

# BULLETIN DROIT & BANQUE



## PRIX 2016 DE L'ALJB

- **Le mécanisme de renflouement interne au sein de l'Union européenne**

*Marion Fluck*

- **La notion d'établissement de crédit et le monopole bancaire**

*Minh-Xuan Nguyen*

## ECLAIRAGES

- **Quelques aspects importants du régime TVA des administrateurs**

*Bruno Gasparotto*

- **Le Règlement n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le**

**recouvrement de créances en matière civile et commerciale**

*Angeline Duarte*

## ARTICLE DE FOND

- **Encore à propos des contrats de garanties financières : Le concept de l'ambiguïté constructive et où son application devient destructive**

*André Elvinger*

## JURISPRUDENCE COMMENTÉE

- **Contrat avec un consommateur et activité transfrontalière : Commentaire de l'arrêt CJUE 28 juillet 2016 aff. C-191/15 « VKI c/ Amazon EU » sur le caractère abusif d'une clause de choix de loi se référant uniquement au droit du pays d'établissement du professionnel**

*Alexandre Coisne*

- **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**

*Arrêt de la Cour d'appel (4e chambre) du 18 janvier 2017*

## CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- **Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois (septembre 2015 – septembre 2016)**

*Nicolas Thieltgen et al.*

- **Chronique de jurisprudence fiscale 2016**

*Jean Schaffner*

# EXTRAIT

# 60

#### **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, Association des Banques et Banquiers, Luxembourg

Cyrille de Crozals, Bank Julius Baer Luxembourg S.A.

Philippe Dupont, Arendt & Medernach

André Hoffmann, Elvinger Hoss Prussen

Nicki Kayser, Linklaters LLP, Luxembourg

Claude Kessler, Commission de Surveillance du Secteur Financier

Morton Mey, Andbank Luxembourg

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 60, ALJB, 2017").

BULLETIN

# DROIT & BANQUE

N° 60

Juin 2017

## Editeur:

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

[www.aljb.lu](http://www.aljb.lu)

## Comité de rédaction:

Sandrine Conin

ABBL

[conin@abbl.lu](mailto:conin@abbl.lu)

Nicki Kayser

Linklaters LLP, Luxembourg

[nicki.kayser@linklaters.com](mailto:nicki.kayser@linklaters.com)

Claude Kessler

CSSF

[claud.kessler@cssf.lu](mailto:claud.kessler@cssf.lu)

Elisabeth Omes

Elvinger Hoss Prussen

[elisabethomes@elvingerhoss.lu](mailto:elisabethomes@elvingerhoss.lu)

Henri Wagner

Allen & Overy SCS

[henri.wagner@allenoverly.com](mailto:henri.wagner@allenoverly.com)

## Secrétariat, Inscriptions:

[secretariat@aljb.lu](mailto:secretariat@aljb.lu)

House of Finance

B.P. 13

L-2010 Luxembourg

## Encore à propos des contrats de garanties financières : Le concept de l'ambiguïté constructive et où son application devient destructive

*André Elvinger*  
*Avocat à la Cour*  
*Elvinger Hoss Prussen*

Par un article paru au n° 59 du Bulletin Droit et Banque<sup>1</sup>, l'auteur me fait l'honneur de commenter mon article qui a paru au n° 58 du même Bulletin traitant de l'intervention du juge des référés dans le domaine de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières. L'auteur dit que sa prise de position a pour « *ambition de fournir un éclairage quelque peu original sur la question* » en faisant appel à un concept dit « *d'ambiguïté constructive* » dont il dit qu'il est surtout connu dans le domaine de l'économie monétaire. Il faut reconnaître que sa thèse ne manque pas d'originalité. Le concept d'ambiguïté constructive a été développé par une certaine doctrine internationale, mais qui en dénonce également les dangers – l'un des auteurs des articles cités ne place-t-il pas son article sous le titre significatif « *Destructive effects of constructive ambiguity in risky times* »<sup>2</sup>.

D'après l'auteur et les sources qu'il cite, ce concept implique que, notamment dans le contexte des crises bancaires, « *les Etats – précisément à travers leurs banques centrales – gardent dans une relative opacité l'attitude qu'ils pourraient adopter en cas de difficultés éprouvées par une banque ou une institution financière* ». Mais déjà l'auteur estime devoir préciser « *tout de même qu'au regard des mécanismes et instruments actuels de rétablissement et de résolution des banques, du moins dans l'Union européenne, cette conception des choses est à relativiser fortement* »<sup>3</sup>.

Au bout de cet exposé instructif et bien documenté, qui forme le chapitre I de son article, force est de constater qu'un tel concept, qui relève, comme l'auteur le déclare d'emblée, d'une réglementation entre les Etats et pour les Etats, se prête aussi mal que possible au droit privé en général et au droit privé

financier en particulier. Ce secteur se trouve en effet régi pour l'essentiel par les directives de l'Union européenne dont l'objectif est fondamentalement incompatible avec la recherche d'une ambiguïté « *constructive* » et donc intentionnelle et institutionnelle. Par opposition aux simples recommandations, les directives européennes constituent en effet des dispositions à transposer impérativement par les Etats membres, sous la réserve d'exceptions par lesquelles les Etats membres peuvent « *opter* » de ne pas s'y soumettre<sup>4</sup>.

Il est vrai que l'ambiguïté, mais qui alors n'est pas intentionnelle et ne prétend pas être constructive, ne peut pas être totalement exclue, mais le système corrige de telles ambiguïtés par la voie de la question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

L'ambiguïté « *constructive* » étant ainsi exclue en droit financier privé, l'auteur entend y apporter, dans le chapitre II de son article, un tout autre concept, celui de l'« *aléa moral* ». Sur ce concept, il renvoie à une seule source doctrinale, peu convaincante quant à notre sujet car l'article<sup>5</sup> de M. Mikael Petitjean, professeur des Finances à l'Université de Louvain, relève, là encore, du droit public en ce qu'il traite des mesures prises – ou qui selon cet auteur auraient dû être prises – surtout aux Etats-Unis par les autorités de régulation à la suite de la crise des « *subprimes* ». Selon cet auteur « *la réalisation de gains financiers apporte un sentiment de confiance, accentue un mimétisme et conduit à une sous-évaluation des risques d'autant plus marquée que l'aléa moral est grand.* »<sup>6</sup>

1 Roger Tafotie, « Référés et loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières : un cas d'application de l'ambiguïté constructive ? » in Bulletin Droit & Banque n° 59, ALJB, p. 34.

2 Cf. note de bas de page 10 en page 35 du Bulletin.

3 Cf. notamment note de bas de page 15 en page 35 du Bulletin.

4 On trouvera l'exemple d'une telle exception dans l'article 4.3 de la directive 2002/47 CE qui permet, par une sorte de « *grand-father clause* », à ceux des Etats membres qui n'avaient pas autorisé la réalisation par l'appropriation jusqu'au 27 juin 2002 (le Luxembourg n'en fait pas partie), de continuer à ne pas la reconnaître sous réserve d'information aux autres Etats membres.

5 M. Petitjean « *Biais comportementaux, aléa moral et juste régulation* », Revue Bancaire et Financière, vol. 1, 2009.

6 Op. cit. p. 2, 1<sup>er</sup> alinéa.

Notons tout d'abord que la directive 2002/47/CE sur les garanties financières, et par conséquent la loi du 5 avril 2005 qui transpose la directive, font précisément partie de l'arsenal mis en place par l'Union Européenne contre le risque systémique dans le secteur bancaire et pour la stabilité du système financier de la Communauté<sup>7</sup>.

Pour en revenir à la notion de l'aléa moral, le passage cité par M. Tafotie figure dans une note de bas de page 1 en page 2 de l'article de M. Petitjean, comme suit : « *L'aléa moral provient du fait qu'un individu ou une institution, qui ne supporte pas pleinement les conséquences de ses propres actions, adapte son comportement et prend plus de risque qu'il ou elle ne le ferait normalement* ».<sup>8</sup>

Or tout d'abord, il saute aux yeux qu'un tel cas ne peut pas, au niveau d'un « *individu* », émaner du prêteur bénéficiaire d'une garantie financière qui, par hypothèse, est un organisme réglementé.

Certes, le fait d'une personne qui ne supporterait pas pleinement les conséquences de ses propres actions peut être celui de l'emprunteur constituant du gage qui se serait engagé au-delà de ses moyens ou aurait donné en gage des biens qui, en cas de réalisation, affecteraient trop gravement son patrimoine ou sa situation personnelle. Or cette personne se trouve protégée par le fait que les obligations de l'organisme bénéficiaire des garanties financières, en qualité d'établissement de crédit, sont sévèrement encadrées notamment par les articles 37-1 et suivants de la loi relative au secteur financier, insérés à cette loi par la loi dite MIFID du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers<sup>9</sup>. Ces dispositions, outre qu'elles assurent la transparence par l'information à fournir au client<sup>10</sup>, imposent l'obligation d'éviter les conflits d'intérêt entre l'établissement et son client<sup>11</sup>.

Et au-delà de ces dispositions spécifiques au secteur financier, c'est la législation générale sur la protection du consommateur qui continue à régir les relations

entre l'établissement de crédit et le client<sup>12</sup>. Rappelons encore que les contrats de garanties financières restent soumis au droit commun<sup>13</sup>.

Dans un tel environnement réglementaire et général, on voit difficilement comment M. Tafotie conçoit « *qu'on peut ainsi imaginer – et c'est loin – dit-il – d'être théorique – que les bénéficiaires de garanties réalisent celles-ci dans des conditions hautement discutables et préjudiciables au constituant ou aux tiers ou encore que ces bénéficiaires ne s'entourent d'aucune précaution pour une telle réalisation, voire même (sic) refusent de trouver d'autres alternatives viables que la réalisation* ».

Et pour que nous comprenions bien les intentions de l'auteur, il insiste en disant qu'il serait « *inopportun d'adresser aux bénéficiaires des garanties le message qu'ils sont 'immunisés' contre tous les risques y compris ceux émanant de leur mauvaise foi, de leurs fraudes, ou encore d'abus de leur part* ».

Or la directive s'est d'emblée préoccupée de ce risque d'abus ou de fraude. Dans son considérant 10, elle note que « *la présente directive devrait cependant concilier l'efficacité du marché et la sécurité des parties au contrat et des tiers, évitant ainsi notamment le risque de fraude* ». La réserve de la fraude est encore prévue au considérant 16 et au considérant 17, souvent cité, qui prévoit le contrôle par les autorités judiciaires de vérifier « *que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales* ». C'est en fonction de ces considérations que l'article 4 de la directive, en son point 6, déclare que les dispositions de la directive « *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 dans des conditions commerciales normales* », excluant donc en tout premier lieu l'abus et la fraude, mais exigeant, au-delà, la normalité dans les conditions commerciales. Et, dans son arrêt du

7 Considérants (1) et (3) de la directive 2002/47/CE.

8 Le passage figurant dans la note de bas de page 28 de l'article de M. Tafotie après la citation de M. Petitjean n'est pas de cet auteur mais de M. Tafotie lui-même, lorsqu'il se réfère à l'exemple de la « *fourniture d'une assurance qui, en modifiant les incitations de l'assuré à prendre des mesures préventives, augmenterait la probabilité de réalisation de l'événement contre lequel l'assurance est fournie* ». C'est l'ancienne thèse selon laquelle l'« *assurance crée le risque* », qui n'a pas freiné le développement et l'usage quasi-universel de l'assurance à tel point que, sur certains domaines, l'assurance a même été rendue obligatoire. Quoi qu'il en soit, le rapport avec les contrats de garanties financières est plus que lointain.

9 Loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

10 Articles 37-3 et 37-5 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

11 Article 37-2 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

12 Cf. Philippe Bourin : « *L'investisseur privé serait-il devenu un simple consommateur ?* » in Droit bancaire et financier au Luxembourg 2014, II, p. 705 ss. Cet article rappelle (p. 723) l'arrêt de la Cour du 27 mars 1996 selon lequel la loi sur la protection du consommateur « *n'exempte pas de ses dispositions les banques qui fournissent des services financiers à leurs clients et qui le font en tant que professionnels et à titre lucratif ...* » (Cour, 27 mars 1996, Pas. 30, p. 73 et Bulletin Droit & Banque n° 25, 1996).

13 Patrick Geortay, « *Le caractère accessoire du gage et la loi sur les contrats de garanties financières* », in Droit bancaire et financier au Luxembourg 2014, vol. III, p. 1274 ad 3. Quant à l'application du principe « *fraus omnia corrumpit* » et de l'action paulienne de droit commun (article 1167 du code civil) auxquels la loi de 2005 n'a pas dérogé cf. François Guillaume de Liedekerke : « *Les garanties financières en droit luxembourgeois : un gage de solidité en des temps incertains* » (in Droit bancaire et financier au Luxembourg 2014, vol. III, n° 47, p. 1261).

3 novembre 2010<sup>14</sup>, la Cour constatait à son tour le caractère « *parfaitement réalisable* » du contrôle *a posteriori*.

Sur le plan du bon sens, quant à savoir qui doit être protégé et qui a besoin d'un « *message* », un autre auteur<sup>15</sup> a estimé pouvoir dire 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* ».

Il ne semble donc pas que l'on doive, dans l'intérêt d'un prétendu besoin de protection de l'emprunteur constituant du gage, encore moins de celui du bénéficiaire du gage, avoir recours à un concept, tel que le prétendu risque d'un « *aléa moral* ».

Il n'est donc pas question de conférer aux banques une immunité, mais, comme l'ont dit les travaux préparatoires de la loi<sup>16</sup>, « *d'offrir aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité* », sans pour autant exclure, comme le prévoient la directive et la loi, le contrôle *a posteriori* des opérations de réalisation.

Il importe de ne pas perdre de vue que l'objet supérieur et le but de la directive dont la loi sur les contrats de garanties financières est issue sont de renforcer la sécurité juridique des contrats et, par là, de limiter le risque systémique qui peut menacer le secteur financier en tant que tel sur les plans national et européen.

Si la doctrine se veut un « *message* », c'est celui-là qu'il convient de placer au centre.

14 Journal des Tribunaux Luxembourg, 2011, p. 33 commenté par le soussigné au Bulletin Droit & Banque n° 58, ALJB, p. 14 sub 3.

15 Patrick Geortay, Bulletin Droit & Banque n° 57, ALJB, page 65, 1<sup>ère</sup> colonne.

16 Projet de loi, doc. parl. 5251, p. 20 et 21 ; doc. parl. 5251<sup>3</sup>, p. 7.

2017 © ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE DROIT BANCAIRE A.S.B.L.

[WWW.ALJB.LU](http://WWW.ALJB.LU)

B.P. 13, L-2010 LUXEMBOURG

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