

Version anonymisée

Traduction

C-83/20 - 1

Affaire C-83/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

17 février 2020

Juridiction de renvoi :

Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)

Date de la décision de renvoi :

23 janvier 2020

Parties requérantes :

BPC Lux 2 Sàrl

BPC UKI LP

Bennett Offshore Restructuring Fund Inc.

Bennett Restructuring Fund LP

Queen Street Limited

BTG Pactual Global Emerging Markets and Macro Master Fund,
L.P.

BTG Pactual Absolute Return II Master Fund, L.P.

CSS, LLC

Beltway Strategic Opportunities Fund L.P.

EJF Debt Opportunities Master Fund, L.P.

TP Lux HoldCo, S.a.r.l.

VR Global Partners, L.P.

CenturyLink

City of New York Group Trust

Dignity Health

GoldenTree Asset Management LUX S.a.r.l

GoldenTree High Yield Value Fund Offshore 110 Two Limited

San Bernardino County Employees Retirement Association

EJF DO Fund (Cayman), LP

Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group SA

Parties défenderesses :

Banco de Portugal

Banco Espírito Santo SA

Novo Banco SA

DO

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO (COUR ADMINISTRATIVE SUPRÊME)

[omissis]

La section du contentieux administratif du

Supremo Tribunal Administrativo décide

EXPLICATION PRÉALABLE

1. BPC Lux 2 S.a.r.l. ; BPC UKI, L.P. ; Bennett Offshore Restructuring Fund, Inc. ; Bennett Restructuring Fund, L.P ; Queen Street Limited ; BTG Pactuai Global Emerging Markets and Macro Master Fund, L.P. ; BTG Pactuai Absolute Return II Master Fund, L.P ; CSS, LLC ; Beltway Strategic Opportunities Fund L.P. ; EJF Debt Opportunities Master Fund, L.P ; TP Lux HoldCo, S.a.r.l. ; VR Global Partners, L.P. ; CenturyLink ; City of New York Group Trust ;Dignity Health ; GoldenTree Asset Management LUX S.a.r.l.; GoldenTree High Yield Value Fund Offshore 110 Two Limited ; San Bernardino County Employees Retirement Association ; EJF DO Fund (Cayman), LP, forment un pourvoi [omissis] dirigé contre l'arrêt du Tribunal Administrativo do Circulo de Lisboa [tribunal administratif de l'arrondissement de Lisbonne], du 12 mars 2019.

Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S.A., partie requérante en première instance [elle avait fait appel, conformément aux articles 140 et 149 du Código de Processo nos Tribunais Administrativos (code de procédure des tribunaux administratifs), ci-après le «CPTA», devant le Tribunal Central Administrativo Sul (tribunal administratif central Sud)], a accepté par la suite un pourvoi au titre de l'article 151, paragraphe 1, CPTA devant la juridiction de céans.

Ainsi, deux pourvois ont été considérés recevables par ordonnance du 17 juillet 2019.

A- Les requérantes au pourvoi ont présenté leurs observations [omissis].

BANCO DE PORTUGAL a présenté ses observations en défense.

B- MASSA INSOLVENTE DA ESPÍRITO SANTO FINANCIAL GROUP, SA, partie requérante en première instance [omissis] a conclu ses observations par ce qui suit : (...)

[Or. 2] « (...) 43. *Après que, dans l'arrêt attaqué, la juridiction a quo a rejeté le moyen d'illégalité tiré de la violation du droit de l'Union européenne au motif, en substance, que*

(i) l'absence de transposition ou la transposition lacunaire de la directive 2014/59/CE avait été invoquée de manière inopportune puisque son délai de transposition n'était pas écoulé au moment de l'adoption du Decreto-Lei n.º 114-A/2014 [décret-loi n° 114-A/2014] et que (ii) il n'y avait pas eu violation du droit de propriété visé à l'article 17 de la charte ni de l'article 1 du protocole additionnel, puisque la réduction des droits de propriété des actionnaires était justifiée.

44. Or, à la lumière des principes reconnus par le droit de l'UE – et, naturellement, également reconnus par la constitution portugaise – toute restriction du droit de propriété doit remplir les conditions suivantes : (i) être justifiée par des raisons d'utilité publique, (ii) être adoptée conformément aux cas et aux conditions prévues par la loi, (iii) être compensée par une indemnisation pour la perte en cause, en temps utile, et (iv) observer le principe de proportionnalité.

45. [omissis] Si le principe “no creditor worse off” s'applique également aux actionnaires, le fait est que i) le cadre juridique dans le champ duquel la mesure de résolution a été adoptée ne l'a pas prévu expressément et ii) l'entité ayant adopté la mesure de résolution considère que ce principe ne s'applique pas aux actionnaires, comme cela ressort clairement de la défense de Banco de Portugal.

46. En tout état de cause, il convient de remarquer que le régime de sauvegarde des créanciers prévu à l'article 145-B, paragraphe 3, du [Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (régime général des

établissements de crédit et des sociétés financières), ci-après le “RGICSF”], inséré par le décret-loi n° 114-A/2014, n’est pas non plus conforme à la directive 2014/59/UE puisque i) il ne prévoit pas la réalisation de deux évaluations séparées ; ii) il ne prévoit pas d’obligation de célérité de l’évaluation, iii) il prévoit que l’éventuelle différence dégagée lors de l’évaluation ne doit être payée aux créanciers qu’après la clôture de la liquidation de l’établissement objet de la mesure de résolution.

47. Même en admettant que le régime national soit conforme au droit de l’Union, on ne voit pas comment une telle interprétation pourrait faire qu’aujourd’hui les actionnaires puissent être mis dans la situation dans laquelle ils se trouveraient s’il y avait eu liquidation totale de l’établissement financier objet de la mesure de résolution, dans la mesure où la procédure qui a entouré la mesure de résolution par Banco de Portugal a irrémédiablement porté atteinte à cette possibilité.

48. La requérante ne saurait être d’accord avec l’interprétation selon laquelle, indépendamment de l’application du principe “no creditor worse off”, les actionnaires sont protégés de manière appropriée du fait : i) de l’avantage résultant de la réception de l’éventuel reliquat du produit de la vente de l’établissement-relais à l’établissement de crédit d’origine ou à sa masse de la faillite, comme le prévoit l’article 145-I, paragraphe 4, RGICSF et [Or. 3] ii) des résultats obtenus par la procédure de liquidation de l’établissement objet de la mesure de résolution qui se déroule conformément à ce que prévoit le Código da Insolvência e da recuperação de Empresas [code de la faillite et du redressement des entreprises].

49. L’application séparée ou conjointe de ces deux mécanismes n’est donc pas une solution satisfaisante ou juste pour les actionnaires ni même proche de la solution qui résulterait de l’application du principe “no creditor worse off” aux actionnaires dont l’application au cas concret, au moyen d’un mécanisme d’interprétation conforme, présente les difficultés que nous avons susmentionnées, par conséquent il y a clairement une violation du droit de propriété et du principe de proportionnalité visés dans la charte des droits fondamentaux de l’UE.

50. À la lumière, concrètement, de l’article 32 de la directive 2014/59/UE, l’adoption d’une mesure de résolution dépend de la constatation cumulative des conditions suivantes : i) l’autorité compétente a établi que la défaillance de l’établissement est avérée ou prévisible ; ii) compte tenu des délais requis et d’autres circonstances pertinentes, il n’existe aucune perspective raisonnable d’une autre mesure de nature privée ou prudentielle comprenant les mesures d’intervention précoce ou la dépréciation ou la conversion d’instruments de fonds propres pertinents ; iii) les mesures de résolution sont nécessaires dans l’intérêt public et propres à atteindre les objectifs en question (article 32, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/59/UE).

51. La directive 2014/59/UE prévoit un éventail d'instruments de résolution, à savoir, la cession totale ou partielle de l'activité (articles 38 et 39 de la directive) la création d'un établissement-relais (articles 40 et 41 de la directive), la séparation des actifs (article 42 de la directive) et la renflouement interne (articles 43 et suivants).

52. Toutefois, dans la motivation de la mesure de résolution, il n'y a pas une ligne, un mot ni la moindre allusion à une quelconque appréciation, fût-elle implicite, de l'alternative la plus évidente des quatre susmentionnées, puisqu'elle permettrait de préserver l'intégrité patrimoniale du Banco Espírito Santo, S.A. [BES], à savoir le renflouement interne sur la base d'instruments de capital pertinents.

53. Outre la nécessité de prendre en considération le principe de proportionnalité au moment de la prise de décision de résolution proprement dite, la directive 2014/59/UE garantit également qu'une fois la décision prise, l'immixtion dans les droits de propriété ne devra pas être disproportionnée.

54. À cet égard, la Commission a considéré que l'immixtion dans le droit de propriété ne serait pas disproportionnée si un droit de compensation des actionnaires et des créanciers affectés était prévu, lesquels devraient être indemnisés à hauteur du montant auquel ils auraient eu droit dans le cadre d'une liquidation normale de l'entreprise.

[Or. 4] 55. Cette interprétation a été consacrée dans la directive 2014/59/UE, laquelle prévoit un double mécanisme de compensation : i) le règlement d'une contrepartie à l'établissement objet de la résolution, et ii) ledit principe selon lequel « aucun créancier ou actionnaire ne peut être plus mal traité », sans quoi le droit de propriété serait considéré atteint dans sa substance.

56. Par conséquent, indépendamment de l'effet direct de la directive 2014/59/UE, les mécanismes de compensation de l'établissement objet de la résolution, des créanciers et actionnaires que la directive prévoit devraient toujours être pris en considération par l'autorité nationale [responsable de l'adoption de la mesure] de résolution, en l'espèce Banco de Portugal, comme claires manifestations du droit de propriété tel qu'il est protégé par la Charte.

57. Conformément à ce qui ressort de la présente requête en pourvoi, la valorisation (provisoire et/ou définitive) prévue à l'article 36 de la directive 2014/59/UE, ainsi que le règlement de la contrepartie à l'établissement objet de la résolution calculée au moment de la valorisation, également prévu dans cet article, auraient dû avoir lieu dès que possible après la décision de résolution.

58. Ajoutons que la directive 2014/59/UE prévoit un mécanisme de protection des actionnaires et des créanciers en ce qu'elle prévoit que les actionnaires et les créanciers dont les droits ont été transférés peuvent recevoir en règlement un montant au moins égal à celui qu'ils auraient reçu si l'établissement avait été

liquidé dans le cadre d'une procédure normale de faillite (voir article 73 de la directive).

59. *À cet effet, l'article 74 de la directive 2014/59/UE dispose qu'une valorisation devra être réalisée dans les meilleurs délais par une personne indépendante après l'exécution de la mesure de résolution, laquelle a fondamentalement pour objet de déterminer la différence entre le traitement i) que les actionnaires et les créanciers auraient reçu si l'établissement objet de la résolution avait été soumis à une procédure normale de faillite et ii) le traitement effectif qu'ils ont reçu dans le cadre de la prise de mesure de résolution (article 74, paragraphe 2, de la directive) étant entendu qu'une différence positive pour les actionnaires et/ou créanciers leur donne droit au règlement de cette différence au moyen des mécanismes de financement de la résolution.*

60. *Bien que le décret-loi n° 114-A/2014 a été adopté après la publication de la directive 2014/59/UE et qu'il vise à transposer partiellement celle-ci, il est clair qu'il rate totalement cet objectif.*

61. *Le RGICSF ne prévoit pas – tout comme il ne le prévoyait pas avant l'adoption du décret-loi n° 114-A/2014 – le mécanisme de règlement d'une contrepartie à l'établissement objet de la résolution, comme le prévoit l'article 36 de la directive 2014/59/UE, puisqu'il prévoit uniquement que le reliquat de la vente, après remboursement des montants mis à disposition par le Fonds de garantie des dépôts ou du fond de garantie de Crédito Agrícola Mútuo, soit restitué à l'établissement de crédit originaire ou à la masse de la faillite de celui-ci.*

62. *Cette solution est très différente de la solution que prévoit la directive et n'est pas en mesure de garantir une compensation appropriée et en temps utiles pour l'« expropriation » des actifs de l'établissement objet de la résolution.*

63. *Deuxièmement, l'article 145-B, paragraphe 3, RGICSF prévoit bien un mécanisme de sauvegarde pour les créanciers, mais il n'en prévoit pas pour les actionnaires, contrairement à ce qu'énonce la directive 2014/59/UE, alors qu'en fait ce sont les entités régulatrices portugaises – parmi lesquelles Banco de Portugal – qui ont reconnu qu'il était nécessaire de prévoir une compensation appropriée des actionnaires, lesquelles, à notre connaissance, ont été entendues dans le contexte de l'adoption du décret-loi n° 114-A/2014 qui inexplicablement n'a prévu aucun mécanisme approprié de compensation des actionnaires.*

64. *Et même à supposer qu'il y ait lieu de retenir une interprétation conforme du régime national au droit de l'Union, comme la juridiction a quo l'a admise, en appliquant donc le principe du “no creditor worse off” aux actionnaires, cette solution ne serait pas suffisante pour les raisons expliquées aux points 159 à 164 ci-dessus.*

65. *Enfin, quant aux deux mécanismes existant dans la législation nationale qui, n'étant pas une expression de l'application du principe “no creditor worse off”*

aux actionnaires, prétendument serviraient, selon la juridiction a quo, à protéger de manière appropriée le droit de propriété des actionnaires, ces mécanismes ne peuvent pas être considérés appropriés ou suffisants pour les raisons exposées aux points 165 à 171 ci-dessus.

66. *Nous sommes donc face à un défaut de transposition des règles de la directive concernant le mécanisme de sauvegarde pour les actionnaires qui ne peut pas être résolu au moyen de l'instrument de l'interprétation conforme ni par les mécanismes prétendument de protection des actionnaires prévus par la législation nationale applicable.*

67. *Troisièmement, le décret-loi n° 114-A/2014 ne prévoit pas davantage la réalisation des deux valorisations indépendantes susmentionnées, comme les prévoient les articles 36 et 74 de la directive 2014/59/UE, lesquelles seraient fondamentales pour l'application appropriée et opportune des mécanismes de sauvegarde pour les actionnaires et créanciers.*

68. *Le décret-loi n° 114-A/2014 ne prévoit qu'une seule valorisation (voir les articles 145-F, paragraphe 5 et 145-H, paragraphe 4 RGICSF), sans prévoir la moindre obligation de célérité à cet égard, ce qui ne peut que porter atteinte à sa précision et à son opportunité.*

69. *En outre, s'agissant de l'effet direct de la directive et de son délai de transposition, on ne saurait admettre qu'un État membre accepte expressément de transposer une directive [Or. 6] – avant la date limite – et la transpose de manière lacunaire. En agissant ainsi, il manque aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 4, paragraphe 3 et 288 TFUE.*

70. *La Cour de justice de l'UE a considéré dans son appréciation de la compatibilité de règles nationales avec des directives de l'Union européenne que les dispositions nationales dont l'objectif déclaré est de transposer telle directive peuvent être considérées comme couvertes par le champ d'application de cette directive à partir de son entrée en vigueur – et, donc, non pas seulement à partir de la date limite de transposition, par conséquent quand l'État membre transpose une directive, même avant l'échéance du délai, il est spécialement tenu de le faire de manière correcte et complète.*

71. *En l'espèce, les règles nationales en question visaient, expressément [omissis] à transposer la directive 2014/59/UE dans l'ordre juridique portugais. Ainsi, elles ont placé le régime de résolution d'établissements financiers dans le champ d'application du droit de l'Union européenne.*

72. *La directive 2014/59/UE, en particulier les articles 36, 73 et 74, vise à mettre en œuvre le principe de proportionnalité et le droit de propriété, prévus dans la Charte, par conséquent c'est également pour cette raison – la violation du principe de proportionnalité et du droit de propriété que les dispositions de la directive visaient à concrétiser – que la transposition incorrecte de ces articles*

par le législateur portugais constitue un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu du traité.

73. *Enfin, il convient également d'avoir à l'esprit que même avant l'échéance du délai de transposition d'une directive, et après son entrée en vigueur, il découle des articles 4, paragraphe 3, et 288 TFUE une obligation pour les États membres selon laquelle « pendant le délai de transposition fixé par la directive, l'État membre destinataire s'abstient de prendre des mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par ladite directive » – ledit effet de blocage.*

74. *Bien que la juridiction attaquée ait reconnu l'existence de cette obligation qui incombe aux États membres, elle a considéré toutefois que cet effet ne s'appliquait pas en l'espèce.*

75. *Cette juridiction a tort puisqu'en transposant de manière incorrecte la directive 2014/59/UE – en ne prévoyant pas notamment une évaluation appropriée des actifs et des passifs, ni le paiement de compensations appropriées à l'institution objet de la résolution et à ses actionnaires – le législateur national a créé un espace qui a permis l'adoption de la mesure de résolution telle qu'elle a été prise par Banco de Portugal, dont les effets se font sentir après son adoption, bien après la date limite de transposition de la directive 2014/59/UE.*

[Or. 7] 76. *Ainsi, il convient de considérer que la transposition lacunaire de la directive 2014/59/UE, par le décret-loi n° 114-A/2014, du 1^{er} août 2014 – lequel a été adopté à cette date précise dans le seul but d'en faire relever la mesure de résolution du BES, adoptée deux jours plus tard – a compromis sérieusement le résultat prescrit par ladite directive, tel qu'il était à prévoir à l'époque, et bâti un régime juridique sur les mesures de résolution clairement illégal à la lumière de la directive 2014/59/UE.*

77. *Ce régime juridique sur les mesures de résolution – à savoir les articles 145-A à 145-O RGICSF – dans son ensemble viole différentes règles et principes du droit de l'UE. Pour cette raison, il doit donc [omissis] être totalement écarté par le Supremo Tribunal Administrativo [tribunal administratif suprême], en vertu de la primauté du droit de l'Union européenne. (...)*

[omissis] Le présent pourvoi doit être accueilli [omissis]. »

BANCO DE PORTUGAL conclut [omissis] :

« ...LL) S'agissant de la prétendue violation par la mesure de résolution du droit de la propriété privée des actionnaires de BES et du principe de proportionnalité visés à l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article premier du protocole additionnel n° 1, nous avons constaté ci-dessus que les arguments de la requérante ne diffèrent en rien de pertinent de la prétendue invalidité de la mesure de résolution pour violation du droit de la propriété privée et du principe de proportionnalité au regard du droit portugais

[omissis] parce que, naturellement, ces droits et principes ne sont pas différents, en substance, en ce qui concerne le champ et la teneur de ladite protection, de ce que prévoit le droit de l'Union européenne à cet égard ;

MM) Par ailleurs, l'interprétation que la requérante fait de l'arrêt attaqué (et de la jurisprudence de la Cour citée) est manifestement erronée en ce qu'elle constate l'applicabilité directe du principe "no creditor worse off" aux actionnaires des établissements de crédit résolus sous l'empire du décret-loi n° 114-A/2014 (c'est-à-dire avant le terme du délai de transposition de la directive 2014/59/UE), ce qui ne correspond manifestement pas à la réalité dans la mesure où la juridiction a quo s'est bornée à statuer à cet égard que le fait que le principe ne soit pas prévu, pour les actionnaires, dans le régime national applicable à la résolution de BES ne signifie pas que, précisément, "dans le cadre de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État [...] la position des actionnaires ne relève pas non plus du champ de la protection offerte par la règle, au cas où **[Or. 8]** il y aurait une certaine dégradation de leur position juridique par rapport au plan de liquidation, ce qui en tout état de cause n'a pas été allégué" ;

NN) Du reste, [omissis] la requérante n'aurait pas pu soutenir ce qui précède puisque la mesure de résolution bancaire étant légitime dans un scénario extrême de manquement par l'établissement de crédit aux ratios applicables et d'incapacité de celui-ci à honorer immédiatement ou à bref délai ses obligations (voir article 145-C, paragraphes 1 et 3 RGICSF), il a été intuitivement conclu que, dans le scénario alternatif à l'adoption de la mesure de résolution de BES – c'est-à-dire sa faillite immédiate et sa liquidation désordonnée – la situation des actionnaires aurait été la même, voire pire, que celle qui a effectivement été la leur à la suite de l'adoption de cette mesure :

OO) C'est précisément dans ce scénario – qui admet que les actionnaires puissent concrètement se trouver dans une situation pire que celle dans laquelle ils se trouveraient dans le scénario alternatif de liquidation sans résolution de l'établissement de crédit [omissis] – que l'article 145-1/4 sur la restitution de l'éventuel reliquat du produit de la vente de la banque-relais et, par ailleurs, les avantages évidents d'une procédure ordonnée de liquidation de la banque résolue, peuvent jouer un rôle pertinent dans la mesure où ils contribuent à neutraliser les répercussions d'une éventuelle (et peu plausible) différence de situation des actionnaires entre un scénario de résolution et un scénario de liquidation immédiatement avant la résolution ;

PP) Force est de conclure que le fait que le droit national sur la base duquel la mesure de résolution a été adoptée ne prévoit pas une compensation des actionnaires de la banque résolue ne viole par lesdits articles 17 de la charte et 1^{er} du protocole additionnel n° 1, dans la mesure où l'éventuelle restriction de leur droit de propriété est tout à fait justifiée eu égard à la nature et à la forme de leurs investissements puisqu'ils sont propriétaires de la banque et doivent donc

être les premiers à subir les conséquences de la détérioration de sa situation financière (exactement comme c'est le cas selon le régime normal des faillites) ;

QQ) Du reste, [omissis] la thèse de la requérante ne fait aucun sens. Selon celle-ci, indépendamment de ce que prévoyait le droit national applicable à la date de l'adoption de la mesure de résolution de BES, Banco de Portugal aurait dû appliquer, dans le contexte de cette mesure, des solutions telles que celles prévues aux articles 34, paragraphe 6, sous e), 73 et 76 de la directive (sur l'attribution d'une éventuelle compensation à la banque résolue et à ses actionnaires), parce que ces solutions satisfont les exigences du droit de la propriété privée, du simple fait que Banco de Portugal est tenu d'appliquer une mesure de résolution sur la base du régime qui, au moment dit, est en vigueur dans l'ordre juridique national ;

RR) S'agissant du prétendu défaut ou du caractère lacunaire de la transposition de la directive 2014/59/UE par le décret-loi n° 114-A/2014 – et des conséquences en termes de non-application de celui-ci qui [Or. 9] en découleraient du fait de la primauté du droit de l'Union européenne – il a également été démontré que le pourvoi de Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group est manifestement irrecevable.

SS) Tout d'abord parce que, comme nous l'avons vu et au regard de la jurisprudence de la Cour, le 1^{er} août 2014, le législateur portugais n'avait pas l'obligation d'avoir déjà transposé les dispositions de la directive dans l'ordre juridique interne, lesquelles n'avaient alors pas d'effet direct, et les juridictions nationales n'étaient pas tenues par ce que disposait la directive ni par le principe de l'interprétation conforme du droit national au droit de l'Union européenne.

TT) Étant entendu que, d'une part, la transposition partielle, par étapes, d'une directive avant le terme du délai de transposition est parfaitement recevable et, lorsque c'est le cas, elle n'a pas d'effet direct et encore moins ce qu'elle dispose.

UU) Toujours à cet égard, [omissis] le législateur ayant adopté le décret-loi n° 114-A/2014 n'a pas violé le devoir de s'abstenir d'adopter des dispositions pouvant, après le terme du délai de transposition de la directive 2014/59/CE, sérieusement compromettre le résultat qu'elle prescrit, non seulement parce que, comme nous l'avons démontré, le manquement ou non de ce devoir doit être apprécié au regard des effets des dispositions effectivement adoptées dans l'ordre juridique national et non pas de la non transposition de mesures qui ne sont pas encore contraignantes, comme dans la présente affaire ;

VV) Mais aussi parce que, parmi les objectifs et finalités essentiels poursuivis par la directive 2014/59/UE, [omissis] il n'y en a aucun, même indirectement, concernant l'obligation de protection imposée par le droit de l'UE concernant la compensation des établissements de crédit résolus et de leurs actionnaires (contrairement à qui qui se passe clairement s'agissant des créanciers), ce qui amène à conclure que le fait que le décret-loi n° 114-A/2014 ne prévoit pas le

versement d'éventuelles compensations aux banques résolues et à leurs actionnaires ne compromet pas et ne peut pas compromettre les objectifs poursuivis par ladite directive.

WW) Du reste, même si la protection apportée par la compensation des banques résolues et de leurs actionnaires était, de jure, un des objectifs essentiels visés par la directive 2014/59/UE, le fait est qu'il n'aurait pas été pour autant compromis, et encore moins sérieusement, par le décret-loi n° 114-A/2014, ne serait-ce que parce que [omissis] ce qu'il dispose n'a pas empêché ni limité le fait que les banques éventuellement résolues après le terme du délai de transposition de ladite directive ainsi que leurs actionnaires ont bénéficié effectivement de certaines contreparties dès lors que les conditions nécessaires à cet effet étaient remplies (...) »

[Or. 10] – Toujours en ce qui concerne le pourvoi formé par la Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, NOVO BANCO, SA, a formulé des observations en défense et conclu ce qui suit (...)

17) La requérante au pourvoi n'est pas parvenue à démontrer [omissis] la prétendue violation de droit de la propriété et du principe de proportionnalité visés à l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article premier du protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'Homme.

18) Outre le fait que le décret-loi n° 114-A/2014 a transposé partiellement ladite directive, les États membres, conformément à son article 130, avaient jusqu'au 31 décembre 2014, pour transposer la directive.

19) La requérante au pourvoi n'a pas exposé dans sa requête, ni dans les moyens de son pourvoi, les raisons pour lesquelles il y a lieu d'écarter l'application des articles 145-A à 145-O RGICSF.

20) La Commission ainsi que la Banque centrale européenne ont accompagné la décision du 3 août 2014 de Banco de Portugal et ne s'y sont pas opposés (...).

34) La demande de renvoi préjudiciel formulée par la requérante, ici requérante au pourvoi, est irrecevable parce qu'elle est manifestement dépourvue de pertinence (...).

[omissis]

*

II - Motivation

Les faits établis dans l'arrêt attaqué sont considérés ici reproduits.

*

EN DROIT

[Or. 11] Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group S.A. se pourvoit contre la décision du Tribunal Administrativo e fiscal [tribunal administratif et fiscal] de Lisbonne sur la nécessité d'un renvoi préjudiciel.

Elle soutient à cet effet, et contrairement à ce qu'énonce la juridiction, qu'il est ici question i) de l'interprétation des articles 36, 78 et 74 de la directive 2014/59/UE dans le cadre de l'application d'une mesure de séparation des actifs ; ii) de l'éventuel manquement au droit de l'Union de la part de l'État portugais en raison de la transposition incorrecte de la directive 2014/59/UE dans le droit national opérée par le décret-loi n° 114-A/2014 ; iii) et de l'éventuelle obligation qui incombe aux juridictions d'interpréter la législation nationale conformément à la directive 2014/59/UE.

[omissis] **[Or. 12]** [omissis]

Banco de Portugal demande que le pourvoi soit rejeté [omissis].

En fait, conformément à l'article 267 TFUE, les juridictions des États membres sont tenues de soumettre à la Cour une demande de décision préjudicielle lorsque l'interprétation ou la validité d'un droit de l'UE est en cause et qu'elle est nécessaire à une juridiction nationale pour rendre son jugement ou lorsque ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel prévu par le droit interne.

Et lorsqu'une question de droit de l'Union est soulevée dans le cadre d'une procédure en cours devant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel prévu par le droit interne, cette juridiction est tenue de soumettre une demande de décision préjudicielle à la Cour (article 267, paragraphe 3, TFUE).

[Or. 13] [omissis] Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier la nécessité de soumettre une telle demande et de prendre une décision à cet égard indépendamment de la demande formulée par les parties en ce sens.

[omissis]

Or, dès lors que l'obligation de procéder au renvoi pèse sur le STA, il est inutile d'analyser ce moyen du pourvoi.

[omissis]

2. Il y a lieu de procéder au renvoi dès lors qu'il est clair qu'une décision de la Cour est nécessaire à la juridiction nationale pour rendre son jugement et lorsqu'elle est en mesure de définir, de manière suffisamment précise, le cadre juridique et factuel de l'affaire ainsi que les questions juridiques qu'elle suscite.

Aux termes de l'article 267 TFUE :

« a Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

[Or.14] *Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.*

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

Or, en l'espèce il ya lieu de vérifier s'il est question de la validité ou de l'interprétation d'un acte d'un organisme de l'Union.

Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group S.A. soutient [omissis] que la mesure de résolution litigieuse viole de droit de l'Union européenne, en particulier le droit de propriété et le principe de proportionnalité (articles 17 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et articles 32, 36, 73 et 74 de la directive 2014/59/UE), parce que la directive implique que plusieurs conditions soient cumulativement remplies , à savoir la nécessité et la proportionnalité, eu égard aux objectifs en cause, alors que la résolution attaquée n'y fait aucune référence, compte tenu des lacunes de la transposition de ladite directive dans l'ordre juridique interne opérée par le décret-loi n° 114-A/2014 dans ses articles 145-A à 145-O du décret-loi n° 298/92 [le RGICSF] [omissis], transposition qui violerait non seulement ce cadre normatif, mais aussi le principe de primauté du droit de l'Union.

Le décret-loi n° 114-A/2014 ici en cause a modifié le « régime général des établissements de crédit et des sociétés financières, adopté par le décret-loi n° 298/92, du 31 décembre 1992, et procédé à des modifications du régime prévu au titre III relatif à l'application de mesures de résolution, et transposant la directive 2014/59/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mai 2014, du 15 mai 2014, établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises ».

[Or. 15] Le décret-loi n° 298/92, avant l'entrée en vigueur du décret-loi n° 114-A/2014 était en vigueur tel que modifié par le décret-loi n° 63-A/2013, dont ressortaient les articles suivants :

« Article 145-A

Finalités des mesures de résolution

Banco de Portugal peut appliquer, en ce qui concerne les établissements de crédit ayant leur siège au Portugal, les mesures prévues au présent chapitre, dans le but d'atteindre l'un quelconque des objectifs suivant :

- a) garantir la continuité de la prestation de services financiers essentiels ;*
- b) veiller au risque systémique ;*
- c) sauvegarder les intérêts des contribuables et du budget de l'État ;*
- d) sauvegarder la confiance des dépositaires.*

Article 145-B

Principe orientant l'application de mesures de résolution

1 – Dans l'application de mesures de résolution, il est cherché à garantir que les actionnaires et les créanciers de l'établissement de crédit assument en premier les pertes de l'établissement en cause, conformément à leur hiérarchie et dans des conditions d'égalité dans chaque classe de créanciers.

2 – Les dispositions du paragraphe 1 ne couvrent pas les dépôts garantis conformément aux articles 164 et 166.

Article 145-C

Application de mesures de résolution

1 – Lorsqu'un établissement de crédit ne satisfait pas, ou risque de ne pas satisfaire, les exigences concernant le maintien de l'autorisation d'exercice de son activité, Banco de Portugal peut appliquer les mesures de résolution suivantes, si cela est indispensable pour la poursuite d'un quelconque des objectifs visés à l'article 145-A :

- a) vente partielle ou totale de l'activité à un autre établissement autorisé à exercer l'activité en cause ;*
- b) transfert, partiel ou total, de l'activité à une ou plusieurs banques relais.*

[Or. 16] *2 – Les mesures de résolution sont appliquées si Banco de Portugal considère qu'il n'est pas prévisible que l'établissement de crédit parvienne, dans*

un délai approprié, à exécuter les actions nécessaires pour revenir aux conditions adéquates de solidité et de respect des ratios prudentiels.

3 – Aux fins de paragraphe 1, un établissement de crédit est considéré comme présentant un risque sérieux de ne pas satisfaire les exigences concernant le maintien de l'autorisation d'exercer son activité lorsque, parmi d'autres faits pouvant être considérés, dont Banco de Portugal appréciera la pertinence à la lumière des objectifs énoncés à l'article 145-A, l'une des situations suivantes est constatée :

a) l'établissement de crédit a subi des pertes ou il y a des raisons sérieuses de penser qu'il subira à bref délai des pertes pouvant consommer son capital social ;

b) les actifs de l'établissement de crédit deviennent inférieurs ou il y a des raisons sérieuses de penser qu'ils deviendront à bref délai inférieurs à ses obligations ;

c) l'établissement de crédit est dans l'impossibilité de remplir ses obligations ou il y a des raisons sérieuses de penser qu'il puisse se trouver dans cette impossibilité à bref délai.

4 – L'application de mesures de résolution ne dépend pas de l'application préalable de mesures d'intervention correctrice.

5 – L'application d'une mesure de résolution ne porte pas atteinte à la possibilité d'application, à tout moment, d'une ou de plusieurs mesures d'intervention correctrice.

Article 145-D

Suspension des organes d'administration et de contrôle

1 – Lorsque Banco de Portugal décide d'appliquer une mesure de résolution, les membres des organes d'administration et de contrôle de l'établissement de crédit en cause sont suspendus et, si Banco de Portugal le décide, le commissaire aux comptes ou la société de commissaires aux comptes à qui il incombe de certifier légalement les comptes et qui ne fait pas partie de son organe de contrôle.

2 – Dans le cas prévu au paragraphe précédent, Banco de Portugal désigne pour l'établissement de crédit les membres de l'organe d'administration, conformément à l'article suivant et sans dépendre d'une quelconque limite statutaire, et une commission de contrôle ou un contrôleur des comptes, régis, mutatis mutandis, par les dispositions de l'article 143.

3 – Si, conformément au paragraphe 1, Banco de Portugal suspend le commissaire aux comptes ou la société de commissaires aux comptes, il désigne un autre commissaire aux comptes ou société de commissaires aux comptes pour remplir ces fonctions.

[Or. 17] 4 – *Les membres des organes d’administration et de contrôle ainsi que le commissaire aux comptes ou la société de commissaires aux comptes à qui il incombe de certifier légalement les comptes et qui ne fait pas partie de l’organe de contrôle, suspendus conformément au paragraphe 1, fournissent toutes les informations que leur demande Banco de Portugal et collaborent, à la demande de Banco de Portugal, aux fins de l’application des mesures de résolution.*

Article 145-E

Administration

1 – Les administrateurs désignés par Banco de Portugal conformément au paragraphe 2 de l’article précédent sont rémunérés par l’établissement et, outre les pouvoirs et les devoirs conférés par la loi et par les statuts aux membres de l’organe d’administration, ils disposent également des suivants :

a) les pouvoirs prévus à l’article 145, paragraphe 2 ;

b) le pouvoir d’exécuter les décisions adoptées par Banco de Portugal en vertu des articles 145-F à 145-I, sans devoir obtenir le consentement préalable des actionnaires de l’établissement de crédit.

2 – Les administrateurs nommés exercent leurs fonctions pendant la durée que Banco de Portugal déterminera, limitée à un an, durée qui peut être prolongée pour d’égales périodes de temps.

3 – L’article 145, paragraphes 3, 4 et 6 à 10, s’applique mutatis mutandis.

Article 145-F

1 – Banco de Portugal peut décider de la vente, partielle ou totale, d’actifs, de passifs, d’éléments extrapatrimoniaux et d’actifs placés sous la gestion d’un établissement de crédit à un ou plusieurs établissements autorisés à exercer l’activité en cause.

2 – Aux fins du paragraphe précédent, Banco de Portugal invite les potentiels acquéreurs à présenter des propositions d’achat, en cherchant à garantir, de manière appropriée à la célérité imposée par les circonstances, la transparence de la procédure et un traitement équivalent des intéressés.

3 – Dans le cadre du choix de l’établissement acquéreur, Banco de Portugal prend en considération les objectifs visés à l’article 145-A.

*4 – Les potentiels acquéreurs doivent pouvoir bénéficier immédiatement des conditions d’accès aux informations pertinentes sur la situation financière et patrimoniale de l’établissement de crédit, aux fins de la valorisation des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion **[Or. 18]** à vendre, le devoir de secret visé à l’article 78 ne leur étant pas opposable à cet*

effet, mais sans préjudice du fait qu'ils doivent eux-mêmes garder ledit secret concernant les informations en cause.

5 – Aux fins de la vente visée au paragraphe 1, les actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion sélectionnés par Banco de Portugal doivent faire l'objet d'une valorisation réalisée par une entité indépendante désignée par Banco de Portugal, dans un délai qu'il fixera, aux frais de l'établissement de crédit, au moyen d'une méthode de valorisation fondée sur les conditions du marché et, subsidiairement, à la juste valeur, laquelle doit tenir compte de la valeur intrinsèque, positive ou négative, résultant de la vente pour l'établissement acheteur.

6 – Banco de Portugal fixe le montant de l'aide financière que fournira le Fonds de résolution, le cas échéant, afin de faciliter la réalisation de la vente prévue au paragraphe 1.

7 – Banco de Portugal peut inviter le Fonds de garantie des dépôts ou, en cas de mesures applicables relevant du système intégré de Crédito Agrícola Mútuo, le fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo à coopérer dans la procédure de vente des dépôts garantis, conformément à l'article 167-A ou à l'article 15-A du décret-loi n° 345/98, du 9 novembre 1998, modifié par les décrets-lois n° 126/2008, du 21 juillet 2008, 211-A/2008, du 3 novembre 2008 et 162/2009, du 20 juillet 2009.

8 – Lorsque la valeur des passifs vendus est supérieure à la valeur des actifs, les montants des aides financières fournies pour compenser les effets de cette différence conformément aux paragraphes 6 et 7 constituent des créances du fonds de résolution, du fonds de garantie des dépôts ou du fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo sur l'établissement de crédit vendeur.

9 – Le produit de la vente, s'il est positif, est reversé à l'établissement de crédit vendeur.

10 – Après la vente, la continuité des opérations liées aux actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion doit être garantie, en particulier :

a) l'établissement acheteur doit être considéré, à tous égards légaux et contractuels, comme successeur dans les droits et obligations transférés à partir de l'établissement de crédit vendeur ;

b) l'établissement de crédit vendeur, ainsi que toute société faisant partie du même groupe et qui lui fournit des services dans le cadre de l'activité vendue, doit mettre à disposition toutes les informations demandées par l'établissement acheteur ainsi qu'offrir à celui-ci l'accès aux systèmes d'information liés à l'activité vendue et, moyennant rémunération [Or. 19] convenue entre les parties, continuer à fournir les services que l'établissement acquéreur considère nécessaires pour réguler le développement de l'activité vendue.

11 – La décision déterminant la vente prévue au paragraphe 1 produit effets indépendamment de toute disposition légale ou contractuelle contraire, elle constitue un titre aux fins de toute formalité légale liée à la vente.

12 – La décision de vente prévue au paragraphe 1 ne dépend pas du consentement préalable des actionnaires de l'établissement de crédit ni des parties liées par des contrats concernant les actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion à vendre, cela ne peut pas constituer un motif pour exercer un quelconque droit à déchéance du terme stipulé dans les contrats en cause.

13 – L'éventuelle vente partielle de l'activité de l'établissement de crédit ne doit pas porter atteinte à la cession intégrale des positions contractuelles de l'établissement de crédit vendeur, avec transfert des responsabilités associées aux éléments d'actif transférés, en particulier dans le cas des contrats de garantie financière, d'opérations de titrisation ou d'autres contrats ayant des clauses de compensation ou de novation.

14 – Si la contrepartie fixée au moment de la vente des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et éléments d'actif placés sous gestion transférés ne correspond pas à leur juste valeur étayée, l'établissement acheteur peut, après autorisation de Banco de Portugal, restituer ces actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et éléments d'actif placés sous gestion, les dispositions du paragraphe précédent étant observées, en procédant à l'ajustement de ladite contrepartie.

15 – En alternative à la restitution prévue au paragraphe précédent, Banco de Portugal peut proposer de payer à l'établissement acquéreur un montant correspondant à la différence existant entre la contrepartie stipulée pour la vente et la juste valeur des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion.

16 – Le paiement prévu au paragraphe précédent peut être effectué par transfert vers l'établissement acquéreur de nouveaux actifs de l'établissement de crédit vendeur ou de sommes provenant du fonds de résolution, du fonds de garantie des dépôts ou de fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo, conformément aux paragraphes 6 et 7.

17 – Si la vente prévue au paragraphe 1 aboutit à une opération de concentration conformément à la législation applicable en matière de concurrence, cette opération peut être réalisée avant d'avoir fait l'objet d'une décision de non opposition de la part de l'autorité de la concurrence, sans préjudice des mesures que cette autorité déterminera ultérieurement.

Article 145-G

Transfert partiel ou total de l'activité vers des banques-relais

[Or. 20] 1 – Banco de Portugal peut décider du transfert, partiel ou total, des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion d'un établissement de crédit vers une ou plusieurs banques-relais constituées à cet effet, afin de permettre sa vente ultérieure à un autre établissement autorisé à exercer l'activité en cause.

2 – Banco de Portugal peut aussi décider du transfert, partiel ou total, des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion de deux ou plusieurs établissements de crédit appartenant au même groupe vers une ou plusieurs banques-relais, dans le même but que celui visé au paragraphe précédent.

3 – La banque-relais est un établissement de crédit ayant la nature juridique de banque dont le capital social est intégralement détenu par le fonds de résolution.

4 – Le capital social de la banque-relais est réalisé par le fonds de résolution au moyen de ses fonds.

5 – La banque-relais est constituée par décision de Banco de Portugal adoptant ses statuts, les dispositions du titre ii, chapitre ii, n'étant pas d'application.

6 – Après la décision prévue au paragraphe précédent, la banque-relais est autorisée à exercer les activités visées à l'article 4, paragraphe 1.

7 – La banque-relais doit avoir un capital social non inférieur au minimum prévu par arrêté du membre du gouvernement chargé du domaine des finances, Banco de Portugal étant entendu, et respecter les normes applicables aux banques.

8 – La banque-relais peut commencer son activité sans satisfaire au préalable les exigences légales liées à l'enregistrement commercial et autres procédures formelles prévues par la loi, sans préjudice de les satisfaire dès que possible.

9 – Banco de Portugal définit, par avis, les règles applicables à la création et au fonctionnement des banques-relais.

10 – Le Código das Sociedades Comerciais [code des sociétés commerciales] est applicable aux banques-relais avec les adaptations nécessaires au regard des objectifs et de la nature de ces établissements.

11 – Il appartient à Banco de Portugal, sur proposition de la commission de direction du fonds de résolution, de nommer les membres des organes d'administration et de contrôle de la banque-relais, qui doivent obéir à toutes les directives et recommandations transmises par Banco de Portugal, en particulier concernant les décisions de gestion de la banque-relais.

12 – La banque-relais a une durée limitée à deux ans, prolongeable par périodes d'un an sur la base de raisons sérieuses d'intérêt public, à savoir si les risques pour la stabilité financière demeurent ou si des négociations sont en cours en vue

de [Or. 21] la vente des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion en cause, la durée maximale ne pouvant dépasser cinq ans.

13 – La banque-relais doit obéir, dans le déroulement de son activité, à des critères de gestion qui garantissent le maintien de faibles niveaux de risque.

14 – Le transfert, total ou partiel, des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion d'un établissement de crédit vers une ou plusieurs banque-relais constituées à cette fin est communiqué à l'autorité de la concurrence, ainsi que l'éventuelle prolongation de la durée visée au paragraphe 12, mais compte tenu de son caractère transitoire il ne constitue pas une opération de concentration d'entreprises au regard de la législation applicable en matière de concurrence.

Article 145-H

Patrimoine et financement de la banque-relais

1 – Banco de Portugal sélectionne les actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion à transférer à la banque-relais au moment de sa constitution.

2 – Ne peuvent être transférées à la banque-relais, les obligations contractées par l'établissement de crédit d'origine à l'égard :

a) de ses actionnaires, membres des organes d'administration ou de contrôle, commissaires aux comptes ou sociétés de commissaires aux comptes ou personnes ayant un statut similaire dans d'autres entreprises qui se trouvent dans une relation de domination ou de groupe avec l'établissement ;

b) des personnes ou entités ayant été actionnaires, exercé les fonctions ou fourni les services visés au point précédent dans les quatre ans qui précèdent la création de la banque-relais, et dont l'action ou l'omission ait été à l'origine des difficultés financières de l'établissement de crédit ou ait contribué à l'aggravation de cette situation ;

c) des conjoints, parents ou assimilés au premier degré ou des tiers qui agissent pour le compte des personnes ou des entités visés aux points précédents ;

d) des responsables des faits liés à l'établissement de crédit ou qui en ont tiré un avantage, directement ou par personne interposée, et qui sont à l'origine des difficultés financières de l'établissement de crédit ou aient contribué, par leur action ou omission dans le cadre de leurs responsabilités, à l'aggravation de cette situation, aux yeux de Banco de Portugal.

3 – Ne peuvent pas davantage être transmis à la banque-relais, les instruments utilisés dans le calcul des fonds propres de l'établissement de crédit dont les conditions ont été approuvées par Banco de Portugal.

[Or. 22] 4 – *Les actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion choisis conformément au paragraphe 1 doivent faire l'objet d'une valorisation, reportée à la date du transfert, par une entité indépendante désignée par Banco de Portugal, dans un délai fixé par ce dernier, aux frais de l'établissement de crédit.*

5 – *Après le transfert visé au paragraphe 1, Banco de Portugal peut, à tout moment :*

a) *transférer d'autres actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion de l'établissement de crédit d'origine vers la banque-relais ;*

b) *transférer les actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion de la banque-relais vers l'établissement de crédit d'origine.*

6 – *Banco de Portugal fixe le montant de l'aide que le fonds de résolution accorde, le cas échéant, pour la création et le développement de l'activité de la banque-relais, en particulier au moyen de l'octroi de prêts à la banque-relais à quelque fin que ce soit ou par la mise à disposition des fonds considérés comme nécessaires pour réaliser des opérations d'augmentation du capital de la banque-relais.*

7 – *Banco de Portugal peut inviter le fonds de garantie des dépôts ou, dans le cas de mesures applicables dans le cadre du système intégré de Crédito Agrícola Mútuo, le fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo à coopérer dans le cadre de la procédure de transfert des dépôts garantis vers une banque-relais, conformément à ce qui est prévu à l'article 167-A ou à l'article 15-A du décret-loi n° 345/98, du 9 novembre 1998, respectivement.*

8 – *La valeur totale des passifs et éléments extrapatrimoniaux à transférer à la banque-relais ne doit pas dépasser la valeur totale des actifs transférés de l'établissement de crédit d'origine, plus, le cas échéant, les fonds provenant du fonds de résolution, du fonds de garantie des dépôts ou du fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo.*

9 – *Après le transfert prévu au paragraphe 1, la continuité des opérations liées aux actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion transférés doit être garantie, la banque-relais devant être considérée, à toutes fins légales, comme successeur dans les droits et obligations transférés de l'établissement de crédit d'origine.*

10 – *L'établissement de crédit d'origine ainsi que toute société appartenant au même groupe et qui lui fournit des services dans le cadre de l'activité transférée, doit fournir toutes les informations demandées par la banque-relais ainsi qu'offrir à celle-ci l'accès à des systèmes d'information liés à l'activité transférée et, moyennant rémunération convenue entre les parties, continuer à fournir les services que la banque-relais considère nécessaires pour réguler le développement de l'activité transférée.*

[Or. 23] 11 – *La décision de transfert prévue au paragraphe 1 produit effets indépendamment de toute disposition légale ou contractuelle contraire, elle constitue un titre pour l'accomplissement de toute formalité légale liée au transfert.*

12 – *La décision de transfert prévue au paragraphe 1 ne dépend pas du consentement préalable des actionnaires de l'établissement de crédit ni des parties à des contrats liés aux actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion à transférer, et ne peut constituer un motif pour exercer un quelconque droit à déchéance du terme stipulé dans les contrats en cause.*

13 – *L'éventuel transfert partiel des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion vers la banque-relais ne doit pas porter atteinte à la cession intégrale des positions contractuelles de l'établissement de crédit d'origine, avec transfert des responsabilités associées aux éléments de l'actif transférés, à savoir dans le cas de contrats de garantie financière, d'opérations de titrisation ou d'autres contrats qui contiennent des clauses de compensation ou de novation.*

Article 145-I

Vente du patrimoine de la banque-relais

1 – *Sans préjudice des actes de disposition qui relèvent des pouvoirs de gestion de l'administration de la banque-relais, Banco de Portugal, lorsqu'il considère que les conditions nécessaires pour la vente, partielle ou totale des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion ayant été transférés à la banque-relais sont réunies, invite, la transparence de la procédure étant assurée, d'autres établissements autorisés à exercer l'activité en cause à présenter des propositions d'achat.*

2 – *Dans le cadre de la sélection de l'établissement acquéreur, Banco de Portugal prend en considération les objectifs visés à l'article 145-A.*

3 – *Le produit de la vente doit être affecté en priorité, proportionnellement, à la restitution :*

a) *au fonds de résolution, de tous les montants mis à disposition en vertu de l'article 145-H, paragraphe 5 ;*

b) *au fonds de garantie des dépôts ou au fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo, de tous les montants mis à disposition en vertu de l'article 145-H, paragraphe 6.*

[Or. 24] 4 – *Après restitution des montants prévus au paragraphe précédent, l'éventuel reliquat du produit de la vente est retourné à l'établissement de crédit d'origine ou à sa masse de la faillite, s'il a été mis en liquidation.*

5 – Après la vente de la totalité des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion transférés à la banque-relais et l'affectation du produit de la vente conformément aux dispositions des paragraphes 3 et 4, la banque-relais est dissoute par Banco de Portugal.

6 – S'il n'est pas possible de vendre tous les actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion transférés à la banque-relais, Banco de Portugal peut décider que celle-ci soit mise en liquidation, en suivant les dispositions applicables à la liquidation extrajudiciaire des établissements de crédit.

Article 145-J

Autres dispositions

1 – En même temps que l'application d'une mesure de résolution, Banco de Portugal peut décider de l'application des dispositions suivantes en ce qui concerne les établissements de crédit couverts par cette mesure, dès lors qu'elles sont nécessaires aux objectifs visés à l'article 145-A :

- a) dispense temporaire de respecter les normes prudentielles ;
 - b) dispense temporaire de se conformer dans les délais aux obligations contractées antérieurement ;
 - c) clôture temporaire des agences et autres installations où ont lieu des transactions avec le public.
- 2 – Les dispositions du point b), du paragraphe précédent ne portent pas atteinte au fait que tous les droits des créanciers contre les coobligés ou garants sont conservés.
- 3 – Les mesures prévues au présent article ont une durée maximale d'un an, prolongeable jusqu'à deux ans au maximum.

Article 145-L

Conventions de compensation et de novation

1 – L'application par Banco de Portugal de toute mesure de résolution entraîne la suspension pendant 48 heures, à compter de la notification ou, si elle intervient plus tôt, de l'annonce rendant publique la décision de Banco de Portugal, du droit à déchéance du terme, stipulé dans le cadre de conventions de compensation et de novation [Or. 25] (netting agreements), des contrats dans lesquels l'établissement de crédit visé est partie, lorsque l'exercice de ce droit se fonde sur l'application de la mesure de résolution en cause.

2 – À l'échéance du délai prévu au paragraphe précédent, et en ce qui concerne les contrats qui ont été vendus ou transférés en vertu des articles 145-F ou 145-G,

l'exercice du droit à déchéance du terme stipulé dans le cadre de conventions de compensation et de novation (netting agreements) ne peut pas être exercé par les contreparties de l'établissement de crédit sur le fondement de l'application de la mesure de résolution.

3 – Sans préjudice des dispositions du paragraphe précédent, les contreparties aux contrats couverts par des conventions de compensation et de novation (netting agreements) ayant été vendus ou transférés en vertu des articles 145-F ou 145-G gardent, par rapport à l'établissement de crédit cessionnaire, le droit à déchéance du terme sur un fondement autre que celui prévu au paragraphe précédent.

4 – Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas dans les cas où le droit à déchéance du terme résulte de clauses convenues dans des contrats de garantie financière, ni ne portent atteinte aux dispositions de la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 mai 1998, concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres.

Article 145-M

Régime de liquidation

Si, après l'application d'une mesure de résolution quelconque, Banco de Portugal considère que les objectifs visés à l'article 145-A sont atteints et constate que l'établissement ne satisfait pas les exigences relatives au maintien de l'autorisation d'exercer son activité, il peut révoquer l'autorisation de l'établissement de crédit ayant fait l'objet de la mesure en cause et il s'ensuit le régime de liquidation prévu dans la loi applicable.

Article 145-N

Moyens contentieux et intérêt public

1 – Sans préjudice des dispositions de l'article 12, les décisions de Banco de Portugal qui adoptent des mesures de résolution peuvent être attaquées par les moyens procéduraux prévus dans la législation du contentieux administratif, à l'exception des spécialités prévues aux paragraphes suivants, compte tenu des intérêts publics pertinents qui déterminent leur adoption.

2 – Seuls ont capacité pour agir dans une procédure en référé, les détenteurs de participations qui atteignent, individuellement ou ensemble, au moins 10 % du capital ou des droits de vote de l'établissement visé.

[Or. 26] *3 – L'appréciation de faits qui ne sont pas prouvés au moyen d'une expertise, concernant la valorisation des actifs et des passifs faisant l'objet ou impliqués dans les mesures de résolution adoptées, est réalisée dans l'affaire au principal.*

4 – *En exécution des jugements d'annulation d'actes réalisés dans le cadre du présent chapitre, Banco de Portugal peut invoquer une cause légitime d'inexécution conformément à l'article 175, paragraphe 2 en liaison avec l'article 163 du Código do Processo dos Tribunais Administrativos [code de la procédure des tribunaux administratifs], dans ce cas, la procédure visant à fixer l'indemnisation due conformément aux démarches prévues aux articles 178 et 166 de ce même code est ouverte immédiatement.*

5 – *Notifié conformément et aux fins de l'article 178, paragraphe 1, du code de la procédure de tribunaux administratifs, Banco de Portugal communique à l'intéressé et au tribunal les rapports des valorisations d'actifs réalisées par des entités indépendantes en son pouvoir ayant été demandées en vue de l'adoption des mesures prévues au présent chapitre.*

Article 145-O

Valorisations et calcul des indemnisations

1 – *Aux fins de l'article 145-N, paragraphe 4, ainsi que de tout moyen contentieux dans le cadre duquel est discuté le paiement d'une indemnisation liée à l'adoption des mesures prévues à l'article 145-C, paragraphe 1, n'est pas prise en considération, la plus-value résultant d'une aide financière quelconque, en particulier versée par le fonds de résolution ou de l'éventuelle intervention du fonds de garantie des dépôts ou du fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo.*

2 – *Indépendamment de son éventuelle intervention comme partie, il incombe à Banco de Portugal de présenter dans les procédures visées au paragraphe précédent un rapport de valorisation couvrant tous les aspects de nature prudentielle pouvant être pertinents pour le calcul de l'indemnisation, en particulier en ce qui concerne la capacité future de l'établissement de crédit à satisfaire les exigences générales de l'autorisation, le juge de la procédure devant notifier Banco de Portugal à cet effet, sans préjudice de la faculté d'initiative d'office de Banco de Portugal.*

3 – *Le paiement des indemnisations visées au présent article est supporté par le fonds de résolution, sauf si Banco de Portugal est civilement responsable du fait illicite. »*

L'article 2 du décret-loi n° 114-A/2014 [omissis] a modifié lesdits articles de la manière suivante :

« Article 145-B [...] »

[Or. 27] 1 – *Dans l'application de mesures de résolution, compte tenu des objectifs des mesures de résolution établies à l'article précédent, il est cherché à garantir que :*

a) les actionnaires de l'établissement de crédit assument en premier les pertes de l'établissement en cause ;

b) Les créanciers de l'établissement de crédit assument ensuite, dans des conditions d'égalité, les autres pertes de l'établissement en cause, conformément à la hiérarchie de priorité des différentes classes de créanciers ;

c) Aucun créancier de l'établissement de crédit ne peut assumer des pertes plus importantes que celles qu'il assumerait si cet établissement avait été mis en liquidation.

2 – [...].

3 – S'il est constaté, lors de la clôture de la liquidation de l'établissement de crédit objet de la mesure de résolution, que les créanciers de cet établissement dont les créances n'ont pas été transférées à un autre établissement de crédit ou à une banque-relais ont assumé des pertes supérieures au montant estimé, conformément à la valorisation prévue à l'article 145-F, paragraphe 6 et à l'article 145-H, paragraphe 4, qu'ils assumeraient si l'institution avait été mise en liquidation immédiatement avant l'application de la mesure de résolution, les créanciers ont le droit de recevoir cette différence de la part du fonds de résolution.

Article 145-F [...]

1 – [...] 2 – [...] 3 – [...] 4 – [...] 5 – [...].

6 – Aux fins de l'article 145-B, paragraphe 3, l'évaluation visée au paragraphe précédent inclut également une estimation du niveau de recouvrement des créances de chaque classe de créanciers, conformément à l'ordre de priorité prévu par la loi, dans un scénario de liquidation de l'établissement de crédit immédiatement avant l'application de la mesure de résolution.

7 – Banco de Portugal fixe le montant de l'aide financière que fournira le Fonds de résolution, le cas échéant, y compris en particulier la fourniture de garanties et l'octroi de prêts à l'établissement de crédit vendeur ou à l'établissement acheteur, afin de préserver la valeur des actifs et des passifs et faciliter la réalisation de la vente prévue au paragraphe 1.

8 – [ex-paragraphe 7].

9 – Lorsque la valeur des passifs vendus est supérieure à la valeur des actifs, les montants des aides financières fournies pour compenser les effets de cette différence conformément aux paragraphes 7 et 8 constituent des créances du fonds de résolution, du fonds de garantie des [Or. 28] dépôts ou du fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo sur l'établissement de crédit vendeur.

10 – [ex-paragraphe 9] 11 – [ex-paragraphe 10] 12 – [ex-paragraphe 11]

13 – [ex-paragraphe 12] 14 – [ex-paragraphe 13]

15 – [ex-paragraphe 14] 16 – [ex-paragraphe 15]

17 – *Le paiement prévu au paragraphe précédent peut être effectué par transfert vers l'établissement acquéreur de nouveaux actifs de l'établissement de crédit vendeur ou de sommes provenant du fonds de résolution, du fonds de garantie des dépôts ou de fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo, conformément aux paragraphes 7 et 8.*

18 – [ex-paragraphe 17]

19 – *Dans le cadre de la sélection des actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion à vendre conformément au présent article, les dispositions de l'article 145-H, paragraphe 2 s'appliquent mutatis mutandis.*

Article 145-H

[...] 1 – [...]

2 – [...]

a) *de ses actionnaires, dont la participation au moment du transfert est égale ou supérieure à 2 % du capital social, des personnes ou entités qui au cours des deux années précédentes ont eu une participation supérieure ou égale à 2 % du capital social, des membres des organes d'administration ou de contrôle, des commissaires aux comptes ou sociétés de commissaires aux comptes ou des personnes ayant un statut similaire dans d'autres entreprises qui se trouvent dans une relation de domination ou de groupe avec l'établissement ;*

b) [...]; c) [...]; d) [...]

3 – [...]

4 – *Les actifs, passifs, éléments extrapatrimoniaux et actifs placés sous gestion choisis conformément au paragraphe 1 doivent faire l'objet d'une valorisation, reportée à la date du transfert, par une entité indépendante désignée par Banco de Portugal, dans un délai fixé par ce dernier, aux frais de l'établissement de crédit, cette même évaluation doit, aux fins de l'article 145-B, paragraphe 3, inclure également un estimation du niveau de recouvrement des créances de chaque classe de créanciers, conformément à l'ordre de priorité prévu par la loi, dans un scénario de liquidation de l'établissement d'origine immédiatement avant l'application de la mesure de résolution.*

[Or. 29] 5 – [...].

6 – *Banco de Portugal fixe le montant de l'aide que le fonds de résolution accorde, le cas échéant, pour la création et le développement de l'activité de la banque-relais, en particulier au moyen de l'octroi de prêts à la banque-relais à*

quelque fin que ce soit ou par la mise à disposition des fonds considérés comme nécessaires pour réaliser des opérations d'augmentation du capital de la banque-relais ou pour fournir des garanties.

7 – [...] 8 – [...] 9 – [...] 10 – [...] 11 – [...] 12 – [...] 13 – [...].

Article 145-I

[...] 1 – [...] 2 – [...] 3 – [...].

a) au fonds de résolution, de tous les montants mis à disposition en vertu de l'article 145-H, paragraphe 6 ;

b) au fonds de garantie des dépôts ou au fonds de garantie de Crédito Agrícola Mútuo, de tous les montants mis à disposition en vertu de l'article 145-H, paragraphe 7.

4 – [...] 5 – [...] 6 – [...].

Quant au régime portant sur les mesures de résolution concernant des établissements faisant l'objet d'un contrôle, il a été de nouveau modifié de sorte à transposer totalement la directive en cause au moyen de la loi n° 23-A/2015, du 26 mars 2015.

S'agissant des transpositions partielles de directives avant l'échéance du délai prévu à cet effet, la Cour s'est déjà prononcée en ce sens que cela ne peut pas compromettre la réalisation des objectifs de la directive, ainsi qu'il ressort, notamment, de l'arrêt de la Cour, du 18 décembre 1997, C-129/96, dans lequel il est énoncé :

« les articles 5, deuxième alinéa, et 189, troisième alinéa, du traité CEE ainsi que la directive 91/156 imposent que, pendant le délai de transposition fixé par la directive pour la mettre en œuvre, l'État membre destinataire de celle-ci s'abstienne de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive. »

Dans plusieurs autres arrêts, la Cour s'est déjà prononcée précisément sur la question de savoir si certaines dispositions des directives doivent être **[Or. 30]** interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une législation nationale concrète avant même que le délai de transposition soit écoulé.

Voir, notamment, les arrêts de la Cour du 2 juin 2006, C-27/15 et du 26 février 2015, C-104/14.

Toujours est-il que l'article 288, troisième alinéa, TFUE prévoit que la directive doit être transposée au préalable dans l'ordre juridique interne et qu'elle lie les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, alors que la Cour lui

reconnaît, dans certaines situations, un effet direct afin de protéger les droits des particuliers lorsque les dispositions de la directive sont inconditionnelles et suffisamment claires et précises, et que l'État membre ne l'a pas transposée dans le délai imparti.

Ainsi, conformément à l'obligation qui incombe à chaque État membre d'adopter toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat imposé par une directive et compte tenu de la jurisprudence de la Cour selon laquelle les États membres et leurs juridictions doivent s'abstenir, pendant le délai de transposition d'une directive, d'adopter des dispositions ou des interprétations susceptibles de compromettre sérieusement le résultat prescrit par ladite directive, il s'impose de soumettre à la Cour des questions préjudicielles afin de lever les doutes existants et de clarifier et définir correctement l'interprétation du droit de l'UE en question et qui se révèlent nécessaires pour apprécier le motif d'illégalité invoqué.

Certains motifs d'illégalité invoqués soulèvent des questions concernant l'interprétation du cadre normatif du droit de l'Union, qui sont donc nécessaires au jugement de l'affaire.

Au regard des principes de primauté du droit de l'Union et de l'interprétation conforme, dont le renvoi préjudiciel est un instrument essentiel, et de manière à garantir l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union dans tous ses États [Or. 31] membres, ainsi que la cohésion du système de protection juridictionnelle de l'Union et le principe de protection juridictionnelle effective des droit des particuliers, il est utile et nécessaire de procéder à ce renvoi préjudiciel, dans la mesure où une recherche et une analyse du site «www.curia.europa.eu/juris/» concernant cette question n'a pas permis d'obtenir une jurisprudence de la Cour ayant consolidé l'interprétation en ce qui concerne les contours concrets et spécifiques de la question soulevée ou en ce qui concerne une question similaire, en particulier s'agissant du parallélisme du cadre normatif, et nous n'avons pas connaissance d'une jurisprudence constante de la Cour sur ce domaine ou quant à la manière d'interpréter correctement les règles de droit en cause et sans laisser de place à un doute raisonnable.

Partant, les conditions de formes sont remplies dans cette affaire pour décider d'un renvoi préjudiciel.

Ainsi, dans le cadre du litige et des positions soutenues par les parties intervenantes, il convient d'apprécier et de déterminer la conformité avec le droit de l'Union susmentionné et de la jurisprudence de la Cour consacrée dans l'arrêt du 18 décembre 1997, « Inter-Environnement Wallonie » (C-129/96, points 44 et 45), successivement affirmée et réitérée] du cadre national qui transpose partiellement, aux articles 145-A à 145-O RGICSF, la directive 2014/59/UE, et de dire si l'adoption des dispositions telles qu'elles sont prévues, en particulier dans le décret-loi n° 114-A/2014, est susceptible de compromettre sérieusement le résultat prescrit par ladite directive.

Il s'impose donc de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes :

1. *Le droit de l'Union, en particulier l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, [Or. 32] 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, et, en particulier, ses articles 36, 73 et 74, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale, telle que celle susmentionnée, qui a été appliquée dans le contexte de la mesure de résolution, dont l'objet est de créer un établissement-relais et un instrument de séparation d'actifs qui, alors qu'elle transpose partiellement ladite directive et ce pendant le délai de transposition de celle-ci :*

a) *ne prévoit pas la réalisation d'une valorisation juste, prudente et réaliste des actifs et des passifs de l'établissement objet de la mesure de résolution avant son adoption ?*

b) *ne prévoit pas le paiement d'une éventuelle contrepartie, en fonction de la valorisation mentionnée au point précédent, à l'établissement objet de la résolution ou, selon le cas, aux titulaires des actions ou d'autres titres de propriété et qui, au lieu de cela, se borne à prévoir que l'éventuel reliquat du produit de la vente de la banque-relais soit restitué à l'établissement de crédit d'origine ou à sa masse de la faillite ?*

c) *ne prévoit pas que les actionnaires de l'établissement objet de la mesure de résolution aient le droit de recevoir un montant non inférieur à ce qu'ils seraient censés recevoir si l'établissement avait été totalement mis en liquidation en vertu des procédures normales de faillite, ce mécanisme de sauvegarde n'étant prévu que pour les créanciers dont les créances n'ont pas été transférées ?*

d) *ne prévoit pas une valorisation, indépendante de la valorisation visée au point a), destinée à apprécier si les actionnaires et les créanciers auraient reçu un traitement plus favorable si l'établissement objet de la résolution avait été soumis à la procédure normale de liquidation ?*

2. *Eu égard à la jurisprudence résultant de l'arrêt de la Cour, du 18 décembre 1997, « Inter-Environnement Wallonie » (C-129/96, réitérée par la Cour), une législation nationale telle que celle visée dans cette affaire, qui transpose partiellement la directive 2014/59/UE, est-elle, dans le contexte de l'application de la mesure de résolution, susceptible de compromettre sérieusement le résultat prescrit par la directive, en particulier ses articles 36, 73 et 74 ?*

*

Eu égard à ce qui précède [omissis], **[Or. 33]** la présente instance est suspendue.

[omissis]

Lisbonne, le 23 janvier 2020

[omissis]

DOCUMENT DE TRAVAIL