CE comme les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Le fait qu'un acte soit qualifié d'aide d'État ne suffit donc pas à établir, en soi, qu'il n'aurait pas pu, par nature, être également accompli par une personne privée.

4. L'arrêt constate qu'« en résumé, la demande des actionnaires consiste en l'octroi de dommages et intérêts réparant le préjudice qu'ils auraient subi en raison de fautes quasi-délictuelles commises par l'État néerlandais à l'occasion du rachat par lui des actions des entités néerlandaises du groupe Fortis » et que, « d'une manière générale, les actionnaires considèrent que la [défenderesse] est complice de l'État néerlandais dans sa volonté de démanteler le groupe Fortis et de s'accaparer, à vil prix, le pôle néerlandais ».

L'arrêt décide « qu'en droit international public, la seule nature de l'acte, pris isolément de son contexte, ne peut [...] constituer le seul critère prépondérant pour opérer une distinction entre les actes de iure imperii et ceux de iure gestionis ».

Par les motifs reproduits en tête du moyen et spécialement repris au point 20, il décide ensuite que « les actes reprochés à l'État néerlandais s'inscrivent dans l'exercice de la puissance publique ou ont été accomplis dans l'intérêt du service public ». Il justifie cette décision en retenant en substance les critères suivants : a) le but de l'intervention de l'État néerlandais, étranger à tout but de lucre (à savoir éviter des conséquences catastrophiques pour

l'économie des deux pays, stabiliser le système financier de son pays, sécuriser les déposants et tous les intéressés et maintenir en bonne marche des fonctions financières vitales de l'économie néerlandaise), l'acquisition des actions des entités du groupe Fortis s'apparentant à une nationalisation dans l'intérêt du pays et constituant une mesure générale de politique économique ; b) le fait qu'aucun investisseur privé n'aurait disposé des capacités financières suffisantes pour venir raisonnablement en aide au groupe Fortis ; c) le fait que les négociations ont été menées d'État à État ; d) le fait que l'acquisition des actions des entités du groupe Fortis était temporaire, étant entendu que les entités seraient privatisées après le retour au calme ; e) le fait que cette acquisition ne constituait qu'un des volets du plan de sauvetage à côté du refinancement de la dette à long terme de Fortis Bank Nederland (Holding) par le biais d'une émission d'obligations d'État ; f) l'approbation de ces mesures par la Commission européenne à titre d'aides d'État.

L'arrêt décide enfin que, « par identité de motifs avec ce qui a été décidé pour l'État néerlandais, c'est à bon droit que la [défenderesse] soulève également l'immunité de juridiction ».

5. Par les motifs précités, l'arrêt reconnaît donc à l'État néerlandais et à [la défenderesse] une immunité de juridiction alors qu'il constate par ailleurs que les actes qui leur étaient reprochés consistaient en substance dans des fautes quasi-délictuelles commises à l'occasion du rachat des actions des entités néerlandaises du groupe Fortis.

Un tel rachat d'actions constitue un acte qui, par nature, n'implique l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique, aurait également pu être accompli par un particulier et doit dès lors être qualifié d'acte iure gestionis plutôt que iure imperii.

Ainsi, l'arrêt reconnaît à l'État néerlandais et à [la défenderesse] une immunité de juridiction en ayant égard, non à la nature des actes qui leur étaient reprochés, mais à d'autres critères dénués de pertinence, tels que le but dans lequel ces actes ont été accomplis ou leur approbation à titre d'aide d'État.

Il viole, ce faisant, l'ensemble des règles visées en tête du moyen, à l'exclusion de l'article 149 de la Constitution, et spécialement les articles 24 et 27 de la Convention de Bâle ainsi que la règle coutumière internationale relative à l'immunité de juridiction des États étrangers.

6. À tout le moins, à défaut d'indiquer dans ses motifs si les actes reprochés à l'État néerlandais et à la [défenderesse] relevaient ou non, par leur nature, de l'exercice de la puissance publique, l'arrêt met la Cour dans l'impossibilité de contrôler la légalité de sa décision, n'est, partant, pas régulièrement motivé et viole, dès lors, l'article 149 de la Constitution.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

Suivant l'article 1056, 4^o, du Code judiciaire, l'appel est formé par conclusions à l'égard de toute partie présente ou représentée à la cause.

Seules les parties présentes ou représentées à la cause en degré d'appel peuvent former appel selon ce mode.

Si, en vertu de l'article 812, alinéa 1^{er}, du même code, l'intervention peut avoir lieu devant toutes les juridictions, en règle, une partie ne peut être reçue comme intervenante, volontaire ou forcée, devant le juge du second degré, si elle a été présente, appelée ou représentée en première instance.

Dès lors, de ce qu'une partie, qui était présente, appelée ou représentée en première instance mais n'a formé aucun appel et n'a été ni intimée ni appelée à la cause en degré d'appel, a déposé des conclusions en degré d'appel,

il ne se déduit pas nécessairement que cette partie devient partie à la cause en degré d'appel.

Il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que les demandeurs sub 167, 364, 470, 636, 652, 809, 810, 861, 867, 915, 919, 937, 966 et 1057, qui étaient à la cause en première instance, n'ont pas déposé de requête d'appel et n'ont été ni intimés ni appelés à la cause en degré d'appel et que, devant la cour d'appel, ils ont déposé des conclusions aux termes desquelles ils sollicitaient uniquement de déclarer recevable et fondé leur appel du jugement du premier juge en ce que celui-ci avait fait droit à l'immunité de juridiction soulevée par le défendeur.

L'arrêt, qui considère que, « si une partie non intimée peut former appel par conclusions, c'est à la condition qu'elle soit présente à la cause en instance d'appel [et qu'] il est donc exclu qu'un appel principal qui ne constitue pas un simple complément à un appel régulièrement formé par requête ou par acte d'huissier soit formé par voie de conclusions à l'initiative d'un nouvel appelant », justifie légalement sa décision de dire l'appel de ces demandeurs irrecevable.

Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le second moyen :

Aux termes de l'article 15 de la Convention européenne sur l'immunité des États, faite à Bâle le 16 mai 1972, un État contractant bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État contractant si la procédure ne relève pas des articles 1^{er} à 14 et le tribunal ne peut connaître d'une telle procédure même lorsque l'État ne comparaît pas.

L'article 24, § 1^{er}, de cette convention dispose que, nonobstant les dispositions de l'article 15, tout État peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion, ou à tout autre moment ultérieur, par notification adressée au secrétaire général du Conseil de l'Europe, déclarer qu'en dehors des cas relevant des articles 1^{er} à

13, ses tribunaux pourront connaître de procédures engagées contre un autre État contractant dans la mesure où ils peuvent en connaître contre des États qui ne sont pas parties à la Convention et que cette déclaration ne porte pas atteinte à l'immunité de juridiction dont jouissent les États étrangers pour les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (*acta iure imperii*).

En vertu de l'article 27 de la même convention, l'entité d'un État contractant distincte de celui-ci et ayant la capacité d'ester en justice, même lorsqu'elle est chargée d'exercer des fonctions publiques, peut être atraite devant les tribunaux d'un autre État contractant comme une personne privée ; toutefois, ces tribunaux ne peuvent pas connaître des actes accomplis par elle dans l'exercice de la puissance publique (*acta iure imperii*).

Pour déterminer si les actes accomplis par un État ou une entité d'un État l'ont été dans l'exercice de la puissance publique, il convient d'avoir égard à la nature de cet acte et à la qualité en laquelle cet État ou cette entité est intervenu en tenant compte du contexte dans lequel l'acte a été accompli.

L'arrêt considère que :

- « l'intervention de l'État néerlandais entre le 28 septembre et le 3 octobre 2008 ne se limite pas à un simple rachat d'actions » ;

- « eu égard au caractère systémique du groupe Fortis, et plus particulièrement de son pôle bancaire, et à l'absence de repreneurs ou d'investisseurs privés, le sauvetage de cette entreprise ne pouvait se faire que par les pouvoirs publics. C'est ainsi que, depuis le début de la crise de 2008, dans tous les États, et encore aujourd'hui, les banques privées sont soutenues par les banques centrales et les États dont l'intervention se réalise sous diverses formes, comme, par exemple, l'octroi de prêts, le rachat d'instruments financiers, l'effacement de tout ou partie de la dette, l'émission de garanties, l'entrée dans le capital ou la nationalisation. Toutes ces interventions n'ont qu'un seul but, celui d'éviter les dommages collatéraux pour l'économie nationale ou internationale [résultant] d'une défaillance de ces grandes banques. Elles nécessitent également l'intervention des autorités de contrôle (en l'espèce la Commission bancaire, financière et des assurances, actuellement Autorité des services et marchés financiers) et, au niveau

européen, l'agrément de la Commission européenne en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence ; celle-ci a par ailleurs mis au point des mécanismes de coopération entre les autorités concernées par la présence dans plusieurs pays d'institutions financières systémiques » ;

- « tant l'intervention de l'État néerlandais que celle de l'État belge (qui n'est pas en cause dans la présente espèce) s'inscrivent dans le cadre d'une politique de soutien aux banques, fragilisées par la crise mondiale. C'est ainsi que, outre le rachat pur et simple des actions des entités néerlandaises du groupe Fortis, l'État néerlandais a fourni un financement de 34 plus 16 milliards d'euros pour permettre le remboursement des dettes à court et long terme de Fortis Bank Nederland (Holding) envers Fortis Banque, portant ainsi le montant total de sa participation dans l'opération de restructuration à 66,8 milliards d'euros ».

Après avoir considéré que l'article 11 de la Convention de Bâle ne permet pas de fonder le pouvoir de juridiction des cours et tribunaux belges et que « l'article 15 de [cette convention] dispose qu'un État contractant bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État contractant si la procédure ne relève pas des articles 1^{er} à 14, ce qui est le cas en l'espèce », l'arrêt énonce que, si les États belge et néerlandais ont fait la déclaration prévue à l'article 24 de cette convention, « cette déclaration ne peut cependant porter atteinte à l'immunité de juridiction dont jouissent les États étrangers pour les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique (*acta iure imperii*) » et qu'il « convient dès lors de vérifier quelle fut la nature de l'intervention de l'État néerlandais ».

Il considère que :

- « dans leurs domaines de compétence, les États sont garants de la stabilité financière du pays, laquelle est indispensable pour assurer la pérennité de l'activité économique et sociale ; à ce titre, il est de leur responsabilité d'intervenir d'autorité en cas de crise systémique ; une telle intervention ressortit à l'exercice de la puissance publique » ;

- « aucun investisseur privé ne disposait des capacités financières suffisantes pour venir raisonnablement en aide au groupe Fortis, sous la forme soit de reprise d'actifs, soit d'augmentation de capital, soit de prêt ou encore d'émission de garantie, raison pour laquelle les États ont été contraints de se substituer au marché et d'intervenir en urgence, après avoir été prévenus par leurs banques centrales et autorités de contrôle ; il ne peut donc être soutenu que des particuliers auraient pu faire ce que les États ont fait » ;

- « l'acquisition des actions des entités du groupe Fortis a été dictée par l'urgence et la complexité de sa structure binationale, ce qui a fait dire, à bon droit, au premier juge qu'elle s'apparentait à une nationalisation dans l'intérêt du pays ; il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'État néerlandais entendait prendre le contrôle de ces entités pour les gérer lui-même dans un but de lucre et entrer ainsi, d'égal à égal, dans ce domaine d'activité économique comme aurait pu le faire tout opérateur financier ordinaire ; au contraire, dans son communiqué du 3 octobre 2008, le ministre des Finances néerlandais ne manquait pas de préciser que cette opération tendait à stabiliser le système financier de son pays, à sécuriser les déposants et tous les intéressés, et à maintenir la bonne marche des fonctions financières vitales de l'économie néerlandaise ; il précisait qu'elle était temporaire et que les entités seraient privatisées après le retour au calme, ce qui s'est d'ailleurs produit » ;

- « l'acquisition des actions des entités néerlandaises de Fortis ne constituait qu'un des volets du plan de sauvetage, puisque, en vue de rétablir la confiance des marchés, l'État néerlandais s'est également engagé, outre la prise en charge des dettes de Fortis Bank Nederland (Holding) jusqu'à concurrence de 34 milliards d'euros, à refinancer la dette à long terme de cette société par le biais d'une émission d'obligations d'État, ce qui ressortit, par sa nature, à l'exercice de la puissance publique » ;

- « ce paquet de mesures octroyées entre le 29 septembre et le 5 octobre 2008 par la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas à Fortis Banque et Fortis Banque Luxembourg a été approuvé par la Commission européenne au titre d'aide d'État en vertu des règles du traité CE relatives aux aides d'État, comme suite à la crise sur les marchés financiers ; la Commission a précisé que, 'compte tenu de la taille de Fortis Banque, sa part du marché de la banque de

détail et la crise ambiante sur les marchés financiers, une défaillance de la banque aurait entraîné un risque systémique dans le secteur financier. Les mesures sont limitées au minimum nécessaire et ont rétabli la viabilité à long terme de la banque. Afin de limiter les distorsions de concurrence, Fortis Banque a, en particulier, vendu ses opérations aux Pays-Bas, qui représentaient 40 p.c. de sa taille, et a été par la suite achetée par BNP Paribas. L'aide est dès lors compatible avec les règles de l'Union européenne sur les aides d'État (article 87, § 3, b), du traité CE), telles qu'[elles sont] explicitées dans la communication de la Commission sur l'application desdites règles aux banques en temps de crise', ce qui démontre, *a contrario*, que l'État néerlandais n'a pas agi comme un investisseur privé, à défaut de quoi la Commission n'aurait pas qualifié l'opération d'aide d'État ; au demeurant, une aide d'État constitue une mesure générale de politique économique, raison pour laquelle la Commission européenne a, dans le cadre de la crise économique et financière qui sévit depuis 2008, adopté un cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière ».

Par ces énonciations, qui permettent à la Cour d'exercer son contrôle de légalité, l'arrêt justifie légalement sa décision que « c'est donc à bon droit que l'État néerlandais a soulevé l'immunité de juridiction ».

Par ailleurs, l'arrêt, qui considère, sans être critiqué, que la défenderesse est une « 'entité' [...] visée à l'article 27 de la Convention de Bâle et [qu'] à ce titre, elle bénéficie de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis par elle dans l'exercice de la puissance publique », décide légalement que, « par identité de motifs avec ce qui a été décidé pour l'État néerlandais, c'est à bon droit que la [défenderesse] soulève également l'immunité de juridiction ».

Le moyen ne peut être accueilli.

Sur la demande en déclaration d'arrêt commun :

Le rejet du pourvoi prive d'intérêt la demande en déclaration d'arrêt commun.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi et la demande en déclaration d'arrêt commun ;

Condamne les demandeurs aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de sept cent quarante-sept euros quarante-trois centimes envers les parties demanderesses et à la somme de quatre cent trente-trois euros soixante et un centimes envers la partie appelée en déclaration d'arrêt commun.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, les conseillers Didier Batselé, Martine Regout, Michel Lemal et Marie-Claire Ernotte, et prononcé en audience publique du vingt-trois octobre deux mille quinze par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Thierry Werquin, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

M.-Cl. Ernotte

M. Lemal

M. Regout

D. Batselé

Chr. Storck