BULLETIN DROIT & BANQUE

ECLAIRAGE

- **Le « compte fiduciaire »**
  Philippe Bourin

ARTICLES DE FOND

- **Rétrospective sur la jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour de cassation concernant la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières**
  André Elvinger
- **The Luxembourg RBO Law one year on: some key questions are still pending**
  Katrien Veranneman et Emmanuelle Brunel
- **Tokenised securities in Luxembourg: concept and legal considerations to be taken into account upon an issuance**
  Karl Pardaens et Benoît Nerriec
- **Cloud outsourcing by insurance and reinsurance undertakings – what is body and what is soul?**
  Udo Prinz et Vlad Ungureanu

JURISPRUDENCE

- **Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière – contrat de gage – intervention du juge des référés – mesures de suspension d'effet de la réalisation (non)**
  Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg (7e chambre) du 22 juillet 2020

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

- **Chronique de jurisprudence de droit bancaire et financier européen**
  Philippe-Emmanuel Partsch

EXTRAIT 67

2020 © Association Luxembourgeoise des Juristes de Droit Bancaire a.s.b.l.

Conseil d'administration de l'ALJB

Philippe **Bourin**, CA Indosuez Wealth (Europe) (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**, Bank Julius Baer Europe S.A.

Philippe **Dupont**, Arendt & Medernach

André **Hoffmann,** Elvinger Hoss Prussen

Nicki **Kayser**, Linklaters LLP, Luxembourg

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

Morton **Mey**, POST Finance

Elisabeth **Omes**, Elvinger Hoss Prussen

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

Peter **Vermeulen**, Groupe Foyer

Henri **Wagner**, Allen & Overy SCS

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 N° 67, ALJB, 2020”).

Les articles sont publiés sous la seule responsabilité de leurs auteurs.

BULLETIN

DROIT & BANQUE

N° 67

Décembre 2020

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 Kesseler
CSSF
claude.kesseler@cssf.lu

Elisabeth Omes
Elvinger Hoss Prussen
elisabethomes@elvingerhoss.lu

Henri Wagner
Allen & Overy SCS
henri.wagner@allenovery.com

Secrétariat, Inscriptions:

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

Rétrospective sur la jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour de cassation concernant la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières

André Elvinger
Avocat à la Cour
Elvinger Hoss Prussen

1. Dans un article publié au *Bulletin Droit & Banque* n° 58, sous le titre « *La loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières : compétence du juge des référés et admissibilité de son intervention* »[1], l'auteur du présent article avait, à la suite de différentes ordonnances de référé intervenues sur des litiges concernant les contrats de garanties financières, examiné la portée de l'arrêt de la Cour d'appel du 3 novembre 2010[2].

Après plusieurs arrêts ultérieurs de la Cour d'appel et un arrêt de la Cour de cassation, le moment semble venu de faire l'inventaire de l'ensemble de ces arrêts et de tenter d'en dégager une conclusion[3].

L'arrêt de la Cour d'appel du 3 novembre 2010, ci-après « *l'arrêt de 2010* » :

2. Cet arrêt avait été commenté à suffisance dans l'article ci-dessus. La Cour avait pris une position ferme en assurant sans tergiversation la réalisation des garanties financières et ce faisant, conformément à ce qu'a voulu le législateur, la sécurité juridique, en accord avec l'objectif de la directive dont la loi du 5 août 2005 est la transposition.

L'arrêt « *Pillar* »[4] :

3. Certains avaient vu un fléchissement par rapport à l'arrêt de 2010 dans un arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2017[5] dans une affaire « *Pillar* ». Il est vrai que, dans sa motivation, cet arrêt, rappelant le caractère accessoire du gage par rapport à la créance, dit que le gage « *présuppose en principe l'exigibilité de la créance* ». Or, estime la Cour, dans le cas de l'espèce, « *la créance garantie n'a été rendue conventionnellement exigible par la déchéance du terme qu'en vertu du comportement du créancier* », comportement qualifié d'abusif, de sorte que « *la perte rétroactive du caractère exigible de la créance ôte toute régularité au recours par le créancier au gage consenti* », ce dont il découlait « *que les parties sont à remettre dans la situation qui était la leur avant la déchéance du terme provoquée par le créancier* ».

La Cour avait noté que, en l'espèce, après un premier contrat de prêt non gagé, un nouveau contrat de prêt comportant le gage avait fait l'objet d'une résolution du contrat de prêt en raison de la survenance d'une condition résolutoire et que cette résolution du contrat avait, « *quarante-sept minutes plus tard* », activé le gage par voie d'appropriation de l'actif gagé.

La sanction de l'abus de droit ou de la fraude par le créancier portait, dans le cas de l'espèce, sur une opération complexe : conclusion d'un contrat de garantie financière en remplacement d'un contrat de prêt antérieur non gagé ; exercice d'une condition résolutoire dépendant du seul créancier, avec déchéance du terme ; et réalisation du gage par appropriation.

4. L'arrêt *Pillar* pouvait paraître trancher une question sur laquelle l'arrêt de 2010 ne s'était pas prononcée, du moins expressément : celle de l'admissibilité d'une annulation d'une réalisation du gage pour cause d'abus de droit ou fraude, avec l'ordre au créancier de restituer au débiteur l'objet du gage, et donc une réparation en nature et non seulement par équivalent sous forme de dommages-intérêts.

1 *Bulletin Droit & Banque*, n°58, juin 2016, p.13.
2 C.A., 3 novembre 2010, *JTL*, 2011, p.33 ; commenté par N. Thieltgen, « Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois », *Bulletin Droit & Banque*, n°48, p.71.
3 Compte tenu de l'objet du présent article et de ses limites, cette rétrospective n'a pas à aborder les effets éventuels d'une saisie pénale sur les contrats de garanties financières.
4 On voudra bien pardonner à l'auteur de céder, comme les journaux, à la manie des titres en désignant chaque affaire par un titre significatif, évitant ainsi la liste des noms des parties truffés d'abréviations.
5 C.A., 12 juillet 2019, n°132/17 IV Com confirmatif d'un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 10 juillet 2013, *JTL*, n°60, 2018, p.178.

Pour rappel, dans notre article publié au *Bulletin Droit & Banque* n° 58, sub. 23, nous nous étions, à ce sujet, exprimé comme suit :

« 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 (s'agissant de l'arrêt du 3 novembre 2010) *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 annulation. »*

Nous nous étions ainsi référés au passage de l'arrêt du 3 novembre 2010 où la Cour rappelait qu'un « *contrôle a posteriori dans le cadre d'une action en responsabilité, reste parfaitement réalisable »*. Nous avions ainsi estimé qu'il aurait été « *téméraire* » de conclure, de la référence par la Cour à une action en responsabilité, *a contrario*, à l'exclusion de toute autre action.

En réalité, la sanction de la fraude par l'arrêt Pillar ne porte pas sur la réalisation du gage, mais sur l'évènement qui a déclenché cette réalisation, en l'occurrence l'échéance du terme du prêt et donc le prêt gagé en lui-même. Ce faisant, l'arrêt n'a pas, semble-t-il, mis en question la volonté du législateur de mettre les contrats de garantie financière « à l'abri d'une possible remise en cause », comme se sont exprimés les travaux parlementaires, rappelés par l'arrêt 2010.

L'arrêt *Pillar* est le seul arrêt à avoir subi jusqu'ici l'épreuve de la cassation, précisément sur ce point.

L'arrêt de la Cour de cassation du 14 février 2019 sur l'affaire *Pillar*[6] :

5. Rejetant les autres moyens comme irrecevables ou comme relevant de la souveraine appréciation des gages du fond, la Cour de cassation[7] rejette comme non fondé le cinquième moyen, en sa troisième branche, dans les termes suivants :

« Attendu que le droit conféré par l'article 11, alinéa 1, de la loi du 5 août 2005[8] *sur les contrats de garanties financières au créancier gagiste de s'approprier, en vertu de la convention entre parties, les avoirs gagés en cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie, ne s'oppose pas à ce que le juge, au cas où ce fait procède, comme en l'espèce, d'un abus de droit ou d'une fraude, mette fin à l'appropriation en ordonnant la restitution des avoirs appropriés ;*

Attendu que les juges d'appel, en ordonnant la restitution en actions suite à l'abus de droit commis par la société Pillar Securitisation, n'ont partant pas violé les dispositions visées au moyen ;

Qu'il en suit qu'en sa troisième branche, le moyen n'est pas fondé ».

Ainsi, la Cour de cassation, sans toucher au caractère *a posteriori* de l'intervention du juge, qu'elle rappelle en permettant que le juge « *mette fin à l'appropriation* », consacre l'admissibilité, en cas d'abus de droit ou de fraude, de l'annulation du gage.

6. L'arrêt de la Cour de cassation ne s'exprime toutefois pas en termes généraux sur l'admissibilité d'une annulation : l'arrêt vise la fraude commise par « *un fait entraînant l'exécution de la garantie* », en l'espèce, le fait de rendre exigible la créance, et non, semble-t-il, l'exécution de la garantie en tant que telle, en d'autres termes l'évènement, au sens de l'article 6 (1) de la loi, déclencheur de la réalisation du gage, et non cette réalisation elle-même, en l'espèce l'appropriation.

De plus, on peut se demander si la Cour de cassation aurait jugé dans le même sens si la réalisation avait été exercée par une vente de gré à gré mais à des conditions jugées non commerciales. La situation n'est pas la même ni en fait, ni en droit. La vente de gré à gré affecte des tiers, les acheteurs, auxquels l'annulation devrait être appliquée et dont l'action, même si c'est à des conditions jugées non commerciales, n'est pas nécessairement constitutive d'une fraude ou un abus de droit. Serait-elle jugée annulable aussi, alors que la réparation par l'obtention de dommages-intérêts pourrait être la sanction adéquate ?

L'arrêt « *Stabilus* » :

7. Les principes énoncés par l'arrêt de 2010 furent réaffirmés par un arrêt du 16 mai 2018[9], dans une affaire « *Stabilus* ». Cette fois, l'action était exercée par le curateur de la faillite qui invoquait en ordre principal la nullité de la réalisation du contrat de gage par vente de gré à gré en vertu des articles 445, 446 et 448 du Code de commerce, en ordre subsi-

6 L'objet du présent article étant de faire l'inventaire de la jurisprudence luxembourgeoise, c'est à titre complémentaire qu'il est fait référence à la remarquable contribution faite par P. Kinsch à la tribune de l'Institut Grand-Ducal, section des sciences morales et politiques, en 2018, publiée au n° XXI des *Actes* de cette section, où il confronte en termes sévères, pp. 177 et suivantes, la loi du 5 août 2005 au droit commun et à ses principes. Il n'est pas exclu que l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire « *Pillar* », intervenu postérieurement à cette communication puisse rassurer l'éminent auteur, au moins pour partie, sur la portée de cette loi et quant aux hésitations qu'il exprime prudemment *in fine* de ce chapitre sur sa constitutionnalité.

7 Cass., 14 février 2019, n° 27/2019, non publié.

8 Il s'agit bien de la loi du 5 août 2005 et non d'une loi du 5 août 2006 comme le dit par erreur la copie de l'arrêt de cassation.

9 C.A., 16 mai 2018, n°63/8 IV Com, *JTL*, 2018, p.172, confirmatif d'un jugement rendu par le tribunal d'arrondissement le 16 novembre 2017.

diaire, la nullité de la réalisation en vertu des dispositions du droit commun pour défaut de prix, et enfin le principe général de droit *fraus omnia* corrumpit.

8. Le tribunal et la Cour ont d'abord rejeté les dispositions tirées de la loi sur la faillite, constatant que l'article 20 (4) de la loi de 2005 rend inapplicables ces dispositions. Quant aux moyens tirés du droit commun, ils furent rejetés comme non applicables à leur tour, la loi de 2005 ayant disposé que les parties décident librement dans leur convention que les avoirs nantis peuvent notamment être vendus de gré à gré et ce à des conditions commerciales normales. Quant au moyen tiré par le curateur d'une fraude, l'arrêt déclare que, dans la loi de 2005, « *le législateur a fait le choix de ne pas sanctionner par la nullité la fraude qui peut entacher des contrats de garanties financières et les contrats d'exécution* » estimant « *opportun de ne sanctionner le caractère frauduleux de ces contrats que par le biais d'une action en responsabilité à exercer contre les auteurs de la fraude* ».

9. L'arrêt « *ajoute* », à l'appui du rejet de l'action en annulation, que le législateur, en matière de faillite, « *a également rendu inapplicable l'article 448 de ce code qui prévoit que les paiements faits en fraude des créanciers sont nuls* », ce dont l'arrêt conclut que l'intention du législateur était partant d'exclure les contrats de garanties financières du droit commun en ce qui concerne la sanction de la fraude pouvant les entacher. Le doute est permis quant à l'argument supplémentaire tiré par la Cour de l'inapplicabilité de l'article 448 du Code de commerce ; en effet, cette disposition vise des actes faits en fraude des créanciers, donc la fraude contre les créanciers et non la fraude du créancier qui reste du domaine du droit commun. En tirer une exclusion générale de l'application de la fraude ou de l'abus de droit paraît donc discutable.

10. Enfin quand à l'action en responsabilité, exercée par le curateur dans l'ordre le plus subsidiaire, la Cour renvoie l'examen de la justification de cette action aux premiers juges.

11. L'arrêt *Stabilus* semble, à première vue, en contradiction avec l'arrêt *Pillar* de la Cour de cassation intervenu dix mois plus tard. Ce du moins en ce que l'arrêt *Stabilus* se prévaut, en termes généraux, de l'exclusion en droit commun d'une annulation pour fraude des contrats de garantie financière. Mais la Cour de cassation se prononce, dans le cas qui lui est soumis, sur une fraude au niveau de l'évènement déclencheur de la réalisation du gage, en l'occurrence l'échéance du terme, non sur cette réalisation elle-même. Par contre, dans l'espèce *Stabilus*, le curateur se prévaut de la fraude commise, non pas au niveau de l'« évènement », évidemment donné par la faillite, mais au niveau de la réalisation du gage elle-même par vente de gré à gré mais, selon le curateur, à vil prix. Une annulation à ce niveau aurait pu être une atteinte à « *la volonté du législateur* » de mettre le contrat de garanties financières « à l'abri d'une mise en cause » de ce contrat.

En d'autres termes, on ne peut, au regard de l'espèce visée par le moyen et de la formule employée par l'arrêt de cassation, affirmer que l'arrêt *Stabilus*, malgré l'usage de motifs trop généraux, aurait encouru la censure de la Cour de cassation.

L'arrêt « *Courtepaille* » :

12. Cet arrêt, en date du 22 janvier 2020[10], confirme à son tour les principes qui furent à la base de l'arrêt de 2010.

13. Son intérêt particulier réside en ce que l'appelant avait fait valoir que la loi du 5 août 2005, quant aux conditions de réalisation du gage, serait allée au-delà de ce que prévoyait sa base, la directive. Celle-ci aurait maintenu la condition de l'exigibilité de la créance garantie, et la latitude des parties prévue quant aux modes de réalisation du gage n'aurait consisté qu'à « *préciser les causes d'une exigibilité anticipée* ». A l'appui de cette thèse, l'appelant avait versé une consultation de M. Dominique Legeay, professeur à l'Université de Paris Descartes.

Selon l'arrêt, le consultant avait fait valoir que le gage ne pourrait être mis en œuvre que si la créance garantie est exigible et que la cause de l'exigibilité ne pouvait être que la défaillance du débiteur. Toute latitude allant plus loin porterait atteinte au caractère accessoire du gage. Le maintien de la condition d'exigibilité ferait que, selon la directive, la convention des parties ne pourrait que « *préciser les causes d'exigibilité anticipée d'un prêt* ». Toujours selon ce consultant, « *même si la directive est d'harmonisation minimum, elle ne peut autoriser la création de garanties totalement nouvelles, dont il n'existe nulle trace de la volonté de les instaurer* ».

14. Cela a amené la Cour à comparer l'article 2.1. I. de la directive avec l'article 6.1. de la loi de 2005. L'article 2.1.I. de la directive définit le « *fait entraînant l'exécution* » comme « *une défaillance ou tout autre évènement similaire convenu entre les parties* », alors que la loi de 2005 le définit comme « *une défaillance ou tout autre évènement convenu entre les parties* », omettant ainsi le terme « *similaire* » par rapport au texte de la directive.

Or, la Cour retient que la directive comportait des exigences « *minimum* » et non le contraire, ce que l'éminent consultant a bien été obligé d'admettre.

10 C.A., 22 janvier 2020, n°6/20 IV Com, *Bulletin Droit & Banque*, n°66.

Ce que la directive imposait c'était une série de dispenses des exigences contenues dans certaines lois des Etats membres pour la réalisation du gage, dont celle de la notification préalable de la réalisation, celle d'approbation de la réalisation par un tribunal ou autre institution, celle de la forme de la réalisation, celle de l'exigence d'un délai supplémentaire et, surtout, celle d'une exigibilité de la créance, cette exigibilité étant remplacée dans la directive par la défaillance ou tout autre évènement similaire convenu entre les parties.

15. Le fait que la directive permet d'aller au-delà, mais non en deçà de ses dispositions est illustré, entre autres, sur l'un des points où elle prévoit une telle dispense, à savoir celle concernant l'exécution du gage par appropriation. Elle réserve aux Etats membres, dont la loi excluait l'appropriation jusqu'au 27 juin 2005, le droit de continuer à maintenir cette exclusion à condition d'en informer la Commission de manière à lui permettre d'en informer les autres Etats membres.

16. La Cour constate que s'il y a différence entre la formule de la directive et celle de la loi, cette différence a été voulue. Entre autres, il résulte des travaux préparatoires que le terme « *similaire* », tel qu'il figure dans la directive, a été supprimé « *afin d'éviter des problèmes d'interprétation de ce terme et de laisser la liberté aux parties de définir les évènements pouvant provoquer la réalisation de la garantie*» [11].

Quant à l'argument tiré du non-respect de la nature du gage en tant que garantie accessoire, la Cour juge que, même si la loi de 2005 « *risque potentiellement d'affecter la nature même du gage en tant que garantie accessoire, il reste qu'elle reflète la volonté affichée du législateur* ».

17. En réalité, ni la loi, ni la directive ne parlent du caractère accessoire du gage qui est une notion tirée par la doctrine de l'article 2071 du Code civil, selon lequel « *le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette* ».

La doctrine a bien admis[12] que le concept « *autre évènement convenu entre parties* » relève d'une « *interprétation autonome* », les parties pouvant « *donc se départir de l'exigence traditionnelle de l'exigibilité de la créance principale* », tout en constatant que cette autonomie reste dans le respect du caractère accessoire du gage en ce que, fondamentalement, la loi de 2005 ne supprime en rien la condition de l'existence même de l'obligation garantie[13].

18. On se rappelle que l'arrêt de la Cour du 3 novembre 2010 avait été critiqué par la doctrine[14] dans la mesure où il semblait s'appuyer de façon excessive sur les travaux préparatoires de la loi et sur les considérants de la directive. Or, on ne peut que rappeler qu'au-delà de ce qui a été dit dans le projet de loi, ce sont les textes mêmes de la loi à l'article 6.1., comparés à la directive à son article 2.1.1, qui déterminent les causes d'une réalisation du gage, la directive visant « *une défaillance ou tout autre évènement similaire convenu entre les parties* » alors que la loi vise « *une défaillance ou tout autre évènement convenu entre les parties* ».

19. Le Luxembourg n'est d'ailleurs pas isolé sur ce point de sa législation puisque, comme le constate l'arrêt de la Cour, la loi belge s'exprime de même dans le sens qu'il s'agit de « *tout défaut de paiement ainsi que tout évènement convenu entre les parties à la convention constitutive de sûretés réelles ou à l'engagement garanti ou prévu par la loi* ».

La Cour a encore pu citer l'arrêt de la Cour de justice du 25 juillet 2018[15] qui rappelle que c'est dans le souci de la « *stabilité du système financier de l'Union Européenne* » que la directive a non seulement limité les formalités administratives prévues par les lois nationales, mais encore afin de « *renforcer la sécurité juridique de ses garanties* » en les soustrayant à certaines dispositions de la législation nationale en matière d'insolvabilité.

On peut d'ailleurs se demander si, même sous les termes de la directive, avec maintien du terme « évènement similaire », les parties n'auraient pas déjà bénéficié de la liberté de définir la similarité de cet autre évènement. A l'appui de cela, l'arrêt cite le texte allemand de ce passage de la directive, qui ne se réfère pas plus que la loi luxembourgeoise à une condition de similarité : « *Verwertungs- bzw. Beendigungsfall ist eine Vertragsverletzung oder jedes Ereignis, das die Vertragsparteien kraft Vereinbarung einer Vertragsverletzung gleichstellen* ».

Dans le cas de l'espèce, ce fait, similaire ou non, consistait, suivant des dispositions extrêmement détaillées du contrat de gage, dans un « *levier financier* » qui fut effectivement invoqué par le bénéficiaire du gage à l'appui de la réalisation.

20. Autre caractéristique importante : l'arrêt « *Courtepaille* » est en conformité avec l'arrêt de cassation *Pillar* en ce qu'il admet la recevabilité de l'action en nullité pour fraude ou abus de droit en examinant, sous le chapitre de nullité, d'un côté, et avec une abondante motivation, sans d'ailleurs se référer à

11 Doc. parl. n°5251, commentaire des articles, p. 14.
12 P. Georgay, *Droit bancaire et financier*, 2014. Recueil de doctrines, vol. III, n°15, p. 1284.
13 Op. cit. n°21.
14 P. Georgay, *Bulletin Droit & Banque*, n°57, voir aussi à ce sujet A. Elvinger, *Bulletin Droit & Banque*, n°58.
15 C-107/17.

l'arrêt de cassation *Pillar* intervenu entretemps, le principe « *fraus omnia corrumpit* »[16], d'un autre côté, l'abus de droit[17], abordant ensuite[18], dans le chapitre « *Quant à la demande subsidiaire tendant à l'allocation de dommages et intérêts* », cette demande, en rejetant, sur le fond, l'ensemble de ces demandes.

21. L'arrêt déclare[19] que l'application de l'adage *fraus omnia corrumpit* « *peut prendre des formules extrêmement diverses (inopposabilité ou nullité d'un acte, dommages-intérêts) afin que l'auteur de la fraude ne puisse tirer avantage de sa fraude* » et que cette application « *n'écarte pas pour autant celles du droit commun, soit aussi par l'inopposabilité de l'acte, cette fois à titre de réparation en nature fondée sur l'article 1382 du Code civil, soit par des dommages-intérêts, soit encore, le cas échéant, par application du régime* réservé *au vice de consentement* ». Cette motivation concernant l'adage *fraus omnia corrumpit* est étendue, dans la partie suivante de l'arrêt, également – *mutatis mutandis* – à la notion de l'abus de droit.

22. Selon le développement de l'arrêt, la prétendue nullité invoquée par les appelants aurait ainsi pu être encourue non seulement pour cause de non-validité de l'« évènement » constitué par le prétendu bris du « *levier financier réel* » mais également par l'intention frauduleuse commise par l'appropriation, donc dans la réalisation du gage elle-même[20].

Cependant, dans les développements consacrés à l'abus de droit[21], l'arrêt déclare que la « *mauvaise valorisation alléguée* » des parts sociales acquises par appropriation n'aurait pas été « *susceptible d'entraîner l'annulation de la réalisation des gages, mais serait tout au plus susceptible d'engager la responsabilité du créancier* ».

23. Sur le plan des faits, il est intéressant de constater combien le tribunal et la Cour ont, dans le cas *Courtepaille*, été astreints à l'examen de données complexes sur le plan économique, telle que celle de vérifier si la condition de réalisation du gage que devait constituer, selon les parties, un bris du « *Levier Financier Réel* », était remplie en fait, avec, en plus, entre autres, celle de départager les parties sur l'applicabilité, en l'espèce, du système comptable « *French GAAP* » ou des « *normes comptables IFRS* » sur lesquelles deux réviseurs parmi les Big Four n'étaient pas d'accord. L'application de « *l'évènement* » convenu entre parties n'était donc pas chose aisée. Le tribunal et la Cour n'ont pas cédé à la facilité d'avoir recours à un troisième expert.

24. <u>Les arrêts de la Cour statuant en appel d'ordonnances de référé</u> :

Rappelons que l'arrêt de 2010 avait réformé une ordonnance de référé qui avait suspendu la réalisation du gage au motif 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.

Plusieurs autres ordonnances ayant été rendues en ce sens, un auteur[22] a parlé d'une « *incompatibilité d'humeur* » entre les juges du référé et la loi du 5 août 2005.

Cette incompatibilité apparente et la crainte d'une fronde de la juridiction de référé ont cependant pris fin, ainsi qu'il résulte des ordonnances qui ont fait l'objet de plusieurs arrêts postérieurs rendus par la Cour en appel de ces ordonnances. Il s'agit des arrêts du 27 janvier 2016[23], du 15 février 2017[24] et tout récemment encore d'un arrêt du 22 juillet 2020[25] que nous désignerons ci-après comme l'arrêt « *Galapagos* ». Chacun de ces arrêts porte sur une ordonnance qui avait déclaré l'action en référé irrecevable sinon mal fondée et qui a été confirmée par la Cour d'appel.

Dans le cas « *Galapagos* », un séquestre avait été nommé par voie d'une ordonnance sur requête unilatérale, ordonnance qui, sur assignation, fut rétractée avec suppression du séquestre. Et c'est cette ordonnance de rétractation qui fut confirmée par la Cour d'appel.

La motivation de cet arrêt confirmatif est à nouveau dans le plus pur sens de l'arrêt de 2010, en rappelant que l'article 20 (4) de la loi du 16 août 2005 sur les garanties financières avait déclaré non applicables aux contrats de garanties financières les dispositions du Code civil et du Code de commerce régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation et autres situations de concours ainsi que les saisies ou autres mesures. L'arrêt rappelle également les travaux préparatoires de la loi de

16 Sub C, pp. 23 et suivantes.
17 Sub D, pp. 26 et suivantes.
18 Sub III, pp. 29 et suivantes.
19 P. 25.
20 P. 24 de l'arrêt.
21 P. 28.
22 P. Geortay, « Observations : Les contrats de garanties financières et le juge des référés, une incompatibilité d'humeur », *Bulletin Droit & Banque*, n°57.
23 Numéros du rôle 42760 et 42971.
24 Numéros du rôle 43925 et 44011.
25 Arrêt n° 114/20 – VII – REF n° 2020-00511 du rôle.

2005 ayant marqué l'intention de donner à cette loi le caractère d'une loi de police avec l'ambition de mettre les contrats de garanties financières à l'abri d'une possible remise en cause. L'arrêt ajoute que ces dispositions n'interdisent certes pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes, mais que « *ce juge ne saurait toutefois prendre des mesures ... qui rendraient inopérantes les dispositions de la loi de 2005* » et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats, rappelant encore l'intention des rédacteurs du projet de loi « *d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents* » et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation.

L'arrêt a encore rejeté l'argumentation des appelants consistant à dire que l'existence d'un contrôle a posteriori impliquerait que le juge des référés serait compétent, dans le cadre d'un tel contrôle a posteriori, pour prendre des mesures paralysant les effets d'une exécution de gages : « *Si l'exécution de contrats de garanties financières ne peut être interrompue, a fortiori, ne saurait-elle être remise en cause par des mesures qui affectent les opérations déjà exécutées* ». En confirmant l'ordonnance de rétractation, l'arrêt « *Galapagos* » déclare aussi que le contrôle a posteriori par l'engagement de la responsabilité ne peut intervenir par le juge des référés au moyen de mesures de séquestre ou de suspension.

A la suite de ces ordonnances et de leur confirmation en appel, il n'est donc plus question d'une incompatibilité d'humeur entre les juges de référé et la loi du 5 août 2005 et la jurisprudence de la Cour.

RÉSUMÉ :

25. En l'état actuel de la jurisprudence, on peut dégager de l'ensemble des arrêts de la Cour d'appel, et du seul arrêt de la Cour de cassation qui s'est prononcé sur le fond du droit, les points fondamentaux suivants :

- **La loi du 5 août 2005 sur les contrats financiers est autonome en ce qu'elle s'impose par rapport tant au droit commun des sûretés qu'aux dispositions concernant la faillite et les insolvabilités.**
- **La directive sur les contrats financiers énonce des règles « *minimum* » et la loi du 5 août 2005 est valablement allée plus loin en ce que, au lieu de la notion de *situation similaire* à la défaillance prévue par la directive, elle a attribué à la liberté des parties la détermination d'événements qui autorisent la réalisation du gage.**
- **Les modes de réalisation du gage financier incluent la vente de gré à gré et l'appropriation.**
- **L'action du débiteur contre les décisions du créancier ne peut intervenir qu'*a posteriori* excluant des mesures de séquestre ou de suspension de la réalisation du gage.**
- **En cas de fraude du créancier ou d'abus de droit, à tout le moins si cette fraude ou cet abus porte sur l'évènement déclencheur de la réalisation du gage, cette action peut être exercée non seulement en vue d'une réparation par équivalent et donc par dommages et intérêts, mais également en nature par annulation de l'appropriation et remise du débiteur en le pristin état.**

2020 © 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