

JURISNEWS

Regard sur le *DROIT DES SOCIÉTÉS*

Publication périodique

ISSN: 1996-3092

Vol. 3 - No 9/2010

UN COUP D'ARRET AUX ACTIONS CONSERVATOIRES VISANT A SUSPENDRE LES EFFETS DES REALISATIONS DE GARANTIES FINANCIERES (COUR D'APPEL DE LUXEMBOURG, 3 NOVEMBRE 2010)

INTRODUCTION

Dire que l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Luxembourg le 3 novembre 2010¹, infirmant une ordonnance de référé rendue le 4 décembre 2009 par la Vice-présidente du Tribunal d'arrondissement (ci-après «TA») de Luxembourg², était attendu est un mot faible. Au milieu du tumulte qui agite, depuis le déclenchement de la crise financière en 2008, le monde jusqu'alors feutré des garanties financières, cet arrêt constitue un point d'orgue dont il convient de tirer, à chaud, les premiers enseignements. Il s'agit là en effet de toute évidence d'un arrêt de principe qui ne peut manquer de retenir l'attention tant des acteurs de la place financière luxembourgeoise que des milieux financiers et bancaires étrangers, pour lesquels les garanties financières luxembourgeoises constituent des instruments de garantie de premier choix.

Les faits constitutifs de l'affaire illustrent les mirages occasionnés à certains investisseurs par les financements à effet de levier, dont on a pu croire, jusqu'en 2008, que seul le ciel constituait la limite. En 2007, un particulier se voyait octroyer par la banque Landsbanki Luxembourg S.A. (ci-après «Landsbanki»), mise depuis en liquidation, un prêt d'un montant total de 35 millions d'euros. Sur ce montant, seuls 9 millions avaient été directement remis à l'emprunteur, le surplus faisant l'objet d'un montage financier consistant dans l'obligation faite à l'emprunteur d'investir les 26 millions restants dans trois polices d'assurances-vie émises par une société d'assurance luxembourgeoise et dont Landsbanki se réservait la gestion. Cette gestion consistait pour Landsbanki à investir les montants des primes dans des titres obligataires émis par elle ainsi que par son homologue islandais Kaupthing. Or, contrairement aux expectatives de rendement annoncées de l'ordre de 5 à 7% par an, la valeur

de ces titres islandais, suivant en cela la débâcle généralisée de leurs émetteurs, a très rapidement fondu comme neige au soleil, plaçant l'investisseur dans une situation particulièrement désastreuse, alors même que sa dette enflait de manière vertigineuse sous l'effet d'un taux d'intérêt stipulé de près de 9% par an. Au surplus, dans le cadre du financement structuré, Landsbanki s'était ménagé un ensemble de garanties de remboursement à l'encontre de l'emprunteur, lequel avait octroyé, d'une part, une hypothèque immobilière sur des biens sis en France et, d'autre part, avait donné en gage les polices d'assurance ainsi qu'un gage général sur tous ses avoirs détenus auprès de Landsbanki. Les gages étaient régis par la loi luxembourgeoise du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après la «Loi sur les garanties financières»). En juillet 2009, à la suite de la mise en liquidation de Landsbanki, le liquidateur réclamait à l'emprunteur le remboursement immédiat du prêt. Se trouvant dans l'impossibilité de répondre favorablement à cette demande, l'emprunteur mit en demeure le liquidateur de ne pas exécuter les gages. L'emprunteur assigna alors Landsbanki devant le Président du TA de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir ordonner la suspension de la réalisation ou des effets de la réalisation des gages. La demande était principalement fondée sur la procédure du référé-urgence telle que régie par l'article 932, alinéa 1, du Nouveau Code de Procédure Civile.

Par son ordonnance du 4 décembre 2009, la Vice-présidente du TA de Luxembourg ordonna la suspension des effets de l'acte de réalisation des gages, jusqu'à ce qu'une décision définitive soit intervenue sur le fond de l'affaire ou jusqu'à ce qu'un accord amiable soit intervenu entre les parties à l'instance.

Le prononcé de cette ordonnance de référé fit grand bruit. Pour mieux la comprendre, cette

réaction doit être replacée dans le contexte plus général de «test» auxquelles furent soumises les garanties financières de droit luxembourgeois lorsque, par suite de la crise financière, les premières opérations de réalisation de garanties financières furent opérées au printemps 2009. C'en était fini de ce ciel sans nuages où les garanties financières octroyées par des SOPARFI luxembourgeoises, le plus généralement sous forme de gages, étaient mises en place sans que nul n'envisage sérieusement le scénario ultérieur de leur réalisation. Lorsque vient le temps de la réalisation, les intérêts antagonistes entre constituant et créancier-gagiste, voire entre prêteurs de rangs différenciés, s'aiguissent sans tarder... Or, les praticiens luxembourgeois avaient «vendu», non sans raison, la Loi sur les garanties financières comme un instrument juridique de pointe au service de la sécurité juridique³: pour autant que les conditions légales et contractuelles de la réalisation sont réunies, aucun autre obstacle, en particulier sous la forme d'une approbation judiciaire préalable, ne doit être de nature à empêcher le créancier gagiste de réaliser le gage selon l'une des modalités de réalisation permises par l'article 11 de la Loi sur les garanties financières. En particulier, une autorisation judiciaire préalable est expressément prohibée par l'art. 4 (4) b) de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (ci-après la «Directive sur les garanties financières»), dont la Loi sur les garanties financières a porté transposition en droit luxembourgeois). Or voici que, par le biais d'une action en référé avant dire-droit, le constituant était parvenu à paralyser l'action du créancier-gagiste. On pouvait légitimement se demander si une telle voie judiciaire était compatible, sinon avec la lettre, du moins avec l'esprit de la Loi sur les garanties financières dont la sécurité juridique était, au vœu du législateur luxembourgeois, le cheval de bataille.

L'arrêt du 3 novembre 2010 met très nettement un point d'arrêt à ces interrogations. Pour autant qu'il ne fasse pas l'objet de cassation dans le cadre d'un éventuel pourvoi en cassation, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Luxembourg interrompt en effet tant par la force de ses attendus que par la motivation employée⁴. Les juges d'appel sont allés droit au but, au cœur de la Loi sur les garanties financières et de sa matrice, à savoir la Directive sur les garanties financières, pour conclure que «l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà enregistrées». Qu'on la regrette ou qu'on l'en loue quant à cette conclusion, c'était la bonne démarche à suivre. Il fallait crever l'abcès et telle est précisément la portée de l'arrêt du 3 novembre 2010. Par quelle motivation les juges d'appel sont parvenus à cette conclusion, c'est ce qu'il importe à présent d'examiner, tant il est vrai que c'est la motivation juridique qui, tout à la fois, éclaire une solution prétorienne et permet d'en apprécier la force juridique ou d'en suspecter, le cas échéant, les faiblesses. De cette appréciation de la motivation dépend, dans une certaine mesure, les chances de pérennité de la solution rendue. Deux lignes de force argumentatives retiennent l'attention quant à la motivation de l'arrêt⁵. Il y a, d'une part, l'invocation de l'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières (I). Il y a, d'autre part, l'invocation du Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières (II).

I - L'ARTICLE 20 (4) DE LA LOI SUR LES GARANTIES FINANCIÈRES

L'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières a fait l'objet d'interprétations divergentes de la part du juge des référés et de la part de la Cour d'appel (A). Une telle divergence d'appréciation appelle à s'interroger sur la valeur juridique à accorder à l'argumentation tirée du caractère de loi de police de l'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières (B).

A - Une interprétation divergente de l'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières de la part du juge de première instance et de la part de la Cour d'appel

L'invocation de l'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières avait constitué un fil rouge lors des débats, aussi bien en première instance qu'en appel. En première instance, reprenant à son compte l'argumentaire de la partie demanderesse, la Vice-présidente du TA de Luxembourg avait estimé que s'il était exact que l'article 20 (4) «déclare inapplicables aux contrats de garantie financière un certain nombre de dispositions énumérées limitativement et dont notamment le droit des procédures collectives, c'est à juste titre que le requérant soutient que le

texte ne déclare pas inapplicables aux contrats de garantie financière les règles issues du droit commun des contrats, ainsi que de la législation relative à la protection du consommateur».

En cause d'appel, la partie appelante estimait que le juge de premier degré avait mal interprété l'article 20 (4), faisant valoir que cette disposition donne clairement à la Loi sur les garanties financières un caractère de la loi de police et que le but de la loi serait de rendre le contrat de garantie financière inattaquable. Pour étayer son refus d'accorder les mesures de suspension demandées, la Cour d'appel a fait sienne cette analyse. Après avoir cité intégralement le texte de l'article 20 (4), l'arrêt précise: «Lors du dépôt de la loi, le Gouvernement a clairement marqué son intention de donner à cet article le caractère d'une loi de police et le texte a l'ambition de mettre les contrats de prises 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». La messe est dite...

B - La valeur contestable de l'argumentation tirée du caractère de loi de police de l'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières

Autant le dire d'emblée, l'argumentation tirée du caractère de loi de police de l'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières, telle que l'a menée la Cour d'appel de Luxembourg, ne convainc pas.

Comme le rappelait justement l'ordonnance de référé du 4 décembre 2009, l'objet de l'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières est très clairement de mettre à l'abri les garanties financières de droit luxembourgeois contre les risques liés aux procédures collectives susceptibles d'affecter le constituant. Il s'agit là d'un pilier essentiel de la Loi sur les garanties financières. Dans la mesure où les garanties financières de droit luxembourgeois se meuvent le plus souvent dans un cadre international, le risque potentiel était celui de l'ouverture d'une procédure collective ouverte par un for étranger sur base de sa législation nationale des procédures collectives, laquelle législation étrangère pourrait éventuellement ne pas reconnaître la primauté des garanties financières luxembourgeoises sur les effets de l'ouverture de la procédure collective. De là l'idée astucieuse, présidant à l'article 20 (4), de faire de cette disposition une loi de police dotée d'un effet extra-territorial, c'est-à-dire opposable également à toutes procédures collectives de droit étranger. Son par conséquent expressément déclarées inopposables aux garanties financières de droit luxembourgeois les dispositions luxembourgeoises et étrangères en matière de procédures collectives, d'assainissement, de conciliation, ainsi que les procédures de saisies qui viendraient neutraliser, suspendre les effets ou rendre non réalisables les garanties financières de droit luxembourgeois.

La théorie des lois de police, dont l'article 20 (4) est une expression directe, est un mécanisme de droit international privé: sont qualifiées de lois de police ou d'application immédiate les lois qui, assorties explicitement ou implicitement de critères d'application spatiale propres (c'est le cas, comme nous l'avons vu, de l'article 20 (4)), écartent, de par leur impérativité particulière pour l'Etat qui les a ordonnées, l'application éventuelle d'une loi étrangère normalement compétente par le biais des mécanismes normaux de détermination de la loi applicable (sur base des règles de conflits de lois bilatérales ou unilatérales)⁶.

En l'espèce, la problématique était-elle celle du risque d'immixtion d'une loi étrangère de nature à paralyser les effets des garanties financières? Nullement. Il s'agissait simplement de déterminer si la mesure d'urgence demandée sur base de l'action en référé-urgence de droit luxembourgeois était admissible. On ne voit pas ce que la qualification de loi de police apporte au débat, sauf à considérer que la Cour d'appel de Luxembourg ait vu dans la qualification de loi de police une idée d'impérativité supérieure et absolue au sens général du terme. Il y aurait alors, d'une part, des règles impératives, et d'autre part, des règles «super-impératives» que seraient les lois de police, rappelant les «lois de police et de sûreté» au sens de l'article 3 du Code civil. Ces règles super-impératives écarteraient toute règle contraire sur leur passage. Mais alors, si l'article 20 (4) est effectivement doté d'un tel caractère super-impératif, ne devrait-on pas aussi en conclure que ce ne sont pas seulement les actions en urgence qui sont inadmissibles, mais également les recours au fond? Or, la Cour d'appel de Luxembourg reconnaît d'ailleurs elle-même que la voie du recours au fond demeure ouverte à l'intimé...

En somme, à partir d'une prémisse exacte, à savoir que l'article 20 (4) est une loi de police (au sens du droit international privé), il paraît regrettable que la Cour d'appel de Luxembourg en ait déduit des conséquences qui peuvent paraître inappropriées aux faits de l'espèce et qui aboutissent à dénaturer la signification qu'il convient d'attacher à la notion de loi de police, tel que le législateur luxembourgeois l'avait à l'esprit au moment de la rédaction de la Loi sur les garanties financières.

II - LE CONSIDÉRANT 17 DE LA DIRECTIVE GARANTIES FINANCIÈRES

Il peut paraître surprenant qu'à l'instar de l'article 20 (4), une même disposition, à savoir le Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières, ait pu faire l'objet d'interprétations diamétralement opposées de la part du juge de première instance et de la part de la Cour d'appel de Luxembourg (A). Qu'en conclure, sinon que le texte dont il s'agit n'est pas de nature à donner lieu à une interprétation univoque? (B).

A - Une interprétation diamétrale-ment opposée du Considérant 17 de la part du juge de première instance et de la part de la Cour d'appel

En première instance, c'était le demandeur à l'instance, à savoir le constituant des gages, qui avait invoqué au soutien de son argumentation le Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières. Dans son ordonnance, le juge précisait que cette invocation était faite à juste titre par le demandeur pour fonder sa demande de mesures de suspension de la réalisation des gages.

En cause d'appel, Landsbanki répliquait que le juge de première instance avait mal interprété les Considérants 17 et 19⁷ de la Directive sur les garanties financières «dont le but serait de garantir une exécution rapide des gages».

Prenant le contrepied de l'interprétation retenue par le juge de première instance, la Cour d'appel reprend à son compte l'argumentation de la partie appelante pour justifier le refus d'octroyer les mesures conservatoires demandées: «(...) la Directive Collateral⁸ confirme dans son considérant 17 la possibilité pour les Etats membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle a posteriori en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes. Or, un tel contrôle a posteriori, dans le cadre d'une action en responsabilité, reste parfaitement réalisable sans l'intervention du juge des référés au stade actuel de la procédure».

B - Analyse du Considérant 17 de la Directive garanties financières

1) Texte, ratio legis, effets

Pour resituer le débat dans sa clarté, il convient, d'abord, de relire le Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières dans son intégralité: «La présente directive prévoit des procédures d'exécution rapides et non formelles afin de préserver la stabilité financière et de limiter les effets de contagion en cas de défaillance d'une partie à un contrat de garantie financière. Elle concilie cependant 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 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. Ce contrôle devrait permettre aux autorités judiciaires de vérifier que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales».

Si l'on prend la peine d'examiner de plus près le texte précité, on peut en conclure que, si sa ratio legis est très claire, les effets qu'il convient d'en déduire le sont moins. S'agissant de sa

ratio legis, elle n'est que l'expression, sur le point précis du moment à compter duquel une intervention judiciaire est permise, d'un des leitmotivs essentiels de la Directive sur les garanties financières, à savoir permettre au créancier gagiste de réaliser les garanties financières sans que soient ajoutées des contraintes, judiciaires ou extra judiciaires, autres que le respect des conditions et des mesures permises de réalisation⁹. Le Considérant 17 précise à cet égard que le contrôle judiciaire ne saurait être qu'a posteriori et non a priori. Toute la difficulté consiste cependant à déterminer ce qu'il faut entendre précisément par contrôle «a posteriori»¹⁰.

2) L'interprétation délicate de la notion de contrôle «a posteriori» au sens du Considérant 17

Une première difficulté d'interprétation tient au fait que, dans le cadre de la transposition de la Directive sur les garanties financières, le législateur luxembourgeois, contrairement aux législations de certains autres Etats membres¹¹, n'a pas repris à son compte, dans le cadre de la Loi sur les garanties financières, l'option offerte par le Considérant 17 de n'ouvrir expressément qu'un contrôle judiciaire a posteriori de la réalisation. La Loi sur les garanties financières est silencieuse quant au moment permis de l'intervention judiciaire¹². De là résulte pour tout interprète, y compris pour les juges nationaux¹³, le seul recours consistant à se livrer à l'exégèse, délicate comme nous le verrons, du Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières.

a) L'interprétation fondée exclusivement sur le critère temporel

Un premier point peut paraître acquis: le moment auquel il convient de se placer est celui du moment de la réalisation des gages, au sujet duquel, comme le rappelle justement l'arrêt, on peut admettre qu'il s'agit d'un acte unilatéral à effet instantané. En effet, admettre une quelconque intervention judiciaire de suspension de la réalisation avant même la mise en œuvre de la réalisation reviendrait à admettre une intervention judiciaire préalable, sinon sous la forme d'une autorisation de la réalisation, du moins, ce qui revient finalement à la même chose, sous la forme d'un contrôle judiciaire a priori. Or, l'article 4 (4) b) de la Directive sur les garanties financières prohibe expressément une telle approbation judiciaire préalable.

Cependant, dès lors que la réalisation a eu lieu, faut-il alors en déduire que tout type d'intervention judiciaire permis par la législation de l'Etat membre requis, y compris les mesures d'urgence le cas échéant, peut être mis en œuvre pour contester ou contrecarrer la réalisation opérée? Telle est, semble-t-il, la voie interprétative qui fut suivie par le juge de première instance. En effet, du Considérant 17, l'ordonnance se bornait à en extraire et citer la partie du texte qui met l'accent sur la protection légitime des droits du constituant¹⁴. Une telle voie interprétative ne semble retenir du Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières qu'un

critère d'ordre temporel: l'intervention judiciaire demandée se situe-t-elle avant la réalisation? Elle est alors prohibée. Se situe-t-elle après que la réalisation ait été opérée? A supposer que les conditions de la demande judiciaire soient par ailleurs réunies (par exemple les conditions du référé-urgence), la demande judiciaire n'est alors pas exclue au seul fondement du Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières. Ce dernier serait alors à interpréter comme étant soit neutre¹⁵, soit même éventuellement permissif¹⁶, quant à la possibilité de requérir des mesures d'urgence post-réalisation.

b) L'interprétation fondée sur les critères cumulatifs temporel et substantiel

A cette interprétation exclusivement fondée sur un critère temporel s'oppose une autre interprétation possible du Considérant 17 qui y ajoute un critère substantiel: selon la lettre même du Considérant 17, le contrôle judiciaire a posteriori ne peut concerner que «la réalisation ou l'éva-

Editions Promoculture Sàrl

Boîte Postale 1142
L-1011 Luxembourg
Tél.: (+352) 48 06 91 Fax: (+352) 40 09 50
Internet: www.promoculture.lu
email: info@promoculture.lu

Rédacteur responsable:
Me François Brouxel – avocat –
francois.brouxel@wildgen.lu

En collaboration avec:
Me Daniel Boone, avocat
Me Marine Leonardis, avocat
Mlle Coralie Pauwels, juriste
Me Sonia Bellamine, avocat
Mlle Virginie Macchi, docteur en droit
Me Yann Payen, avocat
Me Philippe Muller, avocat

2010: 10 numéros par an, Volume 3, Nos 1-10

Prix 2010 pour un abonnement annuel:

Nouvel abonnement: 130,00 € + TVA 3% *)

Réabonnement: 113,30 € frais de port inclus.

Version combinée: papier + électronique: à nous consulter

Abonnement pour 2 exemplaires et plus: 10% de remise (à partir de 10 exemplaires, veuillez-nous contacter aux fins d'obtenir une offre individualisée)

*) Chaque nouvel abonnement comprend un classeur ad hoc. Classeur de rechange disponible au prix de 24,35 € par ex.

Paiement:

Les abonnements sont payables à l'avance, à la réception de notre facture, ou par virement bancaire à la commande: BILLULL: LU22 0026 1734 8171 9100 Virement avec la mention «nouveau abo JurisNews Droit des Sociétés»

Démarrage de l'abonnement possible à tout moment. Pas de remboursement pour abos annulés en cours d'année. Chaque abonnement est d'abord valable pour une durée de 12 mois (1 année). Il se renouvellera par tacite reconduction pour la même durée, sauf résiliation notifiée trois mois avant la date d'échéance.

® JURISNEWS

© Editions Promoculture, 2010

Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés, réservés pour tous pays. Il est interdit de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement la présente publication, de la stocker dans une banque de données ou de la communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, sauf autorisation écrite et préalable de l'éditeur. (Aucune société de gestion des droits d'auteurs n'est autorisée de consentir une autorisation quelconque pour photocopillage).

ISSN 1996-3092

luation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes» (de manière significative, c'est cet extrait du Considérant 17 que la Cour d'appel de Luxembourg a reproduit dans son arrêt). Dans un même ordre d'idées, le Considérant 17 précise que «ce contrôle devrait permettre aux autorités judiciaires de vérifier que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales». L'interprétation «substantielle» de ces textes consiste à inférer de cette partie du Considérant 17 un droit d'intervention judiciaire nécessairement restreint à une action au fond du droit, excluant par là-même toute mesure d'urgence avant dire-droit. Par nature, l'appréciation judiciaire de la validité de «la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes» exige un examen complexe des faits, des dispositions légales et des stipulations contractuelles, incompatible à tous égards avec la célérité et l'examen superficiel propres aux mesures d'urgence.

Est-ce forcer le sens de l'arrêt commenté que d'estimer que les juges d'appel ont fait leur cette interprétation fondée sur les deux critères cumulatifs temporel et substantiel? Nous ne le pensons pas, comme en témoigne par ailleurs cette précision pleine de sens figurant dans l'arrêt: «Un tel contrôle a posteriori, dans le cadre d'une action en responsabilité, reste parfaitement réalisable sans l'intervention du juge des référés au stade actuel de la procédure». Si le contrôle judiciaire a posteriori demeure pleinement ouvert, il ne peut se situer qu'au fond du droit.

Conclusion de la Section II

Le Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières n'est pas clair s'agissant de ce qu'il convient d'entendre par contrôle «a posteriori». Il s'agit d'une «auberge espagnole» susceptible de donner lieu à deux interprétations bien différentes et il est extrêmement difficile, dans le cadre d'une interprétation strictement exégétique, de privilégier l'une ou l'autre interprétation¹⁷. Le choix de retenir telle ou telle interprétation résulte en définitive d'une décision de nature «politique», consistant soit à privilégier les intérêts du constituant (interprétation fondée sur le seul critère temporel), soit à renforcer le caractère inattaquable de la réalisation des garanties financières (interprétation fondée sur les critères cumulatifs temporel et substantiel). La Cour d'appel de Luxembourg a choisi cette seconde voie d'interprétation, à notre sens parfaitement admissible en droit, comme nous avons tenté de le montrer. S'en féliciteront tous ceux pour qui la sécurité juridique est le mot d'ordre qui doit présider à la Loi sur les garanties financières¹⁸.

CONCLUSION

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Luxembourg est un message prétorien très clair adressé aux acteurs de financements structurés. La Loi sur

les garanties financières a entendu privilégier au maximum la sécurité juridique au bénéfice des détenteurs de garanties financières, y compris, et peut-être avant tout, lors de la phase de réalisation des garanties. La Cour d'appel de Luxembourg a clairement pris le parti de secondariser cette politique législative aux ambitions clairement affichées. Cette démarche de clarté et d'unité, législative et prétorienne, est en soi à saluer, bien que certaines des motivations sur lesquelles la Cour d'appel s'est fondée paraissent friables. Tel est le cas en particulier de l'interprétation faite de l'article 20 (4) de la Loi sur les garanties financières. Pour être plus convaincante, la motivation tirée du Considérant 17 de la Directive sur les garanties financières

n'en demeure pas moins également sujette à discussion. En somme, on peut se demander si une approche plus radicale, et plus simple également, n'aurait pas pu consister pour la Cour à affirmer qu'il résulte clairement de la ratio legis de la Loi sur les garanties financières, tel que cela se trouve confirmé par ses travaux préparatoires, que l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà enregistrées. La Cour d'appel n'est pas allée jusqu'à ce point ultime de hardiesse. N'est-ce pas là un appel implicite à ce que le législateur luxembourgeois relaye par la force de la loi ce que les juges ont prononcé?

Daniel Boone

NOTES

- 1 Numéro 35824 du rôle.
- 2 N° rôle 123551, réf. N° 879/2009. L'ordonnance a été publiée au JT Luxembourg, n° 7, 4 février 2010, p. 41 s.
- 3 D. Boone et D. Maria, *Renforcer la sécurité juridique de la réalisation des garanties financières*, ACE, n° 9, novembre 2010, p. 5.
- 4 Une autre affaire similaire aurait pu éventuellement donner lieu à un arrêt de principe anticipant l'arrêt commenté. Tel ne fut pas le cas et on a pu le regretter (P. Schleimer, *Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires*, JT Luxembourg, n° 7, 4 février 2010, p. 8 s., spéc. p. 15). Il s'agissait d'un contentieux concernant la banque luxembourgeoise Kaupthing Bank Luxembourg SA («Kaupthing»). En référé, le constituant des gages accordés à Kaupthing avait demandé la nomination d'un séquestre, sur base de l'article 1961 du Code civil, en vue de voir suspendre les effets de la réalisation des gages. Par une ordonnance du 19 mars 2009 (n° rôles 120120, 120130 et 120275, réf. N° 185/2009), le Premier juge du TA de Luxembourg ordonna la nomination d'un séquestre. Cette ordonnance fut infirmée en appel par un arrêt du 3 juin 2009 (n° rôle 34674), au motif de l'absence d'un litige sérieux concernant la propriété ou la possession des titres ayant fait l'objet de réalisation. C'est donc seulement sur le fondement du défaut d'une des conditions posées par l'article 1961 du Code civil que les juges d'appel assirent leur décision, alors même que Kaupthing avait de son côté élevé le débat, contestant que la mesure débattue (nomination d'un séquestre) fut compatible avec la Loi sur les garanties financières et la Directive sur les garanties financières.
- 5 Par faute de place, le présent commentaire n'abordera pas les aspects plus procéduraux relatifs à la procédure de référé-urgence, qui ont fait l'objet de développements par la Cour d'appel de Luxembourg qui retiennent également pleinement l'attention.
- 6 Voy. p. ex. P. Mayer, *Droit international privé*, Paris, 6ème éd., 1998, p. 82; D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, Paris, 2007, T. 1, p. 558 s.
- 7 La raison d'être de l'invocation du Considérant 19 de la Directive sur les garanties financières n'est pas d'une clarté lumineuse. Ce Considérant 19 est relatif au droit d'utilisation des garanties financières et on n'aperçoit que difficilement l'utilité de sa mise au débat. Du reste, l'arrêt ne revient pas par la suite sur cette disposition.
- 8 La Cour d'appel emploie la contraction «Directive Collatérale» pour définir la Directive sur les garanties financières.
- 9 D. Boone et D. Maria, art. cit., p. 20.
- 10 D. Boone et D. Maria, art. cit., p. 21.
- 11 P. Schleimer, art. cit., p. 14.
- 12 Pour le regretter et en appeler à un amendement législatif, D. Boone et D. Maria, art. cit., p. 20 s.
- 13 On peut du reste se demander dans quelle mesure il revient à des tribunaux d'un Etat membre de fonder leurs décisions sur - et même d'interpréter - une disposition d'une directive qui n'a pas fait l'objet de transposition dans leur droit national, comme c'est le cas s'agissant du Considérant 17 pour le Luxembourg. Le Considérant 17 fait-il partie de l'ordre juridique luxembourgeois? De là peut-on se demander également s'il ne conviendrait pas que les tribunaux nationaux interrogent alors au plus tôt les juridictions de l'UE (CJUE) dans le cadre d'une demande en interprétation préjudicielle, dès lors que telle disposition de la directive n'est pas claire. Ce sont là des questions de droit communautaire qui justifieraient de longs développements qu'il nous est impossible d'examiner plus en détail dans le cadre restreint du présent commentaire. Ces problématiques justifient cependant l'idée émise d'introduire dans la Loi sur les garanties financières une disposition expresse, si possible la plus claire possible, visant à définir le champ d'intervention judiciaire permis (D. Boone & D. Maria, art. cit., p. 20 s.).
- 14 «C'est encore à bon droit que le demandeur renvoie au considérant (17) de la prédictive directive qui précise que la directive «concilie cependant 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 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. Ce contrôle devrait permettre aux autorités judiciaires de vérifier que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales».
- 15 En ce sens, P. Schleimer, art. cit., pp. 15 et 16.
- 16 En ce sens l'ordonnance de référé du 4 décembre 2009. C'est aussi ainsi que P. Schleimer comprend le sens de l'ordonnance, pour d'ailleurs la critiquer sur ce point (art. cit., p. 15 et 16).
- 17 P. Schleimer (art. cit., p. 14) relève justement qu'en Belgique, alors même que le Considérant 17 a été transposé dans la loi et que certains auteurs belges ont pu en déduire une interdiction des mesures d'urgence, les tribunaux belges statuant en référé ne se sont pas pour autant abstenus de prononcer des mesures de suspension.
- 18 En ce sens, de manière nuancée, P. Schleimer, appelant les tribunaux luxembourgeois à une intervention judiciaire prudente (art. cit., p. 16). Eg. D. Boone et D. Maria, art. cit., p. 20.