

Le droit à un recours effectif des sociétés en liquidation et le droit de l'Union européenne

(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *B.C.E. c. Trasta Komercbanka e.a.*, 5 novembre 2019)

PAR

Nicolas CARIAT

Avocat, professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, chargé de cours invité à l'UCLouvain et à l'UNamur

ET

Thomas MARTIN

*Avocat*¹

Résumé

Le droit d'une société en liquidation à un recours effectif contre une décision d'une institution de l'Union européenne ayant provoqué sa mise en liquidation implique de l'autoriser à agir devant la Cour de justice de l'Union européenne, à l'initiative de ses anciens organes de direction, lorsque l'introduction de pareil recours par son liquidateur est rendue impossible ou théorique par les règles nationales qui encadrent le mandat dudit liquidateur.

Abstract

The right to an effective remedy for a company under liquidation against a decision of an institution of the European Union which led to its liquidation implies allowing the said company to act before the Court of justice of the European Union, on the initiative of its former management bodies, where the introduction of such an action by its

¹ Les auteurs remercient Madame Florence George (Professeure à l'UNamur) pour ses indications précieuses et attentives.

liquidator is rendered impossible or theoretical by the national rules governing the mandate of the said liquidator.

1. S'interroger quant aux droits à reconnaître aux sociétés en liquidation peut paraître incongru. Une société en liquidation est en principe fondée à se prévaloir de tous les droits fondamentaux reconnus aux personnes morales « ordinaires », aussi longtemps qu'elle dispose de la personnalité morale dont est appelée à la priver *in fine* la clôture de sa liquidation. Se pose néanmoins la question de savoir si certaines garanties particulières, rendues indispensables par leur situation de péril imminent, doivent être reconnues aux sociétés en liquidation, en vue de garantir l'existence d'un recours effectif leur permettant de contester encore leur mise en liquidation et certaines décisions ayant causé celle-ci.

Par l'arrêt commenté, la Cour de justice² a reconnu un droit d'action à une banque lettonne en liquidation représentée par ses anciens dirigeants (privés de leurs pouvoirs de représentation en raison de la désignation d'un liquidateur et malgré la révocation du mandat de leur avocat par ledit liquidateur) afin de solliciter l'annulation d'une décision de la Banque centrale européenne (ci-après: la B.C.E.) ayant entraîné la mise en liquidation de la société. La Cour a considéré que pareil droit d'action était nécessaire afin de garantir le droit à un recours effectif de la banque concernée, au motif que le mandat confié au liquidateur (doté à titre exclusif des pouvoirs de représentation de la société) portait sur la seule liquidation de la société et rendait donc impossible ou théorique (en raison de l'existence d'un conflit d'intérêts) l'exercice d'un recours contre la décision à l'origine de la mise en liquidation.

Après avoir exposé les faits de la cause (I.A) et les procédures devant les juridictions de l'Union (I.B), la présente contribution examinera les enseignements de l'arrêt commenté concernant le contentieux propre à ces juridictions (II.A) et évoquera l'apport qu'il pourrait constituer dans le cadre des procédures de mise en liquidation au niveau national (II.B).

² Conformément à l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du T.U.E., « [l]a Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal de l'Union européenne et des tribunaux spécialisés ». Le vocable « Cour de justice » est ainsi utilisé tant pour désigner l'institution considérée globalement que l'une des deux juridictions instaurées en son sein (par opposition au Tribunal). Le présent exposé utilisera le terme « juridictions de l'Union » chaque fois qu'il entend se référer indistinctement à la « Cour de justice » et au « Tribunal ».

I. Le cadre factuel et la procédure devant les juridictions de l'Union

A. *Les faits de la cause*

2. Le 5 février 2016, la Commission lettonne des marchés financiers et des capitaux (ci-après : la C.M.F.C.) a proposé à la B.C.E. de retirer la licence autorisant *Traska Komerbanka* (ci-après : *T.K.B.*) à fournir des services financiers en tant qu'établissement de crédit, au motif que cette banque lettone aurait méconnu la réglementation applicable en matière de blanchiment d'argent.

Le 10 février 2016, le président du comité de direction de *T.K.B.* a mandaté un avocat pour contester le retrait de ladite licence au nom de la banque, au premier chef dans le cadre de la procédure administrative devant la B.C.E.

Le 3 mars 2016, la B.C.E. a adopté la décision retirant à *T.K.B.* son accès aux activités d'établissement de crédit, conformément à la procédure prévue par le règlement (UE) n° 1024/2013³.

3. Le retrait de la licence bancaire européenne a pour effet automatique, par application de la loi lettone, d'emporter la dissolution de la banque, ainsi que la nomination d'un liquidateur proposé par la C.M.F.C. Saisi par la C.M.F.C., le Tribunal de Riga a ordonné, le 14 mars 2016, l'ouverture de la procédure de liquidation de *T.K.B.* et a nommé le liquidateur proposé par la C.M.F.C. Par une décision non susceptible de recours, le Tribunal a rejeté la requête de *T.K.B.* visant au maintien de pouvoirs de représentation limités dans le chef de son ancien organe de direction, concernant, d'une part, l'introduction d'une demande de réexamen de la décision du 3 mars 2016 auprès de la B.C.E. et, d'autre part, l'introduction d'un recours en annulation à l'encontre de la même décision devant les juridictions de l'Union.

4. Le 17 mars 2016, le liquidateur, chargé de la seule mission de procéder à la liquidation définitive de la banque, a révoqué tous les mandats établis avant cette date au nom de la société. Ladite révocation a été publiée au *Journal officiel* de la République de Lettonie le 21 mars 2016.

5. Le 3 avril 2016, l'avocat ayant assisté *T.K.B.* au stade pré-décisionnel a saisi la B.C.E. d'une demande de réexamen au nom de la banque et de six de ses actionnaires (personnes morales et personnes physiques) représentant

³ Règlement (UE) n° 1024/2013 du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *J.O.U.E.*, n° L 287 du 29 octobre 2013, pp. 63-89.

ensemble (directement ou indirectement) 75 % du capital (cette demande étant déclarée non fondée le 30 mai 2016).

6. Le 13 mai 2016, le même avocat a introduit un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union européenne contre la décision de la B.C.E., au nom de *T.K.B.* et, «à titre de précaution», au nom des mêmes actionnaires.

7. Le 28 octobre 2016, le liquidateur a adressé à l'avocat concerné un courrier individuel lui signifiant expressément la révocation de son mandat de représentation de *T.K.B.*

B. *Les règles procédurales devant le Tribunal*

8. La compréhension utile du cas d'espèce rend nécessaire de présenter brièvement les règles procédurales découlant du traité et du règlement de procédure qui encadraient le droit d'action des parties requérantes devant le Tribunal.

9. Conformément à l'article 263 du T.F.U.E., toute personne morale ou physique n'est recevable à solliciter l'annulation d'un acte adopté par une institution de l'Union qu'à condition de démontrer, de manière cumulative, son *intérêt à agir* et sa *qualité pour agir*.

La condition liée à l'intérêt à agir (semblable à celle encadrant de nombreux recours à caractère objectif devant les juridictions nationales) impose au requérant de démontrer, selon une jurisprudence constante, que «les effets juridiques obligatoires de l'acte attaqué [sont] de nature à affecter [ses] intérêts, en modifiant de façon caractérisée [sa] situation juridique»⁴ et qu'un «recours est susceptible, par son résultat, de [lui] procurer un bénéfice»⁵.

La condition liée à la qualité pour agir implique, conformément à l'article 263, alinéa 4, du T.F.U.E., qu'une personne morale ou physique ne peut contester un acte de droit dérivé qu'à la condition de démontrer, *soit* (i) qu'elle est la destinataire de cet acte, *soit* (ii) que cet acte la concerne directement et individuellement, *soit* encore (iii) que cet acte est un acte réglementaire, qui la concerne directement et qui ne comporte pas de mesures d'exécution. Concernant en particulier la deuxième hypothèse (la première ne posant guère de difficulté particulière et la troisième n'étant pas pertinente en l'espèce), l'in-

⁴ Voy. par exemple: C.J.U.E., arrêt *Deutsche Post et Allemagne c. Commission*, 13 octobre 2011, aff. jtes n° C-463/10 P et n° C-475/10 P, point 37 et la jurisprudence citée.

⁵ Voy. par exemple: C.J.U.E., arrêt *Wunenburger c. Commission*, 7 juin 2007, aff. C-362/05 P, point 42 et la jurisprudence citée.



interprétation stricte donnée par la jurisprudence aux conditions cumulatives d'affectation individuelle et d'affectation directe a pour effet de restreindre drastiquement la possibilité pour les particuliers de contester directement devant la Cour de justice les actes juridiques de l'Union dont ils ne sont pas les destinataires⁶. Le critère d'affectation individuelle constitue l'obstacle le plus redoutable puisqu'il limite le droit d'agir des personnes morales et physiques qui ne sont pas les destinataires d'un acte aux hypothèses dans lesquelles ledit acte «les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise *d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'une telle décision le serait*»⁷. L'exigence d'affectation directe n'est pas non plus sans piège puisqu'elle «requiert que deux critères soient cumulativement réunis, à savoir que la mesure contestée, d'une part, produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et, d'autre part, ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union, sans application d'autres règles intermédiaires»⁸.

10. Le règlement de procédure du Tribunal présentait également une importance particulière en espèce. Son article 51, § 1^{er}, fait obligation aux personnes physiques et aux personnes morales de droit privé d'être représentées par un avocat⁹. Conformément à l'article 51, § 3, l'avocat qui agit au nom d'une per-

⁶ Un auteur est allé jusqu'à écrire, sans devoir être contredit à notre estime, que les limites ainsi posées impliquaient que le droit à un recours effectif des particuliers devant la Cour de justice pouvait être qualifié de «mythe» (J. WILDEMEERSCH, *Contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne – Le mythe du droit à un recours effectif*, Larcier, Bruxelles, 2019, 666 p.) Voy. aussi: M. JAEGER, «L'accès des personnes physiques ou morales à la justice: les premières interprétations par le Tribunal des nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, T.F.U.E.», in *Mélanges en hommage à Albert Weitzel – L'Europe des droits fondamentaux*, A. Pedone, Paris, 2013, pp. 91-128; D. WAELEBROECK et Th. BOMBOIS, «Des requérants 'privilegiés' et des autres...», *Cah. dr. eur.*, 2014, n° 1, pp. 21-75.

⁷ Voy. par exemple: C.J.U.E., arrêt *European Union Copper Task Force c. Commission*, 13 mars 2018, aff. C-384/16 P, point 93 et la jurisprudence citée (c'est nous qui soulignons).

⁸ Voy. par exemple: C.J.U.E., arrêt *Scuola Elementare Maria Montessori c. Commission e.a.*, 6 novembre 2018, aff. jtes n° C-622/16 P à n° C-624/16 P, point 42 et jurisprudence citée.

⁹ Pareille obligation découle également de l'article 19 du statut de la Cour de justice, et concernant la Cour de justice, de l'article 119 de son règlement de procédure. Conformément à la jurisprudence, cette condition n'est pas remplie (emportant du même coup l'irrecevabilité des actes de procédure posés par l'avocat) lorsque certaines circonstances portent manifestement atteinte à la capacité de l'avocat à assurer sa mission en pleine indépendance (voy. C.J.U.E., arrêt *Uniwersytet Wrocławski c. REA*, 4 février 2020, aff. C-515/17 P, point 64). En dépit de son inscription au barreau et de la soumission aux règles professionnelles qui en découlent, un avocat interne à



sonne morale doit justifier d'un mandat l'autorisant à agir au nom de la personne morale (valablement émis par l'organe compétent à cette fin). La jurisprudence montre que le contrôle opéré par le juge de l'Union sur le contenu du mandat ne semble pas procéder d'un formalisme excessif¹⁰. Ce n'est donc en principe qu'en l'absence d'un mandat ou dans le cas où il n'a pas été délivré par le représentant légal de la société que le Tribunal est amené à prononcer l'irrecevabilité de la requête pour ce motif.

C. *L'ordonnance du Tribunal*

11. La B.C.E. a sollicité que le Tribunal déclare le recours irrecevable, aux motifs que (i) l'avocat de *T.K.B.* n'était pas ou plus valablement mandaté afin d'introduire un recours au nom de la banque destinataire de la décision et (ii) que les actionnaires ne disposaient ni d'un intérêt à agir ni de la qualité à agir nécessaires.

Par ordonnance du 12 septembre 2017¹¹, le Tribunal a statué sur ces différentes exceptions d'irrecevabilité (sans se prononcer sur le fond¹²).

12. Concernant le recours de *T.K.B.*, le Tribunal a constaté que le mandat de l'avocat joint à la requête était celui délivré par l'organe de direction de la banque le 10 février 2016 et que celui-ci (valablement donné à cette date) avait entre-temps été révoqué par le liquidateur.

←

une société ne jouit pas à l'égard de son employeur du même degré d'indépendance qu'un avocat exerçant ses activités dans un cabinet externe à l'égard de son client (C.J.U.E., arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission*, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, point 45). De la même manière, n'est pas suffisamment indépendant l'avocat qui occupe de hautes fonctions de direction au sein de la personne morale qu'il représente (Trib. U.E., ordonnance du 6 septembre 2011, *ClientEarth c. Conseil*, aff. T-452/10, point 21) ou celui qui possède des actions de la société qu'il représente et préside son conseil d'administration (C.J.U.E., ordonnance du 4 décembre 2014, *ADR Center Srl c. Commission*, aff. C-259/14 P, point 27).

¹⁰ Il a par exemple été jugé que l'absence de date ou d'utilisation d'un tampon pour la signature du mandat (Trib. U.E., arrêt *EURL Le Levant 001 e.a. c. Commission*, 22 février 2006, aff. T-34/02, points 54 à 58), la circonstance que le mandat ne précise pas qu'il est délivré spécifiquement aux fins d'un pourvoi devant la Cour (C.J.U.E., arrêt *mobile.de c. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)*, 28 février 2018, aff. C-418/16 P, point 39) ou le fait que le mandat n'est pas établi par acte notarié (Trib. U.E., arrêt *Astipescia c. Commission*, 17 octobre 2002, aff. T-180/00, point 43) n'entraînent pas l'irrecevabilité du recours.

¹¹ Trib. U.E., ordonnance *Fursin e.a. c. B.C.E.*, 12 septembre 2017, aff. T-247/16.

¹² Voy. article 130 du règlement de procédure du Tribunal du 4 mars 2015 (*J.O.U.E.*, n° L 105 du 23 avril 2015, p. 1).

Selon le Tribunal, le contrôle de la régularité du mandat joint au recours introduit par une personne morale de droit privé impliquait « d'une part, de déterminer le droit national applicable et, d'autre part, d'apprécier si, en vertu de ce droit, le liquidateur a le pouvoir de révoquer le mandat et s'il l'a effectivement révoqué »¹³. Après avoir déterminé que le droit letton était applicable¹⁴, le Tribunal s'est fondé sur le seul constat qu'une juridiction lettonne avait expressément rejeté la demande des dirigeants de *T.K.B.* de maintenir leur pouvoir de représentation en vue de contester la décision de la B.C.E. (par une décision définitive) pour considérer que le liquidateur disposait du pouvoir de révoquer le mandat de l'avocat, et que pareille révocation avait été valablement donnée.

Le Tribunal a ainsi disqualifié les arguments de *T.K.B.*, tirés d'une interprétation différente du droit letton et d'une violation de son droit à un recours effectif. Concernant ce dernier élément, *T.K.B.* faisait valoir que donner effet à la décision de révocation la privait *de jure* ou à tout le moins *de facto* de tout recours effectif, dès lors que le liquidateur, seul organe compétent afin de représenter la société après la mise de liquidation, avait pour seule mission de réaliser la liquidation. Selon les avocats de *T.K.B.*, ces circonstances empêchaient légalement le liquidateur d'introduire un recours en annulation au nom de la société, ou, à tout le moins, le plaçaient dans une situation de conflit d'intérêts rendant improbable ou théorique l'introduction d'un tel recours en annulation.

La possibilité d'agir subsistant à titre exclusif dans le chef du liquidateur – dont émanait pourtant la décision de révocation de l'avocat – était néanmoins suffisante, aux yeux du Tribunal, afin de garantir le droit à un recours effectif de *T.K.B.* : « [...] l'application du droit letton n'aboutit pas, contrairement à ce que prétend *T.K.B.*, à la violation du droit de l'Union et, en particulier, du droit à une protection juridictionnelle effective. En effet, l'application du droit letton ne conduit pas à priver d'un recours toutes les banques dont l'agrément aurait été retiré, mais à confier la responsabilité de ce recours à un liquidateur »¹⁵.

Le Tribunal a en conséquence considéré que le recours de *T.K.B.* était irrecevable (malgré la qualité à agir et l'intérêt à agir incontestables de la société en tant que destinataire de la décision de la B.C.E.) faute pour l'avocat signataire de la requête de disposer d'un mandat valable au sens de l'article 51, § 3, du règlement de procédure (lors du dépôt de la requête et jusqu'au terme de la procédure devant le Tribunal)¹⁶.

¹³ Trib. U.E., *Fursin e.a. c. B.C.E.*, préc., point 25.

¹⁴ Désigné comme l'État membre dans lequel *T.K.B.* était agréé, en application de la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, *J.O.C.E.*, n° L 125 du 5 mai 2001, p. 15.

¹⁵ Trib. U.E., *Fursin e.a. c. B.C.E.*, préc., point 36.

¹⁶ *Ibid.*, points 46 à 49.

13. Peut-être conscient du caractère contestable de son ordonnance concernant *T.K.B.* elle-même, le Tribunal a fait œuvre créatrice pour déclarer recevable le recours des actionnaires de *T.K.B.*

Conformément à une jurisprudence constante, les actionnaires d'une société qui ne peuvent démontrer l'existence d'un intérêt distinct de celui de celle-ci ne sont pas recevables à postuler l'annulation d'un acte de l'Union dont ladite société est destinataire. Cette jurisprudence se justifie en substance par la circonstance que la société est dans pareille hypothèse fondée à agir en annulation devant le Tribunal et que les droits des actionnaires sont réputés garantis par les mécanismes légaux leur permettant d'influer sur les décisions des organes de la société, en vue de l'introduction d'un recours par la société elle-même¹⁷.

Le Tribunal a néanmoins considéré qu'il convenait en l'espèce d'écarter cette jurisprudence, et de reconnaître un intérêt à agir aux actionnaires, au motif que, par l'effet de la mise en liquidation, les actionnaires ne disposeraient plus de possibilités efficaces d'influencer les décisions du liquidateur (seul organe compétent afin d'agir en justice au nom de la société) par l'usage normal de leurs droits d'associés¹⁸. Le Tribunal a considéré que les actionnaires étaient directement et individuellement concernés par la décision dont la banque est destinataire et démontraient donc l'existence de la qualité pour agir nécessaire au sens de l'article 263, quatrième alinéa, du T.F.U.E. Selon le Tribunal, la décision adressée à la banque concernait directement les actionnaires en raison de l'intensité de ses effets: en empêchant *T.K.B.* de réaliser son objet social et d'avoir une activité économique, elle prive les actionnaires de leur droit de percevoir des dividendes et de leur droit de vote ou, de manière générale, du droit de participer à la gestion de la société¹⁹. Le Tribunal a par ailleurs estimé que la décision attaquée affectait individuellement les requérants en leur qualité particulière d'actionnaires de la banque, cette seule caractéristique étant de nature à les distinguer par rapport à toute autre personne²⁰.

14. Cette ordonnance statuant sur la recevabilité a fait l'objet de trois pourvois devant la Cour de justice, introduits par la B.C.E. (aff. C-663/17 P), par la

¹⁷ Voy. par exemple: «Selon une jurisprudence établie, sauf à pouvoir faire valoir un intérêt à agir distinct de celui d'une société concernée par un acte de l'Union européenne et dont elle détient une part du capital, une personne ne saurait défendre ses intérêts à l'égard de cet acte autrement qu'en exerçant ses droits d'associé de la société, qui, elle, a le droit d'introduire un recours» (Trib. U.E., arrêt *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commission*, 17 juillet 2014, aff. T-457/09, point 112).

¹⁸ Trib. U.E., *Fursin e.a. c. B.C.E.*, préc., points 53 à 57.

¹⁹ *Ibid.*, points 64 à 72.

²⁰ *Ibid.*, points 60 à 63.

Commission européenne²¹ (aff. C-665/17 P), ainsi que par *T.K.B.* et ses actionnaires (aff. C-669/17 P). Alors que la B.C.E. et la Commission faisaient valoir que le recours des actionnaires aurait dû être déclaré irrecevable, en l'absence de qualité pour agir et d'intérêt à agir dans leur chef, *T.K.B.* et ses actionnaires arguaient que l'ordonnance attaquée portait atteinte au droit de la banque à une protection juridictionnelle effective, en la privant de tout recours propre contre le retrait de sa licence bancaire.

D. *Les conclusions de l'avocate générale Kokott*

15. Dans ses conclusions présentées le 11 avril 2019²², l'avocate générale Kokott a proposé à la Cour de faire droit aux trois pourvois et d'annuler intégralement l'ordonnance du Tribunal.

16. Concernant le pourvoi de *T.K.B.* et de ses actionnaires, l'avocate générale a d'abord fait valoir que la recevabilité d'un recours en annulation formé par le destinataire d'un acte d'une institution est exclusivement régie par le droit de l'Union et que Tribunal aurait commis une erreur de droit en jugeant que les questions liées à l'existence d'un pouvoir de représentation de *T.K.B.* et à la révocation des mandats délivrés aux avocats devaient être déterminées uniquement au regard du droit national²³. Il convenait à l'inverse, selon elle, de déterminer, *sur la base du droit de l'Union*, si la révocation par le liquidateur du mandat délivré par l'ancien organe de direction était susceptible de porter atteinte à la protection juridictionnelle effective de *T.K.B.*, ce qui ne serait à son estime « pas le cas si l'objectif de protection juridictionnelle de la banque pouvait être mis en œuvre de manière tout aussi effective par le liquidateur »²⁴.

Sans se prononcer sur la question de savoir si le droit letton empêchait *de jure* le liquidateur (ayant pour mission unique de réaliser la liquidation) de mandater un avocat afin de contester le retrait d'agrément devant les juridictions de l'Union (cette question de droit national étant litigieuse entre les parties), l'avocate générale a estimé que plusieurs circonstances structurelles (touchant à l'économie du cadre légal letton applicable) empêchaient en toute

²¹ Dans les litiges autres que ceux visés à l'article 270 du T.F.U.E. (fonction publique), les États membres et les institutions de l'Union européenne qui ne sont pas intervenus dans la procédure en première instance peuvent introduire un pourvoi (article 56, troisième alinéa, du statut de la Cour).

²² Conclusions de l'avocate générale Kokott présentées le 11 avril 2019, aff. jtes n° C-663/17 P, n° C-665-17 P et n° C-669/17 P.

²³ *Ibid.*, points 45 à 58.

²⁴ *Ibid.*, points 58.

hypothèse de considérer que le pouvoir de représentation reconnu au liquidateur garantissait dans les faits un recours effectif à *T.K.B.* L'avocate générale a ainsi relevé que le liquidateur était en l'espèce chargé de la seule mission de réaliser la liquidation définitive de la société (à la différence par exemple du mandat moins restrictif confié à d'autres mandataires judiciaires nommés dans des procédures d'insolvabilité destinées à assurer la continuité de l'entreprise). Elle a également souligné que le liquidateur était nommé sur proposition de la C.M.F.C. et était susceptible d'être remplacé à tout moment à la demande de celle-ci, de sorte que le liquidateur pourrait être remplacé par la C.M.F.C. s'il autorisait l'introduction d'un recours contre la décision de la B.C.E. (dont la position est soutenue par la C.M.F.C.). Selon l'avocate générale, l'introduction d'un recours en annulation paraît donc échapper aux limites de la mission du liquidateur ou semble à tout le moins hypothétique, eu égard à la situation de conflit d'intérêts dans laquelle le place sa relation avec la C.M.F.C.²⁵.

Sur la base de l'ensemble de ces considérations (et après avoir déterminé qu'une action des actionnaires au nom de la banque ne permettait pas non plus de garantir un recours effectif à *T.K.B.*²⁶), l'avocate générale a recommandé à la Cour d'accueillir le pourvoi de *T.K.B.* Selon elle, le recours de *T.K.B.* devait être déclaré recevable quand bien même il avait été introduit par l'ancien organe de direction de la banque, dès lors que donner effet à la révocation du mandat par le liquidateur, dans le cadre de l'examen de la recevabilité du recours introduit devant le Tribunal, priverait *T.K.B.* de tout droit à un recours effectif contre la décision de la B.C.E.

L'avocate générale a fait référence, à l'appui de son raisonnement, à deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme²⁷. Dans l'affaire *Capital Bank AD c. Bulgarie*²⁸, qui concernait des circonstances présentant des similarités fortes avec celles de l'espèce²⁹, la Cour a déclaré recevable (sur pied de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme) la requête introduite par les anciens dirigeants d'une banque en liquidation, malgré les demandes du gouvernement bulgare de déclarer le recours irrecevable, au motif qu'elle n'avait pas été introduite devant la Cour à l'initiative du liquidateur, seul organe compétent au regard du droit national afin de représenter en

²⁵ *Ibid.*, points 70 à 79.

²⁶ *Ibid.*, points 80 à 87.

²⁷ *Ibid.*, point 76.

²⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Capital Bank AD c. Bulgarie*, 24 novembre 2005.

²⁹ Le second arrêt (Cour eur. dr. h., *Crédit industriel c. République tchèque*, 21 octobre 2003) concernait quant à lui une procédure de mise sous administration forcée (et pas de mise en liquidation) d'une banque au motif que sa situation financière était critique, malgré les mesures de redressement qui avaient été prises.

justice la société en liquidation³⁰. Sur le fond, la Cour avait également constaté que les pouvoirs de représentation exclusifs confiés au liquidateur par le droit bulgare violaient en l'espèce les garanties du droit à un procès équitable reconnues à la banque conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme³¹.

17. L'avocate générale a par ailleurs estimé que les recours introduits par les actionnaires de *T.K.B.* devaient être déclarés irrecevables³². Elle a avancé en substance, au terme d'une analyse très détaillée, que l'ordonnance du Tribunal était erratique au regard de la jurisprudence relative à l'intérêt à agir et à la qualité à agir des particuliers, et que cette entorse à la jurisprudence établie n'était pas nécessaire en l'espèce, dans la mesure où *T.K.B.* était selon elle recevable à agir pour défendre ses propres intérêts.

E. *L'arrêt de la Cour*

18. Par arrêt du 5 novembre 2019³³, la Cour de justice, réunie en Grande Chambre (et après avoir joint les trois affaires), a annulé l'ordonnance du Tribunal.

19. La Cour a rappelé que l'article 263, quatrième alinéa, du T.F.U.E. confère à *T.K.B.* le droit d'introduire un recours en annulation contre la décision portant retrait de sa licence bancaire, et que ce droit doit lui assurer une protection juridictionnelle effective dans l'ordre juridique de l'Union³⁴.

Or, il serait selon la Cour porté atteinte au droit à un recours effectif et au droit d'accéder à un tribunal de *T.K.B.* (garantis par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux) si, comme en l'espèce, le droit national (pertinent pour déterminer les organes de représentation de la personne morale en liquidation, en l'absence de réglementation de l'Union sur ce point) aboutissait à priver le destinataire d'un acte adopté par une institution de l'Union d'un recours qui lui fait grief d'un recours contre ledit acte.

20. La Cour de justice a considéré en substance que si le transfert à un mandataire de justice du pouvoir exclusif de décider de l'introduction ou du maintien

³⁰ Cour eur. dr. h., *Capital Bank AD c. Bulgarie*, préc., §§ 74 à 80.

³¹ *Ibid.*, §§ 91, 117 et 118.

³² Conclusions de l'avocate générale Kokott précitées, points 102 à 134.

³³ C.J.U.E., arrêt *B.C.E. e.a. c. Trasta Komercbanka*, 5 novembre 2019, aff. jtes n° C-663/17 P, n° C-665/17 P et n° C-669/17 P.

³⁴ *Ibid.*, point 76 et la jurisprudence citée.

d'un recours contre une décision prise par une institution de l'Union n'implique pas *ipso facto* une violation du droit à la protection juridictionnelle effective de la société en liquidation, encore faut-il que le liquidateur ne se trouve pas dans une situation de conflit d'intérêts susceptible d'influencer sa décision d'engager ou de maintenir une telle procédure. Cette conclusion trouve un appui, selon la Cour, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui avait déjà admis qu'il convenait de reconnaître à l'ancienne direction d'une société en liquidation le droit d'introduire un recours lorsque le liquidateur se trouve, comme en l'espèce, «dans une situation de conflits d'intérêts qui rend théorique et illusoire l'exercice de ce droit par l'établissement qu'ils ont la charge de représenter»³⁵. Or, comme l'avocate générale, la Cour a constaté que le liquidateur se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts étant donné qu'il était nommé sur proposition de la C.M.F.C. et que sa seule mission était d'organiser la liquidation des sociétés afin de satisfaire ses créanciers.

Dans de telles circonstances, le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant que le liquidateur avait pu régulièrement empêcher *T.K.B.* d'introduire un recours en révoquant le mandat délivré à cet effet par l'ancien organe de direction sans porter atteinte à son droit à un recours effectif³⁶.

21. La Cour a par ailleurs jugé que le recours des actionnaires était irrecevable, en retenant néanmoins une justification différente de celle avancée par l'avocate générale. En effet, selon la Cour, les actionnaires de *T.K.B.*, qui ne sont pas destinataires de la décision attaquée, ne démontrent pas la qualité à agir nécessaire afin de contester celle-ci. Selon la Cour, la décision de la B.C.E. n'a pas affecté directement la situation juridique des actionnaires, dès lors que c'est le droit letton qui, en l'absence de toute obligation du droit de l'Union en ce sens, a attaché au retrait de l'agrément la conséquence automatique de la mise en liquidation³⁷.

³⁵ *Ibid.*, point 76 et la jurisprudence citée.

³⁶ *Ibid.*, point 78.

³⁷ *Ibid.*, points 102 à 116. De manière postérieure à l'arrêt annoté, la Cour a également déclaré irrecevables les recours introduits par les actionnaires d'établissements bancaires contre deux décisions du Conseil de résolution unique du 23 février 2018, par lesquelles celui-ci a décidé de ne pas adopter de dispositifs de résolution à l'égard d'ABLV Bank AS et de sa filiale, ABLV Bank Luxembourg SA, en application de l'article 18, § 1, du règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2014, établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique. La Cour a considéré que lesdites décisions ne produisaient pas d'effets juridiques sur la situation juridique des actionnaires et que les décisions attaquées laissaient un pouvoir d'appréciation aux autorités nationales en ce qui concerne l'adoption de mesures (notamment de mise en liquidation) susceptibles d'affecter les droits des actionnaires des banques en cause (Trib. U.E., ordonnance du 14 mai 2020, *Bernis e.a. c. CRU*, aff. T-282/18).

22. Ayant ainsi tranché l'affaire en dernier ressort sous l'angle de la recevabilité, la Cour a renvoyé celle-ci devant le Tribunal, en vue de son traitement au fond.

II. Les enseignements de l'arrêt annoté

A. *La portée de l'arrêt annoté concernant les recours directs devant les juridictions de l'Union*

23. Le sentiment émerge que le Tribunal, l'avocate générale et la Cour de justice estimaient juste que la décision de la B.C.E. puisse être contestée sur le fond, *d'une manière ou d'une autre*. Ils différaient néanmoins quant à savoir quels requérants (*T.K.B.* et/ou ses actionnaires) devaient en l'espèce se voir reconnaître le droit d'agir et quelles règles procédurales devaient être relues ou écartées afin de rendre possible pareil recours.

Partant du postulat que *T.K.B.* n'était en l'espèce pas recevable à agir en son nom propre, pour des motifs liés au mandat de son avocat, le Tribunal a estimé possible de revoir sa jurisprudence concernant la qualité pour agir et l'intérêt à agir des particuliers (au sens de l'article 263, alinéa 4, du T.F.U.E.), afin de déclarer recevable le recours des actionnaires de la société en liquidation.

Par l'arrêt annoté, la Cour de justice, réunie en Grande Chambre, a quant à elle adopté la position inverse, en déclarant irrecevable le recours des actionnaires (sur la base de sa jurisprudence constante relative à l'affectation directe des particuliers) et a accueilli le recours de *T.K.B.* (en brandissant l'article 47 de la Charte pour refuser de donner effet à la révocation du mandat de l'avocat émanant du liquidateur de la société).

24. Cette approche a sans aucun doute pour mérite de permettre à *T.K.B.*, destinataire de la décision, d'agir contre celle-ci, plutôt que par la voie détournée de ses actionnaires (ce qui, selon les mots de l'avocate générale, aurait constitué une «voie de recours de rang [...] inférieur»³⁸ à celle qu'aurait pu exercer le destinataire de l'acte faisant grief, à savoir *T.K.B.*).

Elle ne dispense pas néanmoins de certaines interrogations sur la portée réelle de l'arrêt annoté et quant à quelques angles laissés morts par celui-ci.

25. La volonté de la Cour de justice (à la suite des conclusions de l'avocate générale) semble avant tout avoir été de trouver une solution aussi satisfaisante

³⁸ Conclusions de l'avocate générale Kokott précitées, point 87.

que possible pour la résolution du cas d'espèce, tout en évitant de modifier ou de complexifier la jurisprudence encadrant l'accès des particuliers aux prétoires des juridictions de l'Union.

26. En déclarant le recours des actionnaires irrecevable au motif que le droit letton était la cause de l'affectation de leur situation (alors que cet argument n'avait apparemment été examiné ni par le Tribunal ni par l'avocate générale) et en déclarant recevable le recours de *T.K.B.*, la Cour a évité de se prononcer à nouveau sur sa jurisprudence relative à l'intérêt à agir et à la qualité pour agir des actionnaires d'une société (et de déterminer si et dans quelle mesure celle-ci était applicable aux actionnaires d'une société en liquidation). On devine également, de manière plus fondamentale, la réticence de la Cour de justice à procéder à un éventuel assouplissement des conditions de recevabilité des recours des particuliers, par crainte de voir des développements motivés par des circonstances d'espèce porter atteinte à la logique et à la cohérence d'une jurisprudence aussi constante qu'orthodoxe.

27. Concernant *T.K.B.*, l'arrêt de la Cour se borne à énoncer que les droits garantis par l'article 47 de la Charte ont pour conséquence d'empêcher que le juge de l'Union ne donne effet, dans le cadre de l'examen de la recevabilité d'un recours en annulation introduit par une société en liquidation, à une décision du liquidateur de la société révoquant un mandat d'avocat valablement donné à titre préalable par les organes de direction de la société (dans toutes les hypothèses où les modalités régissant le mandat du liquidateur imposent de considérer que le pouvoir exclusif de représentation de la société qui lui est reconnu ne garantit pas le droit à un recours effectif de ladite société).

28. La solution de l'espèce n'aboutit pas à reconnaître aux anciens dirigeants d'une société en liquidation un droit général et inconditionnel d'agir en annulation contre une décision d'une institution européenne relative à ladite société. En ligne avec la jurisprudence antérieure, seule la société en liquidation est recevable à agir (fût-ce sur la base d'un mandat donné à un avocat par ses anciens dirigeants), sans se voir dispensée de démontrer (ces conditions n'étant ni abordées ni remises en cause par l'arrêt annoté) qu'elle dispose de la qualité pour agir (ce qui sera toujours le cas lorsqu'elle est la destinataire de ladite décision), qu'elle dispose toujours de la personnalité juridique³⁹ et

³⁹ L'article 78, § 4, du règlement de procédure du Tribunal impose à l'avocat de joindre à la requête un extrait du registre du commerce ou un extrait du registre des associations ou tout autre document officiel prouvant l'existence juridique de la personne morale qu'il représente. La preuve de l'existence juridique de la personne morale sert surtout à démontrer qu'elle possède une capacité à agir en justice. En ce qu'elle met en péril l'existence juridique de l'entreprise, sa mise

→

qu'elle dispose (et continue à disposer) d'un intérêt à l'annulation de l'acte attaqué⁴⁰.

Eu égard aux conditions restrictives encadrant la qualité à agir des personnes physiques et morales contre les actes dont elles ne sont pas les destinataires, il est loin d'être évident (pour utiliser un euphémisme) qu'un quelconque recours introduit par d'anciens dirigeants d'une société en liquidation à l'encontre d'une décision adressée à cette dernière puisse être déclaré recevable.

29. L'apport de l'arrêt touche davantage à l'identification des personnes ou organes qui peuvent décider valablement de l'introduction et du maintien d'un recours direct devant les juridictions de l'Union par une société en liquidation.

Concernant l'identification du corpus juridique applicable, l'arrêt enseigne que la question est laissée par principe à l'autonomie procédurale (à défaut de règle de l'Union en la matière) mais que le juge de l'Union ne donnera effet à la solution nationale que si et dans la mesure où elle ne porte pas atteinte aux droits reconnus par l'article 47 de la Charte (et ne méconnaît pas non plus, ajoute-t-on, les principes d'équivalence et d'effectivité, qui constituent selon une jurisprudence constante les deux limites fondamentales de l'autonomie

←

en liquidation pose inévitablement la question de savoir si elle conserve malgré tout sa capacité à agir en justice. Pour y répondre, le Tribunal devra se référer, au cas par cas, au droit national applicable. Celui-ci peut par exemple prévoir que la personnalité morale de la société dissoute subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci (voy. Trib. U.E., arrêt *Industrias Pesqueras Campos e.a. c. Commission*, 24 avril 1996, aff. jtes n° T-551/93, n° T-231/94, n° T-232/94 et n° T-234/94, point 51) ou encore qu'une société qui fait l'objet d'une procédure de concordat conserve le droit d'exercer en son nom propre des actions en justice en vue de protéger son patrimoine (Trib. U.E., arrêt *Saremar c. Commission*, 6 avril 2017, aff. T-220/14, points 45 et 46). En règle générale, ce n'est donc que dans l'hypothèse où la liquidation est clôturée et que l'entreprise a été radiée des registres du commerce ou d'association, ce qui met à néant son existence juridique, que le Tribunal devra constater la disparition de sa capacité à agir (voy. C.J.U.E., arrêt *Al-Faqih e.a. c. Commission*, 15 juin 2017, aff. C-19/16 P, point 39). En revanche, si l'ensemble des droits et obligations de la société qui a cessé d'exister en cours d'instance est transféré à un nouveau titulaire, par exemple en raison d'une fusion, ce dernier est réputé s'être substitué de plein droit à son prédécesseur et la procédure peut continuer (Trib. U.E., arrêt *Marine Harvest Norway e.a. c. Commission*, 21 mars 2012, aff. T-113/06, point 28).

⁴⁰ La mise en liquidation d'une société requérante a parfois amené le Tribunal à constater la disparition de son intérêt à agir (voy. Trib. U.E., arrêt *Socratec c. Commission*, 19 juin 2009, aff. T-269/03; Trib. U.E., arrêt *Mindo c. Commission*, 5 octobre 2011, aff. T-19/06), mais le Tribunal a également parfois considéré, dans le cadre d'un examen au cas par cas des particularités de l'espèce, que la mise en liquidation de la partie requérante n'emportait pas pareille disparition (voy. Trib. U.E., *Saremar c. Commission*, préc.).

procédurale⁴¹). De la sorte, en considérant que l'atteinte portée à l'article 47 de la Charte découlait uniquement du droit letton, la Cour de justice place hors de toute critique les exigences de recevabilité découlant de l'article 263 du T.F.U.E. et du règlement de procédure du Tribunal.

Concernant l'identification des organes compétents, la compétence exclusive des pouvoirs de représentation confiés aux liquidateurs à partir de la mise en liquidation d'une société (et la dépossession corrélative des anciens organes de direction), qui semble être la règle dans les ordres juridiques nationaux, avait jusqu'ici eu pour corollaire logique, dans la jurisprudence des juridictions de l'Union (et sans que cette solution ne semble susciter de difficultés particulières), que ceux-ci étaient considérés comme les organes compétents pour décider de l'introduction des recours tout comme éventuellement afin de se désister d'une instance ou de ne pas poursuivre celle-ci⁴². L'arrêt annoté ne remet pas en cause ce principe mais il le nuance en invitant à examiner si des pouvoirs supplémentaires doivent être reconnus à d'autres organes (à titre concurrent ou prévalent) et comment solutionner, le cas échéant, des divergences de position entre ceux-ci. Étant entendu que ces questions doivent en première ligne être résolues par le droit national, l'arrêt annoté consacre uniquement de manière explicite que le droit national ne peut dans certaines circonstances reconnaître à un liquidateur le pouvoir de révoquer le mandat d'agir devant les juridictions de l'Union valablement donné à un avocat de manière préalable à la mise en liquidation.

Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle s'est référée la Cour de justice. Selon ladite jurisprudence, lorsque les liquidateurs qui ont la capacité juridique pour défendre les droits de l'entreprise placée en liquidation se trouvent, en droit ou en fait, dans l'impossibilité de le faire, il y aurait lieu d'admettre que d'autres personnes saisissent la Cour d'un recours au nom de la banque⁴³. La reconnaissance d'un droit concurrent d'action en justice à d'autres personnes que le liquidateur doit donc reposer sur un examen concret des circonstances juridiques et factuelles

⁴¹ Voy. C.J.U.E., arrêt *Agrokonsulting-04*, 27 juin 2013, aff. C-93/12, point 61.

⁴² Lorsque l'entreprise est placée en liquidation après l'introduction de la requête, il appartient au mandataire désigné pour gérer les actifs de la société (ou au juge dans le cas d'une liquidation judiciaire) d'autoriser la poursuite de la procédure. Dans l'hypothèse où l'autorité habilitée à prendre cette décision refuse d'autoriser la poursuite de la procédure, il appartient, en principe, au Tribunal de mettre un terme à la procédure en constatant qu'il n'y a plus lieu de statuer sur le recours (Trib. U.E., ordonnance du 31 mars 2006, *Festival Crociere SpA c. Commission*, aff. T-145/03).

⁴³ Par exemple, l'ancien organe de direction (Cour eur. dr. h., *Capital Bank AD c. Bulgarie*, préc., §§ 117 et 118) ou les actionnaires de la société (Cour eur. dr. h., arrêt *Agrotexim e.a. c. Grèce*, 24 octobre 1995, §§ 68 à 71).

dans lesquelles il exerce sa mission. Ainsi, la seule circonstance qu'une société en liquidation soit représentée par un liquidateur, dont la mission est de réaliser les actifs dans l'intérêt de la masse et pas dans celui de la société ou de ses actionnaires, est insuffisante pour reconnaître à ces derniers un droit de représentation concurrent. Ce n'est *a priori* que dans l'hypothèse où il est démontré que le liquidateur désigné est empêché, en fait ou en droit, d'accomplir sa mission «selon ses propres idées»⁴⁴, que ces autres personnes peuvent prétendre être habilitées à intenter une action en justice au nom de la société, pour autant qu'elles remplissent par ailleurs les conditions de recevabilité propres au recours qu'elles intentent.

Ceci étant dit, l'arrêt annoté ne doit cependant pas selon nous se voir conférer une portée trop large au-delà des circonstances de l'espèce.

Se pose en premier lieu la pertinence d'une éventuelle distinction à opérer selon que la révocation du mandat de l'avocat est donnée de manière antérieure ou postérieure à l'introduction du recours devant les juridictions de l'Union. En l'espèce, la Cour de justice a considéré que la révocation était effective à la date du 28 octobre 2016 (à savoir la date de la notification expresse de la révocation de son mandat à l'avocat, postérieure à l'introduction de la requête) et il doit donc être considéré qu'elle aboutissait en l'espèce à priver *T.K.B.* de l'exercice d'un recours *déjà introduit*. Il n'est donc pas certain, même si nous serions enclins à le penser, que la solution retenue eût été la même si la révocation du mandat de l'avocat était intervenue avant l'introduction du recours devant le Tribunal.

La validité initiale du mandat conféré à l'avocat d'agir au nom de la société apparaît également déterminante en l'espèce dans le raisonnement de la Cour. L'arrêt annoté ne permet aucunement de déduire la solution qu'aurait adoptée la Cour si elle avait été saisie d'une requête signée par un avocat mandaté par les organes de direction pour agir au nom de la société de manière postérieure à la mise en liquidation (et donc après le transfert des pouvoirs de représentation au liquidateur). Pareil recours introduit au nom de la société serait-il *ipso facto* déclaré irrecevable (au vu de l'absence manifeste de validité *ab initio* du mandat, ce qui semble la solution la plus évidente par défaut) ou les exigences de l'article 47 de la Charte impliqueraient-elles d'ouvrir une voie procédurale aux anciens dirigeants, soit au nom de la société (en considérant valide le mandat donné, pour des motifs similaires à ceux de l'espèce) ou en leur nom propre (étant entendu que les conditions relatives à l'intérêt à agir et à la qualité pour agir des personnes physiques semblent *a priori* et en l'état du droit actuel faire

⁴⁴ Cour eur. dr. h., *Agrotexim e.a. c. Grèce*, préc., § 69.

obstacle à ce que leur soit reconnu un droit d'action contre une décision dont ils ne sont pas les destinataires)?

30. De manière générale, au-delà de la solution apparemment satisfaisante qu'offre l'arrêt annoté, il convient de souligner que la reconnaissance de droits d'action concurrents aux anciens dirigeants et au liquidateur d'une société en liquidation (de toute évidence susceptibles d'avoir des intentions et des intérêts divergents) au nom de la même société n'est pas sans susciter certains problèmes très concrets de mise en œuvre.

Sauf à affirmer qu'il découle de l'arrêt annoté que le mandat conféré par les anciens dirigeants à un avocat *prévaut* sur tous les autres actes postérieurs de la société et ne peuvent être modifiés que par une décision desdits anciens dirigeants, doit-on considérer que le liquidateur de la société (seul organe compétent en principe pour la représentation en justice) ne pourrait pas, par exemple, mandater un autre avocat afin de faire valoir ses propres arguments ou solliciter un désistement d'instance⁴⁵? Doit-on au contraire reconnaître un droit concurrent au liquidateur (ouvrant néanmoins la porte à la remise en cause de toutes les décisions des anciens dirigeants, au risque d'ôter toute portée utile à l'arrêt prononcé)? Doit-on plutôt considérer que les anciens dirigeants (dont le mandat a été révoqué) se trouvent seuls aux commandes de l'attitude procédurale de la société dans le cadre de la procédure devant les juridictions de l'Union (et peuvent ainsi remettre en cause la décision de mise en liquidation adoptée par les organes nationaux compétents)? Doit-on considérer, à titre de voie médiane, que la préséance reconnue aux anciens dirigeants sur le liquidateur se justifie par la circonstance que le recours en annulation est un recours autonome, sans incidence mécanique sur la conduite des procédures nationales de mise en liquidation?

31. L'arrêt annoté suscite encore deux observations.

D'une part, pour parvenir à la conclusion que le Tribunal a méconnu le droit à un recours effectif de *T.K.B.*, la Cour n'examine pas si l'ancien organe de direction aurait pu être encore plus diligent en introduisant une demande de sursis à l'exécution de la décision de la B.C.E., avant le déclenchement de sa mise en liquidation. Dit autrement, la protection du droit à un recours effectif d'une partie n'exige pas de celle-ci qu'elle intente une action en référé pour

⁴⁵ En l'espèce, le comportement du liquidateur, qui n'a pris aucune mesure pour contester la décision de la B.C.E. et n'a fait valoir aucun argument légitime pour justifier son choix de révoquer le mandat délivré par l'ancien organe de direction (par exemple, un manque de trésorerie pour financer une action ou encore l'absence à première vue de fondement de l'action envisagée), a éventuellement pu avoir une incidence sur le raisonnement de la Cour.

préserver son droit à un recours effectif. On peut éventuellement regretter en l'espèce que *T.K.B.* n'ait pas tenté de démontrer, dans le cadre d'une action en référé devant le président du Tribunal, que la décision attaquée risquait de lui causer un préjudice grave et irréparable constitué par sa mise en liquidation⁴⁶. Si la mise en liquidation était jugée prévisible avec un degré de probabilité suffisant, ce qui semble être le cas, le sursis à l'exécution de la décision attaquée aurait éventuellement pu être ordonné dans le cadre d'une procédure en référé. L'article 157, § 2, du règlement de procédure permet en effet au président du Tribunal d'agir avec la célérité requise par les faits de la cause en ordonnant, dans un premier temps, le sursis à l'exécution d'une décision avant même que l'autre partie ait présenté ses observations. Sans préjudice de l'apparence de fondement en droit de son recours et de la mise en balance des intérêts en présence, une telle action paraissait en premier examen de nature à assurer la protection juridictionnelle de *T.K.B.* en empêchant temporairement sa mise en liquidation et donc la révocation des mandats à l'origine du litige.

D'autre part, il convient de faire remarquer que, dans des circonstances similaires, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu un droit d'action aux actionnaires d'une société en liquidation. La Cour de justice semble, quant à elle, exclure une telle possibilité en application de sa jurisprudence constante relative aux conditions d'affectations directe et individuelle énoncées à l'article 263, alinéa 4, du T.F.U.E. Ainsi, si le recours avait été introduit *uniquement* par les actionnaires de *T.K.B.*, il est probable que la Cour l'aurait rejeté comme irrecevable, faute de qualité à agir, sans pour autant considérer que cette irrecevabilité porterait atteinte au droit de *T.K.B.* à un recours effectif (étant donné qu'il est admis que l'ancien organe de direction de la banque dispose, à titre subsidiaire, du pouvoir d'engager une action en justice à la place du liquidateur). Bien que la Cour de justice se réfère explicitement en l'espèce à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, cette symbiose ne semble donc que partielle, ce qui confirme, une nouvelle fois, que l'appropriation de la jurisprudence strasbourgeoise par la Cour de justice ne se concrétise pas sans faire abstraction des particularités du droit de l'Union et de son système juridictionnel.

⁴⁶ Voy. Trib. U.E., ordonnance du 2 mars 2011, *I. garantovaná c. Commission*, aff. T-392/09 R, point 105; Trib. U.E., ordonnance du 3 décembre 2002, *Neue Erba Lautex c. Commission*, aff. T-181/02 R, point 88; Trib. U.E., ordonnance du 14 décembre 1999, *HFB e.a. c. Commission*, aff. C-335/99 P(R), point 56.

B. *La portée de l'arrêt annoté concernant les procédures nationales liées à la mise en liquidation*

32. L'arrêt annoté suscite par ailleurs plusieurs interrogations quant à son incidence sur les procédures de liquidation elles-mêmes, qui relèvent de l'échelon national.

33. Faut-il considérer que les instances nationales doivent retarder ou suspendre *ipso facto* la mise en liquidation d'une société (ou la clôture de ladite liquidation) dès l'introduction (ou l'annonce de l'introduction) d'un recours en annulation par ladite société contre un acte de l'Union ayant provoqué ou étant susceptible de provoquer la mise en liquidation (durant toute la procédure devant les juridictions de l'Union, afin de permettre à celles-ci de se prononcer utilement)? Reconnaître pareille obligation inconditionnelle (qui aboutirait au gel pur et simple de la situation de la société) serait susceptible de remettre en cause le principe même de la mise en liquidation ou de retarder sa clôture de manière potentiellement longue (créant ainsi une incertitude quant à la position de la société, de manière générale et au premier chef vis-à-vis de ses créanciers).

L'arrêt annoté n'impose à notre sens pas pareille obligation aux juridictions nationales, sans néanmoins bien évidemment les empêcher de tenir compte de l'existence d'une procédure devant les juridictions de l'Union, si elles l'estiment opportun sur la base d'une analyse des faits de l'espèce et des règles nationales applicables. En effet, le recours en annulation devant les juridictions de l'Union (comme à cet égard de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme) doit être considéré comme autonome des recours nationaux et doit dès lors demeurer ouvert de manière large aux sociétés en liquidation (fût-ce à l'initiative de ses anciens dirigeants et fût-ce sans espoir ou volonté réelle d'obtenir qu'il soit revenu sur la décision de mise en liquidation), afin de permettre aux juridictions de l'Union de se prononcer sur la légalité de la décision de l'Union faisant grief. L'éventuel constat d'une illégalité pourra le cas échéant fonder un recours indemnitaire des personnes concernées contre les institutions de l'Union (pour violation du droit de l'Union) et/ou contre les instances nationales (pour violation du droit de l'Union et/ou du droit national).

34. On peut par ailleurs se demander si l'arrêt commenté (par lequel la Cour a considéré que les règles lettones encadrant le mandat du liquidateur violaient l'article 47 de la Charte en ce qu'elles n'offraient pas de recours effectif à une société en liquidation contre une décision ayant causé sa mise en liquidation) pourrait avoir pour incidence indirecte de contribuer à la reconnaissance plus explicite et plus uniforme, dans les ordres juridiques nationaux, d'un droit de recours effectif des sociétés en liquidation et/ou de leurs dirigeants (selon les

situations et les règles nationales applicables), contre les décisions de mise en liquidation d'une société et les décisions ayant causé directement, *de jure* ou *de facto*, ladite mise en liquidation (à tout le moins lorsque le liquidateur de la société serait empêché d'agir ou peu enclin à le faire eu égard aux règles encadrant son mandat).

En effet, si l'arrêt annoté consacre, par exception et dans certaines circonstances, le droit des sociétés en liquidation d'agir devant les juridictions de l'Union à l'initiative de leurs anciens organes de direction lorsque cela s'avère nécessaire afin de garantir l'effectivité de certains droits desdites sociétés (notamment à des fins indemnitaires), pareilles procédures devant des juridictions supranationales demeurent exceptionnelles et ne présentent pas ou peu de pertinence pour l'immense majorité des sociétés placées en liquidation.

Sans qu'il soit nécessaire (ou possible dans le cadre de la présente contribution) d'identifier avec précision dans quelles hypothèses pareilles procédures nationales pourraient relever du champ d'application du droit de l'Union (au sens de l'article 51 de la Charte) et donc permettre l'invocation du droit de l'Union et de l'article 47 de la Charte, il convient de souligner que les exigences des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme s'imposent dans ce cadre à l'ensemble des procédures nationales de faillite, comme l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme par l'arrêt *Capital Bank AD c. Bulgarie*.

Résumé à grands traits, ce *leading case* relatif à la problématique sous examen énonce d'abord que la mise en liquidation d'une société constitue une affaire civile relevant du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁷, de sorte que l'organe chargé de se prononcer sur la mise en liquidation d'une société doit disposer en principe (sauf exception dûment justifiée) d'un pouvoir de pleine juridiction lui permettant d'examiner tous les éléments de droit et de fait qui lui sont présentés par la personne à l'origine de la demande de mise en liquidation⁴⁸. Concernant par ailleurs la question de la représentation par un liquidateur des sociétés mises en liquidation, la Cour a considéré en substance que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme était violé dans les hypothèses où le liquidateur se trouve dans une situation caractérisée par un manque d'indépendance par rapport à l'entité ayant sollicité la mise en liquidation (avec pour conséquence que toute contestation de la mise en liquidation s'avère improbable) et

⁴⁷ Cour eur. dr. h., *Capital Bank AD c. Bulgarie*, préc., §§ 86-89.

⁴⁸ *Ibid.*, §§ 98-116.

que la société en liquidation se trouve par conséquent privée de tout moyen de faire valoir ses arguments et de protéger ses intérêts⁴⁹.

Aux praticiens de l'insolvabilité de s'approprier à nouveau cette jurisprudence, sur laquelle l'arrêt annoté a pour grand mérite d'attirer à nouveau l'attention, à défaut d'en révolutionner les enseignements.

⁴⁹ *Ibid.*, §§ 117 et 118.