

BULLETIN DROIT & BANQUE



ECLAIRAGE

- **Le nouveau système de garantie des dépôts luxembourgeois**

Philippe Bourin

ARTICLES DE FOND

- **Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : compétence du juge des référés et admissibilité de son intervention**

André Elvinger

- **Le Règlement « PRIIPs » : de l'objectif louable de l'information accrue du consommateur de produits d'investissement fondés sur l'assurance au casse-tête pratique**

Ariane Wourwoukas

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

- **Droit des assurances - compagnie d'assurance - liquidation judiciaire - distribution de dividende - tierce opposition - article 39 de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur**

des assurances - super-privilege - périmètre de ce super-privilege - ségrégation des actifs - égalité des créanciers

Jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 1^{er} avril 2015 - Quinzième chambre, n° 506/2015

Commentaire

André Hoffmann et Michel Marques Pereira

- **Responsabilité du banquier - règles de conduite - principe d'effectivité et d'efficacité de la législation européenne - faute contractuelle - obligation de mise en garde du dépositaire - obligation de non-ingérence du banquier**

Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg (4^e chambre) du 25 février 2015 (rôle n° 39014)

Responsabilité du banquier - règles de conduite - législation sur la lutte contre le blanchiment et le

financement du terrorisme - norme d'intérêt général - faute délictuelle

Arrêt de la Cour de Cassation du Grand-Duché de Luxembourg du 26 mars 2016 (n° 24/15)

De l'utilisation des normes professionnelles du secteur financier devant les tribunaux luxembourgeois

Elisabeth Omes

CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- **Chronique de jurisprudence fiscale 2015**

Jean Schaffner

- **Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois (mars 2014 - septembre 2015)**

Nicolas Thieltgen - Anne-Marie Ka - Brice Hellinckx

EXTRAIT

58

Conseil d'administration de l'ALJB

Philippe **Bourin**, Crédit Agricole Luxembourg (Président)

Nicolas **Thieltgen**, Brucher Thieltgen & Partners (Vice-Président)

Cosita **Delvaux**, Notaire (Trésorière)

Daniel **Postal**, BGL BNP Paribas (Secrétaire)

Catherine **Bourin**, Association des Banques et Banquiers, Luxembourg

Sandrine **Conin**, Conseiller juridique

Cyrille **de Crozals**, Commerzbank AG, succursale de Luxembourg

Philippe **Dupont**, Arendt & Medernach

André **Hoffmann**, Elvinger Hoss Prussen

Nicki **Kayser**, Linklaters LLP, Luxembourg

Claude **Kessler**, Commission de Surveillance du Secteur Financier

Morton **Mey**, Conseiller juridique

Elisabeth **Omes**, Elvinger Hoss Prussen

Andéol du **Trémolet de Lacheisserie**, Banque Européenne d'Investissement

Peter **Vermeulen**, Groupe Foyer

Henri **Wagner**, Allen & Overy Luxembourg

La reproduction d'articles parus dans cette revue n'est permise que moyennant autorisation de l'ALJB et indication de la source ("Bulletin Droit & Banque 58, ALJB, 2016").

BULLETIN

DROIT &
BANQUE

N° 58

Juin 2016

Editeur:

Association Luxembourgeoise des
Juristes de Droit Bancaire a.s.b.l.

www.aljb.lu

Comité de rédaction:

Sandrine Conin
Conseiller juridique
sandrine@conin.lu

Nicki Kayser
Linklaters LLP, Luxembourg
nicki.kayser@linklaters.com

Claude Kessler
CSSF
claud.kessler@cssf.lu

Elisabeth Omes
Elvinger Hoss Prussen
elisabethomes@elvingerhoss.lu

Henri Wagner
Allen & Overy Luxembourg
henri.wagner@allenoverly.com

Secrétariat, Inscriptions:

secretariat@aljb.lu
House of Finance
B.P. 13
L-2010 Luxembourg

Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : Compétence du juge des référés et admissibilité de son intervention

André Elvinger
Avocat à la Cour
Elvinger Hoss Prussen

Il a été dit que, dans la doctrine luxembourgeoise, ce sujet a fait couler beaucoup d'encre¹, et c'est heureux.

Il semble cependant que le dernier mot n'ait pas été dit. La plus récente ordonnance de référé, du 15 juillet 2015, qui a fait l'objet d'un savant commentaire au dernier Bulletin Droit et Banque, mérite, devant l'arrière-fond d'un arrêt antérieur de la Cour, rendu le 3 novembre 2010, avec le recul, un nouvel examen au regard tant de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 que de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. C'est ce que propose de faire le présent article.

I. Inventaire de la jurisprudence² :

Ordonnance de référé Luxembourg du 19 mars 2009, réformée en appel par arrêt de la Cour du 3 juin 2009³ :

- 1 Patrick Geortay, Bulletin Droit et Banque n° 57, page 64, sub 3.
- 2 Nous n'incluons pas dans cet inventaire une décision rendue par la Chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 14 octobre 2015 (publiée au Bulletin Droit et Banque n° 46, page 7 et commentée par Angéline Duarte sous le titre « *Le contrat de garantie financière : une sécurité juridique consacrée* », même Bulletin, page 10) rejetant des demandes de perquisition et de saisie en commission rogatoire internationale. La Chambre du conseil juge à bon droit que, suivant l'article 20 (4) et l'article 1^{er} 4) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, les saisies pénales « *ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations* ». L'objet était donc une disposition de la loi sur les contrats de garantie financière concernant spécifiquement la non-applicabilité des dispositions régissant les saisies pénales. Le fondement de cette disposition n'est pas seulement la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 sur les garanties financières en son article 8, mais également le règlement 1346/2000/CE du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, dont l'article 5 (1) précise que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel dont bénéficie un créancier sur certains biens de son débiteur failli. Bien que cela ne relève donc pas de notre sujet, il n'est pas sans intérêt de citer les motifs de cette ordonnance qui invoquait, quant à la loi sur les contrats de garantie financière, le « *caractère d'une loi de police* », ajoutant que le but du projet de loi était de rendre ce contrat « *inattaquable* », en invoquant les travaux parlementaires (doc. parl. n° 5251 du 16 décembre 2003, page 20) qui furent également invoqués par les décisions examinées ci-après.
- 3 Commentés par Pierre Schleimer, Journal des Tribunaux du 20 octobre 2010, page 15, sub 31.

1. Cette affaire avait donné lieu d'abord à une ordonnance sur requête⁴ et ensuite, sur recours, à l'ordonnance de référé contradictoire du 19 mars 2009. Le juge des référés avait fait droit à une demande en nomination d'un séquestre, considérant qu'il y avait existence d'un litige sérieux entre parties quant à la propriété ou la possession des actions gagées. L'ordonnance fut réformée par arrêt de la Cour du 3 juin 2009, constatant que « *la banque créancière s'était conformée tant aux stipulations contractuelles entre parties qu'aux dispositions de la loi sur les garanties financières* », et que l'on ne se trouvait pas, au vu des éléments du dossier, en présence d'un différend sérieux⁵. La Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si, en principe et sous quelles conditions, un constituant de gage peut obtenir en référé des mesures de sauvegarde en vue d'empêcher la réalisation de l'objet d'une garantie financière⁶.

Ordonnance de référé du 4 décembre 2009 et l'arrêt de la Cour du 3 novembre 2010⁷ :

2. Dans cette espèce, l'emprunteur constituant du gage avait, en vue d'obtenir la suspension de la réalisation du gage, fait valoir que le prêt qui en avait été la cause comportait des clauses illicites notamment pour être abusives au sens de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur.

L'ordonnance décide la suspension de la réalisation du gage en faisant valoir que, selon le considérant (17) de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 sur les garanties financières, cette directive concilie ses objectifs avec la protection du constituant de la garantie et des tiers, en confirmant « *la possibilité*

- 4 Sur l'ordonnance sur requête non contradictoire, rétractée pour partie sur recours par le juge des référés, voir, quant à l'aspect procédural, Pierre Schleimer, op. cit. sous note de bas de page n° 63 et Patrick Geortay, Bulletin Droit et Banque n° 57, p. 65, note 21.
- 5 Pierre Schleimer n° 31 *in fine*.
- 6 Pierre Schleimer n° 32.
- 7 Ordonnance publiée au Journal des Tribunaux Luxembourg, 2010, page 41, commentée par Nicolas Thielgen, *Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois* (avril 2009 – mars 2010, Bulletin Droit et Banque n° 46, page 52). Arrêt publié au Journal des Tribunaux Luxembourg, 2011, page 33, commenté par Nicolas Thielgen, *Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois*, Bulletin Droit et Banque n° 48, page 71.

pour les Etats membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle a posteriori que les tribunaux peuvent exercer en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes » et que « *ce contrôle devrait permettre aux autorités judiciaires de vérifier que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales* ».

3. C'est précisément pour ces motifs que l'ordonnance fut réformée par l'arrêt de la Cour d'appel du 3 novembre 2010. La Cour prend exactement le contrepied de l'argument que le juge des référés avait tiré du considérant (17) de la directive, constatant que ce considérant ne réserve le contrôle qu'*a posteriori* et qu'*« un tel contrôle reste parfaitement réalisable sans l'intervention du juge des référés ... »*. La Cour se réfère également aux travaux parlementaires de la loi du 5 août 2005 où l'exposé des motifs déclare que cette loi a « *le caractère d'une loi de police et l'ambition de mettre les contrats de prise de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause* » et « *d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité ...* ». Aussi la Cour réforme-t-elle l'ordonnance en disant que l'exécution des contrats de garantie financière « *ne saurait être interrompue* » et que « *a fortiori, elle ne saurait être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà enregistrées* »⁸.

Ordonnance de référé du 15 juillet 2015⁹ :

4. Cette ordonnance rejette la demande en suspension des effets de la réalisation du gage sur base des articles 933, alinéa 1^{er} et 932, alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile. Cependant, tout en citant l'arrêt précité de la Cour du 3 novembre 2010, l'ordonnance estime que « *le juge des référés reste ... toujours compétent pour faire cesser une voie de fait, c'est-à-dire un acte illégal portant préjudice à autrui, et prescrire des mesures conservatoires soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* » et que « *la régularité de la réalisation des gages est dès lors à apprécier par rapport aux clauses des contrats de nantissement signés entre parties* ». Aussi l'ordonnance procède-t-elle à un examen détaillé des clauses du contrat de nantissement et de deux rapports d'experts sur la question de savoir si la condition du « *bris du levier financier réel* » qui avait été invoquée par les créanciers gagistes était remplie, pour conclure « *qu'une analyse sommaire des pièces par le juge des référés permet ... de retenir que la réalisation*

des nantissements est dès lors intervenue dans des conditions apparentes de régularité conformes à la convention des parties et aux dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière ». C'est sur cette base que le juge des référés estime que l'attitude des parties défenderesses n'est pas constitutive d'une voie de fait ni d'un trouble manifestement illicite et que « *l'urgence ne résulte pas objectivement et concrètement des faits de la cause, alors que ... la partie demanderesse ne spécifie pas de manière concrète quel est le préjudice certain qu'elle ne manquerait pas d'encourir en attendant de voir toiser le litige au fond* ».

II. Constat de la contrariété entre ces décisions :

5. On aura constaté la persistance d'une approche diamétralement opposée entre ces trois décisions du juge des référés et le seul arrêt de la Cour d'appel qui se soit prononcé jusqu'à présent sur l'admissibilité de mesures conservatoires affectant la réalisation du gage.

Bien qu'avec un résultat différent – puisque les deux ordonnances de 2009 accordent les mesures d'intervention demandées au juge des référés alors que l'ordonnance de 2015 les rejette – mais sur les mêmes bases reconnaissant la recevabilité des demandes de suspension, les juges du référé affirment leur pouvoir. La Cour d'appel, en revanche, par son arrêt du 3 novembre 2010, refuse au juge des référés une intervention telle que la suspension de la réalisation du gage, réservant le contrôle au juge du fond après la réalisation du gage. La Cour se prononce également sur les moyens de ce contrôle, disant que, dans le cas de l'espèce, « *un contrôle a posteriori, dans le cadre d'une question en responsabilité, reste parfaitement réalisable sans l'intervention du juge des référés au stade actuel de la procédure* ».

6. Dans son commentaire sous le titre « *Observations – Les contrats de garantie financière et le juge des référés, une incompatibilité d'humeur ?* »¹⁰, Patrick Geortay, après avoir examiné les positions prises jusqu'à présent par la doctrine, arrive, après comparaison entre ces positions, à la conclusion que la « *position jurisprudentielle* » semble devoir être approuvée, cette position étant donc celle de l'ordonnance du 15 juillet 2015, en contrariété pourtant avec l'arrêt de la Cour d'appel du 3 novembre 2010.

Que faut-il en penser ?

⁸ Il semble que cet arrêt n'ait pas été soumis au contrôle de la Cour de cassation.

⁹ Ordonnance publiée dans Bulletin Droit et Banque n° 57, page 55 et commentée au même Bulletin par Patrick Geortay, pages 63 et suivantes.

¹⁰ Bulletin Droit et Banque n° 57.

III. Examen des termes de la directive et de la loi de transposition :

7. L'article 4 de la directive impose, à son paragraphe premier, aux Etats membres de veiller « à ce que, dans les conditions entraînant l'exécution de la garantie, le preneur de la garantie puisse réaliser d'une des manières décrites ci-après ... toute garantie financière fournie en vertu d'un contrat de garantie financière avec constitution de sûretés et conformément aux stipulations de celui-ci ». La réalisation, ainsi assurée par la directive, doit pouvoir se faire, selon l'alinéa a) de ce paragraphe, par voie de vente ou d'appropriation des instruments financiers.

8. Quant à l'appropriation, le paragraphe 2 précise qu'elle doit avoir été convenue par les parties qui doivent, dans leur contrat, déterminer l'évaluation des instruments financiers. Le paragraphe 3 prévoit, quant à l'appropriation, une disposition transitoire pour les Etats membres qui jusqu'au 27 juin 2005 n'autorisaient pas l'appropriation : ces Etats membres ne sont pas obligés de reconnaître la faculté d'appropriation, mais doivent en informer la Commission qui informe à son tour les autres Etats membres.

9. Le paragraphe 4. en ses alinéas a) à d) définit les moyens à mettre en place pour assurer la réalisation de la garantie financière : à moins de disposition contraire dans le contrat.

- l'intention de réaliser la garantie n'a pas à être notifiée préalablement ;
- les conditions de la réalisation ne doivent pas être approuvées par un tribunal ou une autre institution ;
- la réalisation de la garantie par la vente peut se faire sous toute forme prescrite par le contrat et non seulement par enchères publiques ;
- l'exigence d'un délai supplémentaire est exclue.

Ces quatre moyens : absence de notification préalable, exclusion d'une autorisation par une instance, vente sans passer par des enchères, exclusion de tout délai supplémentaire, sont censés permettre la réalisation voulue par le paragraphe premier de l'article 4.

10. Le considérant (17) de la directive ne fait qu'annoncer ces dispositions et les justifie par l'objectif essentiel de la stabilité financière et de la limitation des effets de contagion en cas de défaillance d'une partie. En quelque sorte pour rassurer, ce considérant ajoute que la directive concilie ces objectifs avec la protection du constituant de la garantie et des tiers en confirmant expressément la possibilité pour les Etats membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un

contrôle, que ce considérant qualifie d'« *a posteriori* », et que les tribunaux peuvent exercer en ce qui concerne « la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes », ce contrôle devant permettre aux autorités judiciaires « de vérifier que la réalisation, ou l'évaluation, a été effectuée dans des conditions commerciales normales ».

11. Le commentateur¹¹ de l'ordonnance du 15 juillet 2015 dénonce une prétendue faiblesse dans l'argument tiré par la Cour d'appel du considérant (17) de la directive, citant notamment la jurisprudence communautaire selon laquelle seul le corps même de la directive bénéficie de la force obligatoire. En réalité, le considérant (17) ne fait qu'expliquer les objectifs de la directive qui, elle, dans les passages cités ci-dessus de l'article 4, énonce, en les énumérant, les dispositions prises dans son « *corps* » pour assurer, non seulement dans les faits mais également dans le temps, la réalisation des garanties financières.

12. De même, lorsqu'il parle d'un examen *a posteriori*, le considérant (17) ne fait qu'annoncer et expliciter le paragraphe 6 de l'article 4 de la directive qui déclare que les dispositions de cet article ne préjugent pas d'une obligation imposée par le droit national de procéder à la réalisation ou à l'évaluation des instruments financiers donnés en garantie et au calcul des obligations financières couvertes.

L'examen attentif de ce paragraphe 6 permet en effet de constater que le critère *a posteriori*, selon le terme employé par le considérant (17), résulte, là encore, de la directive elle-même. Les termes de ce paragraphe 6 visent clairement la seule réalisation des biens donnés en garantie. Ce qu'ils prévoient en effet c'est la réserve reconnue à la loi nationale de vérifier l'observation de « *conditions commerciales normales* » dans la manière « de procéder à la réalisation », visant ainsi la vente, l'appropriation et la compensation – déjà réalisées dans la pratique en l'absence d'une mise en demeure préalable et sans enchères. L'appropriation en particulier n'est à vérifier qu'au vu de l'« évaluation des instruments financiers » donnés en garantie au regard du « calcul des obligations financières couvertes », le tout devant, selon l'article 4, paragraphe 2, être « convenu par les parties dans le contrat de garanties financières ... ».

13. Le commentateur invoque également¹², avec, à l'appui, l'autorité de Pierre Pescatore¹³ et en se référant à une « *relecture moderne* » de la thèse de Pescatore par Pierre Hurt, la faiblesse, par rapport

11 Patrick Geortay, Bulletin Droit et Banque n° 57, op. cit. page 65.

12 Op. cit. note 17.

13 Notamment dans « *Introduction à la science du droit* », 1960, mise à jour 1978, Bruxelles Bruylant, avec une deuxième réimpression par Uni.lu. n° 224, page 327.

au texte de la loi, des travaux parlementaires invoqués par l'arrêt du 3 novembre 2010 et notamment du passage du projet de loi¹⁴ qui affirme que la loi a pour but « *de rendre le contrat de garanties financières inattaquable* ». Or, cette « *relecture* » de P. Hurt¹⁵ et l'arrêt de la Cour administrative du 7 juin 2012¹⁶ qu'il commente abondamment, marquent précisément un véritable revirement par rapport à ce qu'il était convenu d'appeler la théorie « *du sens clair des lois* » suivant laquelle le juge ne procède à l'interprétation d'un texte légal que dans la mesure où il ne serait pas par lui-même clair et précis. Et ce revirement de jurisprudence a notamment pour objet d'écarter dorénavant la thèse de la doctrine et la jurisprudence antérieure. Selon l'arrêt de la Cour du 7 juin 2012, « *un texte de loi tend, par nature, à exprimer la volonté du législateur qu'il faut scruter en ayant égard à sa genèse et éviter de trahir sous prétexte de sa clarté linguistique. Ainsi, la signification première du texte peut se révéler trop large ou trop restreinte par rapport à la véritable intention du législateur* ». Or la volonté du législateur s'est exprimée avec la plus grande force par le projet de loi précité et par le Conseil d'Etat (doc. parl. 5231³, page 7).

Mais de plus, ce n'est pas seulement le projet de la loi qui déclare que tel est le but de la loi : c'est la loi elle-même en son article 11 qui transpose le paragraphe 4 de l'article 4 de la directive. L'article 11 reproduit en effet, à l'ingrès de son paragraphe (1), la non-nécessité d'une mise en demeure, sub (1) e) la faculté d'appropriation, sub (1) b) la non-exigence de vente aux enchères, et, au paragraphe (3), lorsque le gage est tenu auprès d'un tiers, la remise des instruments financiers sur « *simple déclaration* » par le créancier gagiste « *de la survenue d'un fait entraînant l'exécution de la garantie* ».

14. Le paragraphe 6 de l'article 4 de la directive prévoit la réserve d'une « *obligation imposée par le droit national* », et le considérant (17) explique que cette possibilité permet aux Etats membres « *de conserver ou d'introduire* » dans leur législation nationale ce contrôle qu'il qualifie d'*a posteriori*.

Le paragraphe 6 et le considérant (17) ont été diversement interprétés.

15. L'ordonnance du 4 décembre 2009 a compris le considérant (17) comme autorisant précisément le juge des référés à procéder à ce contrôle, estimant qu'il s'agit d'un contrôle *a posteriori*.

Pierre Schleimer, dans son interprétation des termes « *a posteriori* »¹⁷, constate que le contrôle *a*

posteriori permis selon le considérant (17) ne pouvait intervenir (« *suivant notre lecture* » dit l'auteur) qu'une fois la réalisation parfaite, argument tiré notamment de la dernière phrase du considérant qui se réfère à un contrôle judiciaire en vue de vérifier une réalisation qui « *a été effectuée* ». L'auteur estime qu'il « *paraît en tout cas difficile d'en tirer la déduction que l'on pourrait lire dans la motivation de l'ordonnance – s'agissant de celle du 19 mars 2009 –, que la directive constitue une base positive justifiant des mesures judiciaires a priori pour, en quelque sorte, servir de préparation à celles qui porteront contrôle a posteriori des conditions de la réalisation* ».

Nous avons constaté que la Cour d'appel a réformé cette ordonnance pour des raisons exactement opposées, entre autres, du même considérant (17).

IV. Peut-on, et doit-on le cas échéant, faire appel au législateur pour une clarification supplémentaire ?

16. Dans un article publié dans ACE n° 9 de novembre 2010, Daniel Boone et David Maria dénoncent¹⁸ « *le clair et l'obscur de la loi sur les garanties financières* »¹⁹. Croyant constater « *les carences* » de la loi, les auteurs s'interrogent sur ce qu'il faut entendre précisément par « *conditions commerciales normales* », notion qui figure au paragraphe 6 de l'article 4 de la directive, et qui est repris à l'article 11 (1) b) de la loi.

Les mêmes auteurs s'inquiètent de ce que le législateur luxembourgeois n'aurait pas « *pris à son compte une option ouverte par la directive garantie financière, à savoir la possibilité de ne permettre qu'un contrôle a posteriori de la réalisation des garanties financières* » (op. cit. page 20) citant à titre d'exemple l'article 8 de la loi belge du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières.

Un autre auteur invoque une prétendue carence législative de plus – s'agissant de l'interdiction d'une exigence d'approbation de la réalisation du gage « *par un tribunal, un officier public ou ministériel ou une autre personne* » – : il estime qu'« *en l'absence de transposition en droit luxembourgeois, la portée juridique de l'article 4 (4) (b) de la directive est incertaine* »²⁰. Et il cite à son tour la loi belge.

18 Page 5.

19 Page 6.

20 Graas, op. cit. page 85. Quant au considérant (17), Graas (op. cit. page 84) va encore plus loin lorsqu'il s'oppose à déduire du considérant (17) de la directive, en ce qu'il prévoit le contrôle *a posteriori*, une exclusion d'un contrôle *a priori*, considérant qu'un raisonnement *a contrario* serait exclu, le considérant étant purement permissif. Le même auteur se réfère d'ailleurs à une « *absence de transposition du considérant* ».

14 Doc. parl. 5251, pages 20 et 21.

15 Journal des Tribunaux, Luxembourg, n° 27 du 5 juin 2013.

16 C. adm. 7 juin 2012, n° 29650 C, JTL 2013 n° 27, page 84, pourtant citée par p. Geortay en sa note 17 précitée.

17 op. cit. n° 33, page 16.

17. Effectivement, la loi belge relative aux sûretés financières du 15 décembre 2004 prévoit à son article 8, tant pour la réalisation (paragraphe 1^{er}) que pour l'appropriation (paragraphe 2) et à l'article 9, pour la compensation en cas de gages constitués sur des espèces, que ces opérations s'effectuent « sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable » ajoutant au paragraphe 3 de l'article 8 et au paragraphe 2 de l'article 9 que ces opérations ne portent pas préjudice à la possibilité pour les cours et tribunaux de « contrôler ultérieurement » les conditions de réalisation des instruments financiers donnés en gage ou l'évaluation de ces instruments ou du montant de la créance garanti. Le législateur belge a ainsi voulu marquer expressément l'idée, telle qu'annoncée dans le considérant (17), que l'intervention judiciaire ne peut intervenir qu'*a posteriori*.

18. Or il n'est pas certain que ces textes ne permettraient à l'autorité judiciaire d'intervenir que sur le fond et qu'ils écarteraient dans tous les cas l'intervention d'un juge des référés. Si, par exemple, à la suite d'une appropriation déjà faite, le juge des référés acceptait une mesure tendant à l'institution d'un séquestre sur des actions, s'agirait-il d'une intervention « ultérieure » ? On note d'ailleurs que le législateur belge, pas plus que le législateur luxembourgeois, n'a voulu intervenir dans l'organisation judiciaire par une exclusion de la juridiction du référé.

19. Le législateur luxembourgeois a estimé, à juste titre nous semble-t-il, que l'article 4, paragraphe 4, sub (b) ne nécessitait pas une transposition expresse dans la loi pour exclure une exigence, celle d'une autorisation préalable, que le droit commun luxembourgeois ne connaît pas pour le gage en général.

20. De même, si la loi du 5 août 2005 n'a pas, par une disposition expresse, prévu un contrôle judiciaire *a posteriori*, tel que le prévoient le considérant (17) et le paragraphe 6 de l'article 4, c'est que les dispositions du droit commun concernant la responsabilité contractuelle et le cas échéant délictuelle prévoient la réparation d'un préjudice tel qu'éventuellement subi par le fait que la réalisation de la garantie et l'appropriation ne seraient pas intervenues dans des « conditions commerciales normales ». Dans son arrêt du 3 novembre 2010, la Cour rappelle qu'un « contrôle *a posteriori*, dans le cadre d'une action en responsabilité, reste parfaitement réalisable et ce, dans le cas de l'espèce, sans l'intervention du juge des référés au stade actuel de la procédure ».

21. D'ailleurs, lorsque les auteurs expriment ensuite le souhait que le législateur luxembourgeois « vienne consacrer ce principe de contrôle judi-

ciaire *a posteriori* », ils s'interrogent aussitôt²¹ sur, ce qu'il convient alors d'entendre par « contrôle judiciaire *a posteriori* » en posant la question : « ce contrôle ne peut-il être qu'un contrôle au fond ou peut-il également s'entendre de mesure d'urgence obtenue par voie de requête ou de référé ? »

22. Une intervention du législateur sera délicate dans la mesure où, pour assurer, comme le souhaitent les auteurs, le seul contrôle *a posteriori* et exclure un contrôle *a priori*, il pourrait être appelé à intervenir, à propos d'une loi aussi spéciale que celle sur les contrats de garantie financière, par une exception à l'organisation judiciaire, si cette mesure visait à exclure, par exception, la compétence du juge des référés telle qu'elle est, de façon générale, régie par le Nouveau Code de procédure civile et ses articles 932 et 933. Une telle intervention du législateur ne manquerait pas d'attirer la critique – semblerait-il justifiée – du Conseil d'Etat.

23. La question s'est posée en doctrine de savoir si, outre la sanction par l'action en responsabilité, une action en nullité est possible. La Cour ne s'est pas prononcée à ce sujet, mais il serait téméraire de conclure de son arrêt, où la question ne se posait pas, qu'elle aurait, en affirmant la possibilité d'une action en responsabilité, exclu une action en annulation²².

24. Pour l'ensemble de ces raisons, nous croyons qu'une modification de la loi pour remédier à son prétendu « clair obscur », ou à de prétendues carences de transposition de la directive, n'est ni nécessaire ni réellement utile.

V. Quelle latitude la directive et la loi réservent-elles au juge des référés ?

25. Il résulte de nos examens que la directive et la loi ne laissent, dans des conditions normales, pas place à une intervention du juge du provisoire et de l'urgence pour procéder, par une mesure de suspension de la réalisation, à une mise en question de l'exécution du contrat de garantie financière.

26. C'est cependant ce qu'ont fait les ordonnances de référé examinées plus haut. L'ordonnance du 4 décembre 2009 avait ordonné la suspension de la réalisation du gage au motif que le prêt qui en avait été l'objet comportait des clauses illicites notamment par rapport à la législation relative à la protection juridique du consommateur. L'ordonnance du 15 juillet 2015 – bien qu'elle refuse la demande de suspension – procède, fût-ce par une prétendue « analyse sommaire des pièces », sous prétexte de contrôler si la réalisation du nantissement par

21 Boone et Maria, op. cit. page 20 *in fine* du chapitre A.

22 En faveur de l'admission, une action en annulation, voir Graas, op. cit. page 86 et autres auteurs y cités.

l'appropriation est « conforme à la convention des parties » à la vérification d'un « bris du levier financier réel » au niveau du prêt, en se fondant sur un « audit financier », pour constater ensuite que, dans le cas de l'espèce, cette condition de réalisation était remplie. Quoiqu'elle dise, en parlant d'une « analyse sommaire des pièces » et de « conditions apparentes de régularité », l'ordonnance est allée très loin vers le fond de l'affaire. L'appréciation ne portait pas en effet sur le mode de réalisation du gage « dans des conditions commerciales normales » au sens du paragraphe 6 de l'article 4 de la directive, mais sur la question de savoir si les conditions requises par le contrat pour l'invocation de la garantie financière étaient remplies.

Avec le respect que nous devons au savant commentateur de cette dernière ordonnance, nous ne pouvons nous rallier à sa conclusion, lorsqu'il estime²³ que « la position jurisprudentielle – s'agissant de celle de cette ordonnance – (lui) semble devoir être approuvée ».

27. Lorsque, dans la quatrième partie de son article, l'auteur examine de manière plus générale le « référé à l'aune de la loi de 2005 », il restreint sévèrement la mesure dans laquelle il juge admissible l'intervention du juge des référés, rappelant que le référé est « le siège de l'apparence, de l'évident et de l'incontestable »²⁴, pour constater qu'une telle juridiction « ne s'étendra donc pas à la résolution de questions de fond épineuses en droit ou en fait. Dans pareil cas, » – dit-il – « le juge n'aura d'autre ressource que d'inviter les parties demanderesse à se pourvoir devant la juridiction compétente. » Or, nous venons de le constater, dans les deux espèces examinées, le juge des référés a précisément cru devoir résoudre de telles questions de fond. Dans la première de ces décisions, le juge des référés s'était prononcé, en droit, sur l'incompatibilité du contrat avec la protection juridique du consommateur, tandis que dans le deuxième cas, il avait examiné, en fait, la question financièrement difficile de savoir si les conditions, au niveau du prêt, justifiaient la réalisation du gage.

28. L'auteur complète son examen des limites de l'intervention du juge des référés au point de vue du référé sauvegarde²⁵ en disant « qu'il faudra être confronté à des hypothèses tout à fait singulières, voire exceptionnelles, pour être à même de tenter d'arrêter une réalisation du gage sous la loi de 2005 » ajoutant que « dans la vaste majorité des cas, l'évidence des droits – qu'ils soient prétendument méconnus ou exercés – et l'apparence du bon droit seront dans le camp du créancier gagiste, pas dans celui du constituant », constatant, à propos de

la condition d'un « trouble manifestement illicite », que « la démonstration n'en resterait pas moins extrêmement malaisée » car, dit-il, cela « impliquera en règle de trancher des questions complexes de droit et de fait, ce qui n'est pas la vocation du juge des référés ».

29. Quant à l'existence d'une contestation sérieuse, l'auteur relève²⁶ « qu'en présence d'un gage qui paraît avoir été valablement constitué, l'on voit mal comment une demande de paralysie de sa réalisation, fût-elle temporaire, ne se heurtera à aucune contestation sérieuse de la part du créancier gagiste, titulaire par hypothèse du droit de réalisation ». Et, à cet égard, l'auteur rappelle l'arrêt de la Cour d'appel du 3 novembre 2010 selon lequel une demande de paralysie d'une réalisation par voie d'un référé urgence ne saurait porter sur « des opérations déjà enregistrées », c'est-à-dire « à une époque où la réalisation a été définitivement accomplie ». Et, à ce titre, l'auteur estime que les demandes visant « à détricoter rétroactivement une réalisation s'analysant en un acte unilatéral à effet instantané, et consommé, devront en principe être écartées pour cette seule raison ».

On ne peut que souscrire à cette conclusion.

30. De notre côté nous reconnaissons que, au regard du paragraphe 6 de l'article 4 de la directive, le législateur n'a pas introduit de nouvelles dispositions sur le plan judiciaire, s'en tenant, comme la Cour l'a constaté, au droit commun de la responsabilité. Il n'y a donc pas, à vrai dire, d'incompétence du juge des référés, ni, par conséquent, exclusion positive des articles 932 et 933 du Nouveau code de procédure civile.

Aussi peut-on concevoir des cas – tels que qualifiés plus haut d'« hypothèses tout à fait singulières, voire exceptionnelles » – où le juge des référés pourrait se trouver en présence d'une voie de fait évidente ou d'un trouble manifeste. Tel pourrait, par exemple, être le cas d'une réalisation par vente privée en présence d'un contrat prescrivant la vente aux enchères, ou encore l'absence de mise en demeure dans un cas où le contrat, nonobstant la permission ouverte par la loi, exige une mise en demeure préalable, ou encore le cas d'une appropriation devant un contrat qui ne le prévoit pas.

Conclusion

31. L'« incompatibilité d'humeur » relevée dans le titre de l'article paru au n° 57 du Bulletin Droit et Banque entre les contrats de garantie financière et le juge des référés, est en réalité l'incompatibilité entre les ordonnances de référé et l'arrêt de la Cour, et nous estimons que la « position jurisprudentielle » à suivre est celle de l'arrêt de la Cour

23 Bulletin Droit et Banque n° 57, page 65, 1ère colonne.

24 Ibidem, page 66, sub 4 in fine.

25 Ibidem sub 4.2.

26 Ibidem sub 4.3.

d'appel du 3 novembre 2010 et non celles des ordonnances de référé de 2009 et de 2015.

L'intervention du juge des référés, telle qu'exprimée dans les ordonnances, fait que, comme le constate le commentateur²⁷, « *tout sera affaire d'espèce* ». Or l'objectif poursuivi par le législateur communautaire et la loi nationale ne doit pas être compromis à chaque occasion par l'intervention du juge, quelque bien intentionnée qu'elle soit et quelque effort qu'elle consacre aux cas qui lui

sont soumis. Seule une position ferme de la jurisprudence, garantissant la réalisation sans tergiversations de la garantie financière, assure la sécurité juridique sur la place financière, et ce sans en compromettre l'examen ultérieur. Il y va non seulement du bien des prêteurs bénéficiaires de garanties financières, mais également de celui des emprunteurs de bonne foi constituants du gage.

Luxembourg, le 27 avril 2016

27 Bulletin Droit et Banque op. cit., page 65, 1^{ère} colonne.

2016 © ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE DROIT BANCAIRE A.S.B.L.

WWW.ALJB.LU

B.P. 13, L-2010 LUXEMBOURG

C.C.P.L. IBAN LU19 1111 0754 4576 0000